

EL APOYO DE LA LEGISLACIÓN LABORAL
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
AL ROL PATERNO

Prof. Dra. Inmaculada Baviera Puig

Departamento de Derecho Privado, Internacional y de la Empresa
Universidad de Navarra

En los últimos años la legislación laboral y de Seguridad Social ha incorporado una serie de medidas de apoyo a la conciliación de la vida laboral y familiar. Con respecto al rol paterno la más innovadora es, sin duda, el permiso de paternidad introducido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El hecho de que la misma ley de tenga, entre sus objetivos, la corrección de desigualdades a través de la mejora de la conciliación de la vida familiar y laboral, así como a través del fomento de una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en el seno del hogar es bastante significativo. Este preciso enfoque parte de la normativa internacional y del acervo comunitario. Sin embargo, al tratarse de una cuestión que excede el ámbito nacional y europeo resulta relevante el análisis de otros países que, como Canadá, guardan una estrecha relación con nosotros desde el punto de vista cultural y jurídico.

Normas internacionales

El Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, parte del principio de igualdad, recogido en la Constitución española en el artículo 14 (sobre el derecho de igualdad y no discriminación, en este caso, por razón de sexo) y 9.2 (que consagra el deber de los poderes públicos de hacerla efectiva). Como afirma el Preámbulo, se trata de un principio jurídico universal reconocido en distintos textos internacionales y, en concreto, por la Convención de Naciones

Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, ratificada por España en 1983. También reconoce los avances de las conferencias de Nairobi (1985) y Beijing (1995). Sin embargo, en el ámbito específico del Derecho del Trabajo es preciso abordar el estudio de los documentos de las instituciones siguientes.

La Organización Internacional del Trabajo

Este organismo de Naciones Unidas, especializado en la promoción de los derechos humanos y laborales, ha mostrado desde sus comienzos una gran preocupación por las responsabilidades familiares de los trabajadores. En efecto, el Convenio número 3 sobre la protección de la maternidad se adoptó en 1919, precisamente el año de la creación de este organismo. Posteriormente este convenio fue revisado en 1952 y en el año 2000 y, fundamentalmente, trata de que los países den cobertura en metálico y de asistencia médica durante el descanso por maternidad.

En 1965 se adoptó la Recomendación sobre las mujeres y las responsabilidades familiares. Sin embargo, pronto se puso de manifiesto el inconveniente de la ausencia de toda mención a los hombres, por lo que era preciso reconocer su papel en el ámbito familiar. De aquí que se adoptaran el Convenio número 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares de 1981 y su correspondiente Recomendación, para sustituir a la anterior de 1965. El núcleo del nuevo texto descansa sobre el *conflicto* entre trabajo y familia y sus implicaciones para la *igualdad* de oportunidades en el ámbito laboral. En otras palabras, la corrección de desigualdades entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo pasa por las medidas sobre responsabilidades familiares de los trabajadores.

Esta idea se ha ampliado progresivamente hacia una *conciliación o equilibrio* entre la vida privada y laboral, de tal manera que incluso los trabajadores que no poseen responsabilidades familiares también pueden gozar de una mejor calidad de vida (Hein, 2006: 24-25).

Ahora bien, en último término el recurso a los permisos depende de factores como la cobertura económica o la prolongación del mismo. Este es el caso del permiso parental, que permite indistintamente al padre o a la madre ausentarse del trabajo para atender a un hijo de corta edad, sin pérdida del empleo. En Estados Unidos dicho permiso no tiene carácter remunerado, por lo que un porcentaje elevado de trabajadores que desearían tomarlo no se lo pueden permitir por motivos económicos. Por el contrario, en muchos países europeos se retribuye y con cargo a fondos públicos, pero el porcentaje de padres que lo aprovechan es todavía muy bajo. Se debe en parte al miedo a ser discriminados en términos de ascenso o de futuros ingresos, o a ser ridiculizados por sus compañeros (OIT, 2003: 86).

Canadá

Se puede decir que Canadá es un país puente entre la cultura europea y Estados Unidos. Por ello, su estudio es interesante antes de entrar a conocer el ordenamiento comunitario.

En este país, como en casi todo el mundo, la incorporación generalizada de la mujer al mercado de trabajo ha repercutido en el desarrollo de las medidas de conciliación laboral y familiar, con gran peso de la perspectiva de la igualdad (Evans, 2007: 119 ss). Y así, a caballo entre Europa y Estados Unidos, incrementó las ventajas económicas en el terreno de los permisos parentales: la reforma del año 2000 en la *Employment Insurance Act* amplió los permisos (con beneficios económicos) hasta un año de duración para que los padres se hicieran cargo de los hijos durante su primer año de vida. De este modo, el porcentaje de mujeres que volvieron al mercado de trabajo ascendió del 8% en el año 2000 al 47% en el 2001, e igualmente se incrementó el número de hombres que participaron en el programa, que pasó a un 10% en el 2001, es decir, se triplicó con respecto al año 2000 (Statistiscs Canada, 2006: 361).

