

EVA ALONSO RODRIGO

*Doctora en Derecho Tributario. Profesora de la Escuela de
Turismo Bettatur de Tarragona*

MARIOLA SERRANO ARGÜESO

*Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Profesora de la Universidad de Deusto*

GEMA TOMÁS MARTÍNEZ

Doctora en Derecho Civil. Profesora de la Universidad de Deusto

Este trabajo ha sido seleccionado y ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2004** en la Modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Luis GIL SUÁREZ, don José Luis GIL Y GIL, don Eduardo GONZÁLEZ BIEDMA, doña Lourdes LÓPEZ CUMBRE, don Jesús R. MERCADER UGUINA y don Cristóbal MOLINA NAVARRETE.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de las autoras.

Extracto:

ESTE trabajo aborda en clave jurídica y crítica el cuidado de la familia, tema de vital importancia en la actualidad, sobre todo a consecuencia de la progresiva e imparable incorporación de la mujer al mundo laboral y del envejecimiento de la población que afecta especialmente a la sociedad española. El análisis de la cuestión empieza por un aspecto al que las normas laborales llevan un tiempo intentando dar respuesta: la conciliación de la vida familiar y laboral. Un detenido análisis de las medidas conciliatorias en relación con el cuidado de la infancia evidencian las carencias existentes que dificultan el compatibilizar la vida laboral con el cuidado de la familia. En consecuencia, los ascendientes aportan, en gran medida, el cuidado informal necesario para la solución de este problema, como ha quedado reflejado de forma indirecta en una ley relativa a las relaciones familiares de los nietos con los abuelos en situaciones de crisis matrimonial. Pero el nuevo reto para el Derecho es el cuidado de ancianos y discapacitados. Es éste un ámbito en el que las normas laborales y los convenios colectivos parece que aún no han reparado. Ello obliga a que sean las familias o el propio particular afectado quien a título individual busque solución a «su» propia necesidad de cuidado.

.../...

.../...

El legislador, ante los problemas de dependencia de una población cada vez más envejecida, está fomentando soluciones basadas en el juego de la libertad contractual. Ante esta situación y en el ámbito de los ingresos y gastos públicos, se deben introducir fórmulas (básicamente, beneficios fiscales) que vengan a compensar eficazmente el ahorro que para la organización pública supone la asunción de este deber de cuidado por los particulares, y que sirvan además para coordinar el derecho a la percepción de cuidados (a poder ser, conferidos por su propia familia) que ampara a ancianos, niños o discapacitados, con el derecho al acceso a un puesto de trabajo remunerado del cuidador.

Sumario:

Abreviaturas.

1. Familia y poderes públicos ante el cuidado de personas dependientes.
2. Cuidar y conciliar.
3. El cuidado de la infancia. El problema preexistente.
 - 3.1. Perjuicios para la mujer derivados del disfrute obligatorio de la prestación de riesgo durante el embarazo.
 - 3.2. Lagunas de la prestación de maternidad.
 - 3.3. El tan reclamado permiso de paternidad.
 - 3.4. La doble jornada laboral y las soluciones para una conciliación real de la vida familiar y laboral.
 - 3.4.1. Fórmulas legales de conciliación.
 - 3.4.2. Políticas empresariales de conciliación.

- 3.4.3. Promoción de la conciliación desde la negociación colectiva.
- 3.5. La difícil conciliación y el cuidado de los hijos asumido por las «abuelas-canguro»
- 3.6. La deducción por maternidad como ejemplo de medida «anticonciliación» frente a otros modelos vigentes.
- 3.7. Tratamiento tributario del cuidado personal y del cuidado ajeno de los hijos.
4. El cuidado de personas ancianas y discapacitadas. El nuevo reto del derecho.
 - 4.1. El envejecimiento de la población: una realidad social.
 - 4.2. Personas enfermas, incapacitadas y con discapacidad.
 - 4.3. Conciliar la vida familiar y laboral con una persona a cargo (mayor o discapacitado). Un olvido laboral.
 - 4.4. La alternativa: la autoprotección de las personas mayores dependientes.
 - 4.4.1. Contratos de convivencia.
 - 4.4.2. Programas de convivencia de estudiantes con personas mayores.
 - 4.4.3. El acogimiento de personas mayores.
 - 4.4.4. Contratos de vitalicio o de alimentos.
 - 4.4.5. La autotutela.
 - 4.5. La protección patrimonial de las personas con discapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.
 - 4.5.1. El patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad.
 - 4.5.2. Medidas sucesorias en relación a incapacitados y personas con discapacidad.
 - 4.6. Reflejo en la norma fiscal del cuidado informal.
 - 4.7. Las reducciones por cuidado de familiares: ¿a qué cuidador pretenden cuidar?
5. Conclusiones.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AL	Actualidad Laboral
AS	Aranzadi Social
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
EPA	Encuesta sobre Población Activa
ET	Estatuto de los Trabajadores
INSHT	Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo
IMSERSO	Instituto de Migraciones y Servicios Sociales
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IRPF	Impuesto de la Renta de las Personas Físicas
JL	Justicia Laboral
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
NTP	Nota Técnica Preventiva
REF	Revista de Estudios Financieros
RL	Relaciones Laborales
RSP	Reglamento de los Servicios de Prevención
RTSS	Revista de Trabajo y Seguridad Social

1. FAMILIA Y PODERES PÚBLICOS ANTE EL CUIDADO DE PERSONAS DEPENDIENTES

El año 2004 es el Año Internacional de la Familia, objeto de protección en el apartado primero del artículo 39 de nuestra Constitución. Precisamente el cuidado de la familia se ha convertido en los últimos tiempos en una cuestión de primer orden, como consecuencia en gran medida de la progresiva incorporación de la mujer al mundo laboral.

Por familia no debe entenderse obligatoriamente un conjunto formado por madre, padre y descendientes, sino que se incluyen los distintos proyectos de vida en común. Desde los años noventa la Unión Europea está comprometida con la protección a la familia ¹. Según un reciente informe del Parlamento europeo el 17 por ciento de la población tiene menos de 15 años, el 16 por ciento más de 65, el índice de personas con discapacidad se sitúa entre el 10 y el 12 por ciento de la población y, al menos el 15 por ciento de los niños sufre, en mayor o en menor medida, problemas específicos de aprendizaje (dislexia, dispraxia, discalculia, dificultades de atención) ².

Los menores, mayores y personas con discapacidad, en cuanto seres dependientes, encontraban hasta hace pocas décadas plenamente cubiertas sus necesidades dentro del entorno familiar. Si bien hablar de «familia» quizás fuera un relativo eufemismo porque eran las mujeres del núcleo familiar quienes solían asumir *de facto* dicha responsabilidad. Este tradicional modelo de familia está dejando paso a otro diferente en el que los roles van cambiando hacia una mayor participación mas-

¹ En la Unión Europea se adoptan las primeras medidas concretas (recomendaciones o directivas) en el decenio de 1990, a raíz del impulso dado por la Comunicación sobre políticas familiares publicada por la Comisión Europea en agosto de 1989 y recogida en las conclusiones del Consejo de Ministros encargados de la familia de 29 de septiembre de 1989. En 1992 se adopta la Recomendación 92/241/CEE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas (DO L 123 de 8-5-1992) y 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 salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (DO L 348 de 28-11-1992). En 1994 el Parlamento Europeo aprueba la primera Resolución sobre protección de las familias y unidades familiares (DO C 18 de 23-1-1995). En 1996 se aprueba la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso de parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (DO L 145 DE 19-6-1996). En Enero de 1999, el Parlamento Europeo aprueba su segunda Resolución sobre la protección de la familia y el niño (PE 228.457). El 29 de junio de 2000 el Consejo Europeo, en el marco del Consejo Europeo de Lisboa de los días 23 y 24 de marzo de 2000, adoptó una Resolución relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar (DO C 218 de 31-7-2000), el trabajo al respecto se ha ido desarrollando en el marco de la presidencia francesa así como en el Consejo Europeo de Barcelona de los días 15 y 16 de marzo de 2003.

² *Informe sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada, de 23 de febrero de 2004 del Parlamento Europeo* (A5-0092/2004).

culina en estas tareas. No obstante, las encuestas siguen atribuyendo a la mujer gran parte de esa actividad de cuidado. Así consta en la Encuesta de Empleo del Tiempo 2002-2003 elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, que la dedicación al hogar y la familia es en los hombres de 1:29 min./día y en las mujeres de 4:29 min./día ³, siendo el cuidado uno de los principales ámbitos del trabajo doméstico realizado mayoritariamente por mujeres ⁴.

Ante esta situación, las políticas familiares deben alentar la participación de la mujer en el mercado de trabajo. Un informe elaborado por la Comisión Europea ⁵ considera que la causa de inactividad laboral del 50 por ciento de las mujeres entre 25 y 54 años son las responsabilidades familiares. La misma fuente arroja como dato, además, que los países con menor gasto social, entre los que se encuentra España, y con menor participación de los hombres en el trabajo doméstico, son también los que tienen una tasa de actividad femenina menor.

La presencia de la mujer en el ámbito de lo público, en el mundo laboral, debe obligar a la sociedad a replantearse el reparto de las cargas familiares en la esfera privada, en el hogar. Ciertamente se percibe una tendencia creciente a la distribución de tareas ⁶ y también a una progresiva externalización de las mismas. Esa evolución de los últimos tiempos apunta a que es más fácil establecer estrategias de cambio en lo que se refiere a compartir tareas domésticas puramente materiales, que en lo relativo al cuidado de personas dependientes. La actividad de cuidado, a diferencia de otras tareas del hogar, entraña una serie de rasgos (fuerte carga emocional, la cierta urgencia que suele requerir, la difícil sustitución de la persona que cuida ⁷...) que hacen difícil el tránsito del tradicional referente mediterráneo en el que el cuidado es una labor estrictamente familiar a otro distinto en el que exista un mayor compromiso público, y en el que el cuidado se convierta en una cuestión

³ Los resultados de la Encuesta de Empleo del Tiempo 2002-2003 (fecha de publicación de resultados 24 de julio de 2003 y datos de avance de actualización 28 de octubre de 2003) elaborada por el Instituto Nacional de Estadística pueden verse en <http://www.ine.es>.

⁴ Según esta misma encuesta, el trabajo doméstico y el cuidado de niños y ancianos sigue siendo una tarea eminentemente femenina, pues el 93 por ciento de las mujeres las realizan durante casi 5 horas diarias. Además tienen hora y media diaria menos de tiempo libre por las cargas domésticas. Sin embargo, sólo el 70 por ciento de los varones participa en las obligaciones del hogar y dedica dos horas más al día a trabajar y/o estudiar, y además emplea sólo dos horas en estos menesteres. Sobre el trabajo en el propio hogar, véase *El trabajo del ama/o de casa. Un estudio jurídico y su consideración ética*, ed. Diputación Foral de Bizkaia., Bilbao, 2003 y «Consideraciones jurídicas en torno al trabajo en el hogar. Un estudio laboral, civil y fiscal (y II)», *La Ley*, núms. 5.880-5.881, 28 y 29 octubre de 2003.

⁵ COM (2002) 9 final de 24 de enero de 2002.

⁶ Puede observarse la progresiva evolución en cuanto al reparto de tareas en las Encuestas de Empleo del Tiempo realizadas con anterioridad como se desprende del estudio *Mujeres en cifras* (1996-2000) elaborado por el Instituto de la Mujer, según el cual hay un incremento muy menguado en comparación con el tiempo que emplean las mujeres. En palabras de MORENO, Luis, «Bienestar mediterráneo y supermujeres», *Unidad de Políticas Comparadas* (CSIC), Documento de trabajo 03-09 (agosto 2003), serían necesarios ochenta años a este ritmo hasta lograr igualar los tiempos empleados por hombres y mujeres.

⁷ HIMMELWEIT, Susan, «La economía de la atención. La atención tiene un coste: costes y beneficios de la atención», *SARE 2003 Cuidar Cuesta: costes y beneficios del cuidado*, pág.5, que añade además la relación inversa entre la necesidad de cuidado y la capacidad de pagarla. De hecho, un gran número de personas que necesitan atención, como los niños pequeños, no disfrutan de recursos propios, y la atención ha de ser pagada o prestada por otros. Puede verse sobre el cuidado otras ponencias presentadas en el *Congreso SARE*, Vitoria, 2003, entre otras las siguientes: MURILLO, Soledad, «Cara y cruz del cuidado que donan las mujeres», págs.1-12; GARRIDO, Alicia, «La distribución del trabajo generado por el cuidado de otras personas», págs.1-13; IZQUIERDO, María Jesús, «Del sexismo y la mercantilización del cuidado a su socialización: hacia una política democrática del cuidado», págs.1-30; REPO, Katja, «Acerca del Modelo de atención social de los países nórdicos: el ejemplo de Finlandia», págs. 1-7.

social, algo que preocupa a todos los países occidentales que se identifican como Estados del bienestar⁸. Téngase en cuenta que según datos del EUROSTAT, España es el país con una inversión menor en gasto social, después de Irlanda⁹.