Sin embargo, si bien Canadá prevé, tanto en la legislación provincial como federal, el permiso de maternidad y el parental, no

prevé un permiso específico por paternidad salvo en la provincia de Québec. En este caso el padre puede ausentarse cinco días por nacimiento o adopción de un hijo. Los dos primeros días del permiso serán remunerados, si el empleado ha trabajado sesenta días de modo ininterrumpido, siendo posible fraccionar el permiso a petición del trabajador. Además, desde enero del año 2006, tienen derecho a un permiso de paternidad no remunerado de cinco semanas por nacimiento de un hijo, que puede disfrutar hasta cincuenta y dos semanas después del alumbramiento. En el supuesto de hospitalización del niño, el permiso puede ser suspendido previo acuerdo con el empresario e incluso cabe la extensión del mismo, por enfermedad del hijo, durante el tiempo que indique el certificado médico al efecto. Finalizado el permiso, el trabajador se reincorpora a su puesto sin pérdida de derecho alguno (Mason, *et al.*, 2007: 322-323). Y, desde enero de 2006, estos permisos son parcialmente retribuidos por el plan de seguros de la provincia de Québec (art. 18, *An Act respecting parental insurance*).

Por último, en Canadá el empleo a tiempo parcial por motivos familiares se halla más generalizado entre las mujeres. En el caso del cuidado de los hijos el porcentaje es de un 15,1% de mujeres frente a un 1,1% de hombres (Statistics Canada, 2006: 205).

Unión Europea

Por lo general, el cuidado de la familia tiene efectos importantes en la participación femenina en el mercado de trabajo. En el año 2006, la tasa de empleo de las mujeres entre 20-49 años era 62,4% si tenían hijos menores de 12 años, y de 76% en el caso contrario, frente a un 91,4% y 80,8%, respectivamente, en el caso de los hombres. En definitiva, la tasa de población activa de las mujeres y el tiempo de trabajo se halla ligada a una edad concreta y a la necesidad del cuidado de los hijos, lo que no ocurre en los varones (Comisión Europea, 2008: 11-12). Desde esta perspectiva, se entiende el consenso existente en la Unión Europea de estimular a los hombres

a implicarse más en la vida familiar, a través de distintas medidas, en el marco del Plan de Trabajo para la Igualdad entre las mujeres y los hombres, ya que para las instituciones europeas la conciliación de la vida profesional y familiar es clave en el logro de la igualdad (Comisión Europea, 2008: 5).

El Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo del año 2000 constituyó un hito importante en materia de igualdad de oportunidades. Entre sus objetivos estaba alcanzar una población activa de mujeres del 60% en el año 2010, para lo que se requería una mejor conciliación. De esta manera fue aprobada meses después la Resolución del Consejo relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar¹, que entre otras medidas, para que los hombres pudieran proporcionar un apoyo sustancial a la vida familiar en el logro de la igualdad, alentaba a los Estados a reconocerles el derecho a un permiso de paternidad, individual e intransferible, con motivo del nacimiento o adopción de un hijo sin merma de sus derechos laborales. Posteriormente, esta iniciativa cristalizó en la Directiva 2002/73/CE, en reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de acceso al empleo, a la formación, promoción profesional y a las condiciones de trabajo², y la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación³. Esta última, en aras de lograr una mayor claridad, refundió los distintos textos en la materia y añadió las novedades derivadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Todo ello en el marco del Año europeo de la igualdad de oportunidades para todos (2007) bajo el lema «Hacia una sociedad justa»⁴, coincidiendo

1. DO C 218 de 31.7.2000.

2. DO L 269 de 5.10.2002.

3. DO L 204 de 26.7.2006.

4. Decisión núm. 771/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 mayo 2006 (DO L 146 de 31.5.2006).

con el cincuenta aniversario de la instauración de las políticas de igualdad en la Unión Europea.

Normativa española

Tras la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la norma más reciente es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Su Preámbulo hace referencia a que por medio de la ley se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2002/73/CE, que reforma la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de acceso al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo.