2. CUIDAR Y CONCILIAR

Antes de entrar en un análisis jurídico de la cuestión, precisemos qué se entiende por «cuidado». Cuidar de alguien implica atender sus necesidades. Pero en un sentido más restringido entenderemos por cuidado el satisfacer las de quien no puede hacerlo por sí mismo. Si el cuidado se presta a quien puede cuidarse de sí mismo, no será «cuidado» en el sentido en que se empleará en este trabajo.

En cuanto a quién asume la tarea de cuidar, estamos ante una actividad fuertemente feminizada sociológica y culturalmente. Ello es así no sólo cuando se desempeña de modo gratuito, en el seno familiar, lo que suele denominarse «cuidado informal», sino también cuando se profesionaliza –«cuidado formal»–, o cuando se realiza como «voluntariado»¹⁰. No es éste el lugar de profundizar en las raíces de esa atribución de género. En este punto interesa conocer cuál es el grado de compromiso público y privado que existe en nuestro ordenamiento jurídico en torno al cuidado:

- En nuestro ordenamiento jurídico, el cuidado de los hijos corresponde a los padres, tanto como deber inherente a la patria potestad, compartida entre ambos progenitores (art. 154 CC), como en el caso de que no la ostenten, porque en este último supuesto también se les impone el deber de prestar alimentos (arts. 110, 111 y 143 CC y art. 39.3 Constitución: «los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda»). Esa responsabilidad que se impone a los padres lo es sin perjuicio de que el artículo 39.2 de la Constitución establece que los poderes públicos se comprometen a asegurar la «protección integral de los hijos».

⁸ Destaca en la Unión Europea el programa SOCCARE. Puede verse el informe: KROGER, T., *Comparative Research On Social Care. The State Of The Art*, Bruselas, European Commission, 2001 (<http://www.uta.fi/laitokset/sospol/soccare/report1.pdf>). El alcance de compromiso público en las responsabilidades familiares marca la distancia entre países nórdicos como Suecia y Finlandia y los países mediterráneos. Puede verse NAVARRO, Vincenç SCHMITT, John y ASTUDILLO, Javier, «La importancia en la supuesta globalización económica. La evolución de los Estados del Bienestar en el capitalismo desarrollado durante la década de los años noventa», *Sistema*, N.º 171 (dossier), noviembre 2002.

⁹ En 1996, España destinaba el 21,9 por ciento de su PIB a gasto social, es decir, dos puntos más que en el 2000, que fue de 20,1 por ciento (el año 2000 es el último año del que hay referencias proporcionadas por la oficina de estadísticas europea). Irlanda, que destina a este capítulo el 14,1 por ciento de su Producto Interior Bruto. El gasto social incluye pensiones, sanidad, protección a la familia y a las personas con invalidez, desempleo, vivienda y exclusión social. Por lo que se refiere a protección de la familia, el gasto ha sido de 2,7 por ciento, mientras que la media de la UE es de 8,2. Según el estudio de Vicenç NAVARRO: *La protección social en España y su desconvergencia con la Unión Europea*. Informe preparado para el seminario «La Convergencia social de España con la Unión Europea», Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, Santander, 1-5 de Septiembre de 2003, España dedica cada vez menos presupuesto a la protección social. Cada año aumenta la diferencia respecto a Europa, alcanzando, en el año 2000 una brecha considerable; mientras que nuestro país dedicó el 20,1 por ciento del PIB, la media europea fue del 27,3.

¹⁰ Véase el estudio del CIS, 2117 (1994) según el cual el 83 por ciento de los cuidadores voluntarios de personas mayores en España son mujeres. Más recientemente, un informe presentado por la Asociación BOLUNTA (Agencia para el Voluntariado y las asociaciones) dice que dos de cada tres son mujeres, a las personas mayores se dedica el 6,3 por ciento de los voluntarios y el 10 por ciento a los enfermos. Cfr: <http://www.bolunta.org>. Al respecto IZQUIERDO, *op. cit.*, pág. 17.

- Por lo que respecta a los mayores, el artículo 50 de la Constitución establece que «los poderes públicos [...], con independencia de las obligaciones familiares (cfr. art. 143 CC), promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio». Por tanto, existe la obligación familiar y el compromiso constitucional de los poderes públicos de cuidado.
- Podríamos también hacer mención de las personas enfermas y con discapacidad que son objeto de atención en el texto constitucional, artículo 49, para afirmar el deber de los poderes públicos de realizar «una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos».

Enunciada la implicación de la familia y de los poderes públicos, la cuestión nace de la composición de responsabilidades entre ambos (cuidado informal y cuidado formal), algo que nuestra Constitución no hace, máxime cuando dentro de la familia el peso fáctico del cuidado recae sobre la mujer, a pesar de la proclamada igualdad en nuestros textos legales (arts. 14 y 32 Constitución) ¹¹. La sociedad mediterránea ha hecho de la familia la sede por excelencia de cuidado, y de la mujer el sujeto activo principal de atención a personas dependientes. Modelo tradicional que presenta ya importantes grietas por la incorporación generalizada de las mujeres en edad laboral al mundo del trabajo.

Dicho esto, debemos abordar la *conciliación de la vida familiar y la vida laboral*. Entendemos por tal una política legal y empresarial impulsada desde la negociación colectiva que permita a trabajadores y trabajadoras con cargas familiares ¹² poder desarrollarse profesionalmente y, al mismo tiempo, gozar de tiempo para atender las necesidades familiares, a la vez que disfrutar de la compañía de los seres más queridos.

En este trabajo expondremos lo que creemos que debe ser una política de conciliación de la vida familiar y laboral, analizando de forma integrada las obligaciones laborales, las existentes en el ámbito del Derecho privado, con las últimas novedades legislativas que repercuten sobre el cuidado informal, y las medidas fiscales sobre el cuidado familiar.

¹¹ De acuerdo con los datos facilitados por el Nodo de cuidadores informales de RIMARED en su estudio sobre «El cuidador informal de personas mayores de 65 años en España» (se puede ver en www.scele.enfe.ua.es/web_scele/archivos/cuidador_informal.pdf), el 83,95 por ciento de los cuidadores informales en España son mujeres, su edad media es de 56 años y el 60 por ciento son amas de casa, mientras que del restante 17 por ciento que son hombres, la edad media es de 65 años y el 45 por ciento son retirados. En este trabajo también se concluye que más de la mitad de los cuidadores informales dedica más de 5 horas al día al cuidado.

¹² El RD 945/2003, de 18 de julio, por el que se regula para el año 2003 el Programa de Renta Activa de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, prorrogado por RD 3/2004, de 9 de enero para 2004, entiende por cargas familiares «la convivencia del beneficiario con hijos menores 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, divididas por el número de miembros que la componen no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias». En este estudio nos detendremos en la figura del cuidador, que es el que reclamará los derechos laborales que le corresponden para atender a sus responsabilidades familiares, y que se amplían en el supuesto de familias numerosas (art. 2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección de familias numerosas).

3. EL CUIDADO DE LA INFANCIA. EL PROBLEMA PREEXISTENTE

La tasa de empleo femenino está directamente relacionada con la tasa de fertilidad. Así pues, el descenso de la primera es proporcional al aumento de la segunda, sirva de ejemplo el dato de que si en 1986 el empleo femenino en España no superaba el 35 por ciento y el número de hijos por mujer en edad fértil estaba en 1,5; en 2002, a la vez que el índice de ocupación se eleva al 50 por ciento¹³, la tasa de fertilidad desciende hasta un 1,25. Esta correlación pone de relieve la dificultad de compatibilizar trabajo y cuidado de familia. En este sentido, una de las razones de peso de la disminución de la natalidad son las dificultades que existen en las empresas y en las propias normas para hacer posible la conciliación de la vida familiar y laboral, incidiendo a la hora de hacer efectiva la incorporación en igualdad de condiciones de las mujeres al trabajo.

Al mismo tiempo, las responsabilidades familiares unidas a las condiciones de trabajo de las mujeres producen mayores riesgos e inciden en la salud de las trabajadoras, teniendo como consecuencia el estrés derivado de la organización del trabajo, dolores musculares, ansiedad, depresión, falta de ovulación, trastornos en la menstruación, esterilidad y abortos¹⁴.

En este apartado vamos a tratar de examinar, desde un punto de vista crítico, las dificultades con las que las trabajadoras y los trabajadores se encuentran a la hora de intentar conciliar el ámbito del trabajo y el de la familia. Dada la mencionada relación directa entre la natalidad, la incorporación de la mujer al mundo del trabajo y la toma de conciencia por los hombres de su papel como padres, el análisis incidirá en: los obstáculos legales y laborales con los que las mujeres se encuentran en el momento del embarazo; los que entraña la suspensión de la relación laboral por maternidad; las políticas de conciliación que se están llevando a cabo desde las normas laborales; las que se impulsan desde la negociación colectiva; las que parten de la propia empresa; y las a veces insuficientes y, en otras ocasiones, nulas previsiones fiscales al respecto. Asimismo, se pondrá en evidencia una situación que surge de la falta de conciencia empresarial en el tema de la conciliación, y que hace que hombres y mujeres renuncien en parte a su vida privada delegando funciones que a ellos corresponderían en servicios sociales y en familiares cercanos.

3.1. Perjuicios para la mujer derivados del disfrute obligatorio de la prestación de riesgo durante el embarazo.

El IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2003-2006)¹⁵ propone como área de actuación prioritaria la promoción de la calidad de vida de las mujeres englobándose,

¹³ El Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000 reconoció la importancia de mejorar la igualdad de oportunidades en todos los aspectos con el objeto, en particular, de conciliar mejor la actividad profesional y la vida familiar, y que dichas medidas debían contribuir a que la proporción de mujeres activas rebase el 60 por ciento en el 2010.

¹⁴ Así lo afirma un estudio realizado por el CNBIOSE de la Universidad de QUÉBEC. UGT, *Salud laboral y género*, <http://www.ugt.es>. Por otra parte, las mujeres de entre 35-55 años tienen tres veces más enfermedades producidas por estrés que el resto del promedio español según el estudio *El estrés de la doble jornada laboral afecta a la salud de la mujer*, realizado por María MORON. Cfr. *Avui* 14/12/95 y *El País*, 14/12/95.

¹⁵ El IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres fue aprobado el 7 de marzo de 2003 por el Consejo de Ministros, y presentado ese mismo día, con motivo de la celebración del Día Internacional de la Mujer (8 de marzo). Llevamos hasta el día de hoy 4 planes de igualdad de oportunidades. En el primero de ellos (1988-1990) se pretende la

entre otros objetivos, el relativo al ámbito de la salud ¹⁶. El bienestar de las trabajadoras embarazadas y en período de lactancia debe respetarse y cuidarse en la empresa, no sólo por la salvaguarda del feto o recién nacido lactante, bien jurídico en el que reside la especial protección que la normativa preventcionista nos impone en estos casos, sino también porque es uno de los pilares para la consecución de la incorporación de la mujer al mundo del trabajo en igualdad de condiciones con los hombres. Así pues, las lagunas que en este aspecto siguen subsistiendo en nuestras normas suponen obstáculos a la natalidad y, consecuentemente, a la asunción de responsabilidades futuras por parte de las mujeres que deciden asumir la maternidad y seguir desempeñando con normalidad sus funciones laborales.