La repercusión sobre el rol paterno en materia de conciliación tiene diversas concreciones, destacando en primer lugar el nuevo *permiso de paternidad*, recogido en la anterior directiva. Se trata de la medida más innovadora para promover la conciliación y una mayor corresponsabilidad en la asunción de las obligaciones familiares. Regulado en el artículo 48 bis del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), prevé la suspensión del contrato por trece días ininterrumpidos, ampliables en dos días más por cada hijo a partir del segundo, en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples. Es un derecho exclusivo del padre e independiente del descanso por maternidad, no sólo de su disfrute compartido (apartado 1º, art. 48 bis ET) sino incluso del íntegro, en los casos de fallecimiento de la madre o de ausencia de derecho a prestaciones cuando ésta desarrolle una actividad productiva (SEMPERE NAVARRO, A.V., *et al.*, 2007: 541). El trabajador puede hacer uso de este derecho desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial de adopción o de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato regulada en el art. 48.4 del ET o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión

(apartado 3º, art. 48 bis ET). Cabe la posibilidad de su disfrute en régimen de jornada completa o parcial (en este caso de un mínimo del 50%), previo acuerdo entre el empresario y el trabajador (apartado 4º, art. 48 bis ET). Durante el tiempo de suspensión del contrato se percibe una prestación, siempre que se acrediten ciento ochenta días cotizados en los siete años inmediatamente anteriores o trescientos sesenta días a lo largo de toda su vida laboral (art. 133 *nonies* LGSS). Dicha prestación consiste en un subsidio que se determina en la forma establecida para el subsidio de maternidad (art. 133 *decies* LGSS). La Ley Orgánica de igualdad previó la ampliación progresiva de la duración del permiso hasta cuatro semanas a partir de los seis años de su puesta en vigor (Disp. Transitoria 9ª).

También cabe la posibilidad de que el padre disfrute, con carácter derivado, de parte de la *suspensión del contrato por maternidad* (dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en caso de parto múltiple, de las cuales seis semanas deben ser inmediatamente posteriores al parto). En tal caso, existen diversas posibilidades: si la madre fallece, independientemente de que realizara algún trabajo, el padre puede hacer uso de la totalidad o de la parte que reste, computado a partir de la fecha del parto (párrafo 1º, apartado 4, art. 48 ET); si el padre y la madre trabajan, ésta puede optar, sin perjuicio de las seis semanas de descanso obligatorio, por que una parte del descanso posterior al parto sea disfrutado por el padre, de forma simultánea o sucesiva con la madre (párrafo 2º, apartado 4, art. 48 ET); si la madre no tiene derecho a suspender su trabajo ni a obtener las correspondientes prestaciones, pese a efectuar una actividad productiva, el padre puede hacer uso de esta suspensión por el tiempo que le correspondería a la madre, y además es compatible con la prestación de paternidad (párrafo 3º, apartado 4, art. 48 ET); en los casos de parto prematuro o si el neonato debe permanecer hospitalizado, el período de suspensión puede computarse a opción de la madre o, en su defecto, del padre, a partir del alta hospitalaria, excluyéndose de este cómputo, en todo caso, las seis semanas de descanso obligatorio (párrafo 4º, apartado 4, art. 48 ET). El hecho de ceder parte del descanso por maternidad se debe a que, si bien

las seis semanas posteriores al parto se destinan al descanso de la madre, las otras diez tienen una misión diferente, que es la atención y el cuidado del hijo (Sempere Navarro, *et al.*, 2007: 526).

Los trabajadores tienen derecho a un período de *excedencia*, tanto para el cuidado de los hijos como para el cuidado de un concreto familiar hasta el segundo grado que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo o no pueda efectuar una actividad retribuida. En el primer caso no puede tener una duración superior a tres años y en el segundo a dos años, salvo que por negociación colectiva se establezca una duración mayor. Se trata de un derecho individual de los trabajadores, mujeres y hombres, que se puede disfrutar de forma fraccionada. El tiempo de excedencia se computa a efectos de antigüedad y se tiene derecho a reserva de puesto de trabajo durante el primer año. Posteriormente la reserva será con respecto a puestos del mismo grupo profesional (apartado 3º, art. 46 ET). En la excedencia por cuidado de hijos, la Ley de Igualdad ha ampliado a dos años el período considerado de cotización efectiva (apartado 1º, art. 180 LGSS).