La mujer embarazada y en período de lactancia es considerada en la prevención de riesgos laborales como colectivo especialmente sensible frente a los riesgos. Dicha llamada de atención no es, al parecer, suficiente, vistos los perjuicios que de la actual redacción de la LPRL y normas complementarias se derivan para la mujer en esa situación y que permanecen intactos tras la modificación operada en este ámbito por la Ley 54/2003 ¹⁷. Así, recordemos que la LPRL no especifica aún los agentes, procedimientos y condiciones que pueden influir negativamente en la salud de las trabajadoras embarazadas y en período de lactancia, motivo por el cual debe considerarse directamente aplicable lo especificado en los anexos I y II de la Directiva 92/85/CEE sobre trabajadoras embarazadas ¹⁸. Son las empresas y los convenios colectivos aplicables los que deben dar la solución explicitando en cada ámbito los procedimientos y condiciones de trabajo que pueden resultar perjudiciales, así como los trabajos que debieran quedar prohibidos.

lucha directa contra la discriminación tratando la consecución de la igualdad legal-formal. La etapa que abarca de 1993 a 1995, II Plan de Igualdad de Oportunidades, pretende pasar de la ya supuesta igualdad formal a la igualdad real en ámbitos tales como la educación, la formación y el empleo. Con el III de ellos (1997-2000) se pretende la participación de la mujer en todas las esferas de la vida social y el IV, y por ahora último, trata de instaurar una política de igualdad de oportunidades en todas las acciones y políticas comunitarias y de los Estados miembros.

¹⁶ El artículo 25 de la LPRL recuerda al empresario que la reproducción o función reproductora ha de ser tenida en cuenta a la hora de hacer la evaluación de riesgos de la empresa. La protección de la función reproductora en el ámbito preventivo no entiende de sexo. Así, el manejo de determinadas sustancias por parte de trabajadoras puede producir abortos o malformaciones en los recién nacidos o, tratándose de trabajadores, que un futuro embarazo de su pareja tenga las mismas consecuencias. Sin embargo, no encontramos en la LPRL la forma de hacer efectiva la protección de la función reproductora, lo que hace casi imposible su aplicación práctica. La protección de la función reproductora puede ser estudiada también desde otro punto de vista algo más alejado del tema de la salud laboral aunque totalmente relacionado con la discriminación laboral por razón de género. Hacemos referencia al *iter precontractual* y a las pruebas de selección que, en muchos casos, incluyen preguntas relacionadas con la intención o no de tener hijos en un futuro u otras relativas a la vida privada o la prueba del uso de métodos anticonceptivos, prácticas denunciadas por la OIT, y muy difíciles de controlar puesto que la elección final del trabajador queda bajo la discrecionalidad del empresario, siendo en todo caso de casi imposible demostración la existencia de atisbo de discriminación. Una vez más, el papel de los sindicatos es imprescindible para la eliminación de estas prácticas en las empresas. Véase al respecto el estudio de LÓPEZ ÁLVAREZ, María José y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar, «Análisis Económico-Jurídico de la Vida Familiar y Laboral. La incidencia de las responsabilidades familiares en el contrato de trabajo», *Familia y Trabajo*, Universidad Pontificia, Comillas, Madrid, 2003, pág. 83-105.

¹⁷ Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales (BOE 15 de diciembre de 2003).

¹⁸ Los efectos negativos del manejo de determinadas sustancias para las trabajadoras embarazadas y en período de lactancia los podemos encontrar: en los anexos I y II de la Directiva del 92/85/CEE (la claridad de los mismos unido al transcurso del plazo para proceder a sus trasposición permitiría mantener el efecto directo de la Directiva en este punto); en la Comunicación de la Comisión *sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz y en período de lactancia*; en las Guías del INSHT (Cfr. Guía Técnica de cargas, de agentes biológicos y de agentes químicos), y NTP (en concreto las NTP 542, 441, 414 y 413). En resumen, y a modo orientativo, adelantamos que las consecuencias son, en general, desde partos prematuros y bebés con poco peso hasta abortos y malformaciones en el feto, incluso por el manejo de sustancias antes del momento del embarazo.

A ello debemos añadir que en nuestra legislación estatal, y a diferencia de lo que ocurre en la Unión Europea, no existe una definición de trabajadora embarazada y en período de lactancia, por lo que será tal la que comunique su estado al empresario. Y será a partir de aquel momento (salvo que su notoriedad o conocimiento público sean inminentes) cuando empiece a funcionar la protección prevencionista hacia ellas ¹⁹. Sería conveniente a efectos preventivos que, por parte de los servicios de prevención de la propia empresa y/o de los delegados de prevención, se diese a conocer a las trabajadoras y trabajadores que el despido en supuestos de embarazo, lactancia o durante la suspensión de la relación por riesgo durante el embarazo es considerado nulo de pleno derecho ²⁰. Debería ser así porque muchas trabajadoras ocultan durante un tiempo su situación en la empresa por miedo a represalias de este tipo, con el riesgo de producirse abortos u otros problemas por no tomarse las medidas de prevención necesarias. Ello ocurre principalmente con trabajos no considerados especialmente peligrosos, pero que lo son para las trabajadoras en estas situaciones ²¹. Sólo tras una efectiva comunicación de los riesgos que implica trabajar en estado de gestación por parte del empresario a sus trabajadores, y una ocultación intencionada del embarazo por parte de estas últimas siendo conscientes de lo que supone para su salud, quedaría el empresario exonerado de responsabilidad alguna al respecto ²².

Por otro lado, el trabajo nocturno y el trabajo a turnos son aspectos a los que hay que prestar especial atención en estos casos a pesar de no ser trabajos prohibidos, lo que, dicho sea de paso, no estaría tampoco de más.

En el supuesto de existencia de riesgo en el desempeño del puesto de trabajo e imposibilidad de adaptación del trabajo a la trabajadora, la solución prevista legislativamente es el cambio de tra-