El artículo 37 ET contempla en distintos supuestos el rol del padre en materia de conciliación. Así, en su apartado 4, prevé que las trabajadoras tengan derecho a una hora de ausencia del trabajo, por *lactancia de un hijo menor de nueve meses*. Este permiso puede ser disfrutado por el padre en el caso de que ambos trabajen. A continuación, el apartado 4 bis prevé que en el supuesto de nacimiento de un *hijo prematuro* que, por cualquier causa deba permanecer hospitalizado tras el parto, el padre o la madre tienen derecho a un permiso de una hora de ausencia del trabajo. Igualmente podrán reducir su jornada laboral hasta un máximo de dos horas, con la correspondiente reducción del salario. El apartado 5 prevé otra posible reducción de jornada, con la consiguiente reducción salarial, entre al menos un octavo y un máximo de la mitad de su duración, para aquellos que por razón de *guarda legal* tengan a su cuidado directo bien a un menor de ocho años, bien a una persona con discapacidad

que no desempeñe actividad retribuida alguna. Se tiene el mismo derecho para el cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, ni desempeñe actividad retribuida alguna. Esta reducción de jornada es un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. Sin embargo, si dos o más trabajadores generasen este derecho en la misma empresa y por el mismo sujeto causante, el empresario puede limitar el ejercicio simultáneo por razones organizativas.

Por último, señalar algunos datos que resultan muy ilustrativos de lo dicho hasta ahora. Por un lado, las asignaciones previstas por los presupuestos de la Seguridad Social para el año 2008, para prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural se han incrementado en 529.561 miles de euros, es decir, en un 30,46%. Ello se debe en gran medida a las nuevas prestaciones de paternidad (240.085 miles de euros), riesgo durante la lactancia natural (39.937 miles de euros) y el subsidio no contributivo de maternidad (2.376 miles de euros). En otras palabras, la mejora de las prestaciones a partir de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y una mayor participación femenina en el mercado de trabajo son la causa de este incremento (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008: 91-92). Por otro lado, en cuanto al número de beneficiarios, los datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración en el mes de abril de 2008 señalan, con respecto a la prestación de maternidad, que las mujeres han sido destinatarias de la misma en un porcentaje de 98,54%, frente a 1,46% de hombres. Estos datos difieren entre las Comunidades Autónomas: se detecta un mayor número de perceptores varones en Navarra y País Vasco (4,33% y 3,02%, respectivamente) –quizá a causa del tradicional matriarcado– mientras que el porcentaje más bajo se registra en Murcia y Castilla-La Mancha (0,62%, 0,98%, respectivamente). Con respecto a la prestación por paternidad el número total de procesos ha alcanzado un total de 67.805, registrándose los números más elevados en Cataluña, Andalucía y Madrid.

Un apunte final

A los cincuenta años de la instauración de la política de igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea, que trae origen en los principios establecidos por la OIT, se observa que ésta ha sido la línea prioritaria en el enfoque de las iniciativas legislativas en materia de conciliación de la vida laboral y familiar. Se trata sin duda de una cuestión compleja que afecta un colectivo cada vez mayor, es decir, en la medida que más mujeres se han incorporado al mercado de trabajo se ha registrado una mayor necesidad de lograr un equilibrio entre familia y profesión. En este contexto se ha suscitado la necesidad de una mayor implicación del hombre en la atención de la propia familia que se ha manifestado, en los últimos años, en una serie de medidas, de las cuales la más significativa es el permiso de paternidad. Sin embargo, quizá el punto de partida, es decir, la fricción entre trabajo y familia y su corrección como medio de lograr la igualdad entre mujeres y hombres no sea del todo completo. Como se ha puesto de manifiesto en los textos de la misma OIT, las medidas de conciliación ayudan incluso a quienes no tienen responsabilidades familiares a lograr una mejor calidad de vida. En otras palabras, pese a la importancia del trabajo, se antepone la vida privada y la familia en la vida de las personas, y de la familia son responsables la madre y el padre, la mujer y el hombre. Obviamente la legislación incide en los comportamientos culturales, pero importa mucho un cambio de mentalidad no sólo en las empresas, sino también en el Estado y en la sociedad entera.

Bibliografía

- HEIN, C. (2006): *Conciliar el trabajo y las responsabilidades familiares*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2003): *La hora de la igualdad en el trabajo*, Ginebra.
- COMISIÓN EUROPEA (2008): *La igualdad entre hombres y mujeres 2008* (COM [2008] 10 final), Bruselas.

- STATISTICS CANADA (2006): *Canada Year Book 2006*, Minister of Industry, Ottawa.
- MASON, R. *et al.* (2007): *Canadian Master Labour Guide*, 21 ed., Wolter Kluwer, Toronto.
- EVANS, P. M. (2007): «Comparative perspectives on changes to Canada's paid parental leave: Implications for class and gender», *International Journal of Social Welfare*, 16: 119-128.
- MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN (2008): *Datos de maternidad, paternidad y excedencia por cuidado familiar*, Madrid, <<http://www.mtas.es>> [consulta: 3/06/2008].
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES (2008): *Presupuestos de la Seguridad Social*, Madrid.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. *et al.* (2007): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 7ª ed., Aranzadi-Thomson, Pamplona.