- ¹⁹ La obligación de comunicación de dicha situación existe en la Directiva 92/85/CEE, por lo que se ha tachado la normativa española de ser incompleta en cuanto a su transposición. El TC ha declarado que de los artículos 1.1.2, apdos. 1 y 3 y 5.1 de la Directiva 76/207 CEE se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo (sentencia del STJCE de 8 de noviembre de 1990, Asunto «Hertz») como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada (sentencia de la misma fecha recaída en el asunto «Dekker»), y la ruptura del contrato ni siquiera puede justificarse por el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo nocturno (STJCE de 5 de mayo de 1994, Asunto «Habermann-Beltermann»). La prohibición de discriminación por razón de sexo constituye un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación también aplicable en la fase de acceso al empleo (STC 41/99 de 22 de marzo, con cita de la STC 173/94). En nuestro Derecho interno se refieren a la nulidad del despido en caso de embarazo y que tenga como causa el mismo los artículos 55.5 del ET y 108.2 de la LPL. La legislación española no ha incluido las definiciones de la Directiva 92/85 CEE del Consejo relativas a la mujer embarazada, que ha dado a luz y en período de lactancia, que hacen referencia a la misma como *la trabajadora que, en estas situaciones, comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales*. Al omitir esta definición se ha de entender que el criterio legal es el de no exigir a la mujer trabajadora que comunique su estado al empresario, constituyendo ello una mejora con respecto a la Directiva 92/85. Por tanto, el embarazo permanece en ámbito del derecho a la intimidad de la mujer trabajadora en tanto no se decida otra cosa, a tenor del artículo 18.1 de la CE.
- ²⁰ El artículo 4 de la Directiva 92/85/CEE establece «(...) en la empresa o establecimiento de que se trate, se comunicará a todas las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 (trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia), y/o a sus representantes, los resultados de la evaluación contemplada en el apartado 1 y todas las medidas relativas a la seguridad y salud en el trabajo».
- ²¹ A este respecto debemos recordar que el artículo 29.2.º 4 de la LPRL obliga a los trabajadores a informar de inmediato a su superior jerárquico directo (...) acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud. También es cierto, sin embargo, que es el empresario el obligado a informar a sus trabajadores de que el trabajar en esta situación en la empresa, sea cual sea la función que se realice, puede implicar riesgo, y que debería ser comunicado de inmediato a efectos de poder tomar las medidas preventivas oportunas.
- ²² La protección del artículo 26 de la LPRL no se activa si la trabajadora no comunica su estado (aunque si es notorio o conocido el empresario debe cumplir en todo caso sus deberes de protección). En caso de desconocimiento real no se puede exigir responsabilidad al empresario por la omisión de medidas que no tenía por qué adoptar.

bajo o función²³. No obstante los trámites burocráticos que la ley exige al empresario para su justificación²⁴, se ha criticado con razón que en el fondo se le otorgue una excesiva discrecionalidad de actuación²⁵. Máxime teniendo en cuenta que el paso siguiente, la suspensión del contrato, al día de hoy, perjudica más que beneficia a las trabajadoras.

Así pues, y como acabamos de mencionar, ante la imposibilidad del cambio la trabajadora ha de acudir²⁶ a la suspensión del contrato de trabajo y «disfrute» de la prestación de riesgo durante el embarazo. Esta prestación, tan criticada como alabada, intenta salir al paso de la consideración del embarazo como enfermedad y del encuadramiento del mismo en la prestación de incapacidad temporal, totalmente inadecuada para el supuesto de que la trabajadora no pueda realizar sus funciones laborales porque su estado físico le impide desempeñar puesto de trabajo alguno exento de riesgo en la empresa²⁷. Pronto empezarán a llover las críticas, subsistentes al día de hoy, sobre todo en lo que hace referencia a los requisitos de acceso y a la prestación económica que se recibe. Lagunas legales que entrañan un obstáculo a la natalidad y que junto a la incorporación de la mujer al trabajo y la conciliación son ejes principales de las políticas laborales actuales.

En este sentido es difícil entender la exigencia de un período de carencia²⁸ para el acceso a la misma (180 días en los últimos 5 años), cuando lo cierto es que nos encontramos ante un supuesto de obligatorio disfrute por la mujer (que es la única que puede estar embarazada), y consecuentemente de imposible reparto con el padre. Se insiste en denunciar la desprotección de quien por no reunir los requisitos mínimos de cotización debe acceder a la prestación sin poder recibir a cambio contraprestación económica alguna. Imaginemos tan sólo la situación en la que quedarían familias

²³ Evidentemente previo respeto de las normas de movilidad funcional previstas en el artículo 39 del ET.

²⁴ El procedimiento, tanto para proceder a la suspensión de la relación (art. 26 de la LPRL) como para el reconocimiento del subsidio (RD 1251/2001), reviste una complejidad normativa que viene justificada a efectos de garantizar un mínimo de imparcialidad y para evitar que el empresario al que no le interese adaptar las condiciones de trabajo de la mujer embarazada o cambiarla de puesto de trabajo o de función, cuando haya riesgos específicos, acuda directamente a la suspensión del contrato de trabajo, con el consiguiente traspaso del coste económico a la Seguridad Social. En referencia a ello PIZA GRANADO, MORENO GENÉ, ROMERO BURILLO Y PARDELL VEÁ, «La prestación por riesgo durante el embarazo: a propósito del RD 1251/2001, de 16 de noviembre», *RTSS*, núm. 28, marzo 2002, pág. 26.

²⁵ No debiera admitirse que por esta vía entraran en juego supuestos en que la imposibilidad derive en una mera apreciación subjetiva. SÁNCHEZ TRIGUERO, Carmen, «La suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo», *RL*, Tomo I, 1999, pág. 40.

²⁶ La interpretación debe ser que, en este caso, es obligado el paso de la trabajadora a la situación de suspensión de la relación laboral.

²⁷ La prestación de riesgo durante el embarazo se reconoce por primera vez en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras (art. 26.3 de la LPRL) con el fin de solucionar la situación de inseguridad en la que se encontraban las trabajadoras durante su estado de gestación, cuando el empresario no disponía de un puesto de trabajo adecuado a sus características personales y sin riesgo para su salud en el que pudiesen desarrollar su trabajo durante su estado de embarazo, o bien si en su empresa no existe ningún puesto de trabajo exento de riesgo, en trasposición completa de lo establecido en el artículo 5.3 de la Directiva 92/85/CEE. Lo equivocado de reconducir su situación a la de incapacidad temporal y lo costoso que para el empresario podía significar seguir pagando los salarios a la trabajadora sin realizar a cambio actividad productiva alguna, dado lo inevitable de la situación hizo que se contemplase el riesgo durante el embarazo que, sin embargo, necesitaba para su completa aplicación de desarrollo reglamentario. El RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, desarrolla y regula con detalle el procedimiento y actuaciones precisas para el reconocimiento del derecho al subsidio.

²⁸ No obstante no estar incluida la situación de riesgo durante el embarazo en el artículo 124.3 de la LGSS, no hay inconveniente en aplicarle su consecuencia jurídica: la validez de las cotizaciones a efectos carenciales. LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «El riesgo durante el embarazo (y II)», *AL*, <http://www.laley.net>, 2001, referencia XXXIII.

en las que es ella la única que trabaja bien por ser miembro de una familia monoparental ²⁹, bien porque el padre del futuro bebe no se encuentre en esos momentos trabajando, bien porque su salario sea necesario para la subsistencia familiar.

La solución, a nuestro juicio, pasa por la no exigencia de período de carencia ³⁰. Otro tanto cabe decir de la prestación económica que se recibe y que es el 75 por ciento de la base reguladora, situación gravemente injusta que hace que pese sobre la propia trabajadora la carga de la imposibilidad de trabajar por razones de salud y/o organizativas relacionadas con el embarazo. En este caso parece que la salida vendrá de la mano de la equiparación, como no podía ser de otra forma, con la prestación de maternidad, ya que así parece preverse en el IV Plan de igualdad de oportunidades ³¹.

3.2. Lagunas de la prestación de maternidad.

Son sorprendentes las todavía abundantes y abultadas lagunas jurídicas que rodean al disfrute de una prestación tan antigua como la prestación de maternidad ³². La crítica parte de la propia exigencia de un período de carencia (180 días en los últimos 5 años) para el acceso a una prestación que durante 6 semanas (las inmediatamente posteriores al momento del parto) ³³ es obligatoria, irrenunciable e intransferible para la madre, por lo que volvemos a reproducir aquí la problemática que ello puede acarrear y que hemos expuesto al hilo de la prestación de riesgo durante el embarazo. Esta situación, sin embargo, parece que tiene visos de solución puesto que en el IV Plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres se prevé la no exigencia de este período de carencia durante el tiempo de suspensión obligatoria de la relación.

El posible disfrute de la prestación a tiempo parcial fue otro de los logros, al menos en lo que al aspecto teórico concierne, previstos en el RD 1251/2001, de 16 de noviembre ³⁴. Ello supone la posibilidad de ampliar proporcionalmente el permiso en función de la jornada de trabajo que se realice. Con esta medida flexibilizadora se pretende, según la exposición de motivos de la propia ley, potenciar el reparto de las responsabilidades familiares entre madres y padres, la mejora en el cuidado de los hijos

²⁹ La Unión Europea recomienda tener en cuenta las necesidades de las familias monoparentales, por lo general constituidas por mujeres, pide a los Estados miembros y a los Estados adherentes que aumenten la ayuda a dichas familias, que les garanticen un cómputo mayor de períodos dedicados a la educación de los hijos y el derecho a la Seguridad Social. *Informe sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada, de 23 de febrero de 2004 del Parlamento Europeo* (A5-0092/2004).

³⁰ Reclamado por la doctrina y por partidos políticos pero no contemplado sorpresivamente en el IV Plan de igualdad de oportunidades.

³¹ El IV Plan estima que ha de otorgarse el 100 por ciento de la prestación de maternidad.

³² La suspensión del contrato por maternidad y lactancia son los derechos laborales con mayor arraigo en nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto debemos comentar que la Ley de 13 de marzo de 1900 (Gaceta de 14 de marzo) tuteló la salud de la mujer trabajadora durante el embarazo y el parto, prohibiéndole que trabajase durante las tres semanas posteriores al alumbramiento, con reserva del puesto de trabajo, y concediéndole, además, durante el período de lactancia, una hora al día para dar el pecho a sus hijos, hora que no se descontaría del jornal (art. 9). El RD de 13 de noviembre de 1900, que desarrolla la legislación anteriormente enunciada suma otro período de descanso facultativo.

³³ Los requisitos de acceso a la prestación (art. 133 LGSS): estar en alta o en situación asimilada al alta; período de carencia de 180 días en los últimos 5 años.

³⁴ RD 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

por los progenitores, así como posibilitar que las mujeres mantengan vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no sea nunca un obstáculo para su promoción profesional³⁵. El aspecto negativo es que se configura como una norma de carácter dispositivo que requiere para su disfrute previo acuerdo con el empresario. La realidad social nos hace reflexionar sobre la dificultad del acceso a esta modalidad, sabiendo que desde la empresa se ponen trabas a la propia maternidad, e incluso a las reducciones de jornadas previstas y obligatorias como consecuencia de la misma. Esta posibilidad, en el caso de ser la elegida por la trabajadora, debería ser obligatoriamente aceptada por el empresario.

Qué decir respecto al supuesto de parto múltiple, adopción o acogimiento simultáneo de más de un menor (art. 3.2 del RD 1251/2001). En primer lugar, nos parece muy insuficiente que el subsidio especial por cada hijo a partir del primero se otorgue sólo en el período de descanso obligatorio y no, al menos, durante las 16 semanas de duración de la baja de maternidad teniendo en cuenta el sacrificio económico que supone el cuidado de varios hijos a la vez. No entendemos el diferente tratamiento que se defiende para los supuestos de parto múltiple y de adopción múltiple, y en virtud del cual los Tribunales rechazan otorgar ciertas prestaciones económicas relacionadas con la maternidad a los padres adoptivos³⁶. Asimismo nos parece también deficiente la duración del descanso que se alarga según la norma a dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, sin tener en cuenta aspectos tan importantes, reales e influyentes en el cuidado de los hijos como la existencia de hijos anteriores³⁷ o el cuidado de alguna persona mayor. Adaptándonos, en este último caso, a la nueva realidad social de disminución de la tasa de natalidad y aumento del número de personas mayores

³⁵ No es aplicable a los trabajadores por cuenta propia. Ciertamente, la propia distribución del tiempo de trabajo que se atribuye al trabajador por cuenta propia y la falta de la figura de un empresario con el que negociar el tiempo de trabajo hace imposible la configuración de la prestación a tiempo parcial para este tipo de trabajadores, sin perjuicio de que el padre, a opción de la madre y previo acuerdo con su empresario, disfrute de parte del permiso bajo esta modalidad.

³⁶ Un sector doctrinal se sorprende del tratamiento igualitario de la adopción múltiple y del parto múltiple a la hora de otorgar el subsidio especial por parto múltiple regulado en el artículo 3.2 del RD 1251/2001. Opinan que las seis semanas de descanso obligatorio tienen en la maternidad biológica por objeto, en principio, la recuperación física de la madre frente al parto y que, indudablemente, se trata de una situación con connotaciones y necesidades diversas a la adopción por lo que hubiera sido de desear, por ello, un tratamiento igualmente diferenciado. En este sentido se pronuncian LÓPEZ ÁLVAREZ, María José y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar, «Análisis Económico-Jurídico de la Vida Familiar y Laboral. La incidencia de las responsabilidades familiares en el contrato de trabajo», *Familia y Trabajo*, Universidad Pontificia, Comillas, Madrid, 2003, págs. 83-105.

En relación con la prestación económica por parto múltiple existen resoluciones contradictorias. Sirva como ejemplo la sentencia del TSJ de Murcia, de 30 de junio de 2003 (*REF.* núm. 248) en la que se afirma que los supuestos de adopción múltiple no pueden equipararse a los supuestos de parto múltiple a los efectos de acceder a las prestaciones económicas por dicho concepto, pues dicho derecho se limita exclusivamente al parto natural. La adopción crea un vínculo de filiación, sin que en ningún caso ese vínculo sea de carácter natural. Interesante es el voto particular de la misma en el que se manifiestan las siguientes afirmaciones: El RD 1368/2000, de 19 de julio, no exige para causar derecho a la prestación por parto múltiple el hecho fisiológico del parto, sino la integración en el núcleo familiar. Exige que la integración en la familia sea inmediata, pero no fija plazo concreto, por lo que es necesario aplicarlo racionalmente. La adopción extingue la patria potestad respecto a la familia de sangre (art. 169.3 del CC) y da lugar a la adquisición de todos los derechos y deberes propios de la filiación con respecto a sus padres adoptivos. Así pues, concluye que las prestaciones por parto múltiple previstas en el mencionado RD son aplicables tanto a la filiación biológica como a la que se gana mediante adopción plena, por lo que sería procedente la estimación de la demanda. En el mismo sentido expresado en el voto particular, extendiendo la aplicación de la prestación económica por parto múltiple al supuesto de la adopción múltiple las STSJ de Madrid de 3 de septiembre de 2002 (*El Derecho* 58428) y 26 de septiembre de 2002 (*El Derecho* 64026) y ARETA MARTÍNEZ, María, «Prestación económica de pago único por parto múltiple: hecho causante, sujetos causantes y beneficiarios. Particularidad: adopción internacional múltiple (tres menores). Comentario a la STSJ de Murcia de 28 de abril de 2003», *AS*, número 17, febrero de 2004 (<http://www.aranzadi.es>).

³⁷ Así lo afirma RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «La suspensión del contrato por maternidad y supuestos asimilados: breves consideraciones tras la promulgación del RD 1251/2001, de 16 de noviembre», *RTSS*, núm. 227, febrero de 2002, pág. 86, en referencia a lo expresado por MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, en «El permiso parental por maternidad y el derecho a la protección frente al despido tras la ley 39/1999», *AS*, 1999.

que, en la mayoría de los casos, acaban siendo cuidados por las mujeres de la familia, mujeres trabajadoras que deben conciliar la vida familiar y laboral. La razón subsistente en el fondo de esta política es que las medidas de fomento de la natalidad pesan más que las medidas de ayuda a la familia y de conciliación de la vida familiar y laboral.

En el siempre triste supuesto de fallecimiento de la criatura, la legislación marca la frontera entre el parto y el aborto en los 180 días de embarazo. Tal diferenciación nos parece de una grave injusticia puesto que, aparte de recortes en la cuantía de la prestación ³⁸, la reconducción de la situación de aborto a la incapacidad temporal puede provocar un efecto *boomerang* sobre la propia trabajadora al ser el coste de la misma carga del propio empresario. Se propone, y creemos que con razón y como solución al problema planteado, la inclusión del aborto dentro de las prestaciones de maternidad por ser un riesgo derivado de la condición sexual de la persona ³⁹.

Por otro lado recordemos que el padre podrá percibir la totalidad o, en su caso, la parte que reste del período de subsidio en caso de fallecimiento de la madre, sin que la causa de fallecimiento tenga que ver con el propio parto. La ley regula esta situación de fallecimiento porque el derecho al disfrute de la suspensión por maternidad corresponde a la madre y sólo previa delegación de la misma al padre. Pero conviene traer a colación algo que la doctrina se viene planteando y que es el supuesto de que el estado físico de la madre impida el cuidado del hijo y la delegación de facultades, un estado de coma, por ejemplo, provocado por el parto. Es un caso que no se plantea en la norma y que exige una inmediata solución puesto que el recién nacido necesita del cuidado de, al menos y cuando no pueden ser ambos, uno de sus progenitores. Se ha planteado la equiparación de este supuesto al de fallecimiento de la madre ⁴⁰. Mayor complicación tiene el supuesto del marido/conviviente cuya mujer/conviviente se encuentre en la situación anteriormente mencionada y no pueda disfrutar de la prestación de maternidad porque jurídicamente no se valora el trabajo el hogar ⁴¹.

3.3. El tan reclamado permiso de paternidad.

No existe hoy en día en nuestra legislación el permiso o prestación de paternidad ⁴². Así, el ET configura la posibilidad de disfrute por el padre de la prestación de paternidad como un derecho totalmente derivado y accesorio del de la madre puesto que, a partir de la séptima semana posterior

³⁸ En el caso de aborto la situación debe ser reconducida a incapacidad temporal y se recibe el 75 por ciento de la base reguladora, mientras que en el supuesto de parto será el 100 de la misma lo que recibirá la trabajadora en las seis semanas de disfrute obligatorio.

³⁹ Así lo manifiesta LOUCHADA AROCHENA, José Fernando, *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, pág. 24. Compartiendo la opinión de autores como Amparo GARRIGUES GIMÉNEZ, «Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias», *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996, e Isabel Victoria TORRES DÍAZ, «Prestación de maternidad. Derecho positivo español y perspectiva europea», *RL*, núm. 6, 1996.

⁴⁰ Véase al respecto lo expuesto por RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, «La suspensión del contrato de trabajo por maternidad y supuestos asimilados: breves consideraciones tras la promulgación del RD 1251/2001, de 16 de noviembre», *op. cit.*, pág. 92.

⁴¹ Una propuesta de consideración de las amas/os de casa como trabajadores autónomos en ALONSO, Eva, SERRANO, Mariola y TOMÁS, Gema, «Consideraciones jurídicas en torno al trabajo en el hogar. Un estudio laboral, civil y fiscal», *op. cit.* y en *El trabajo del ama/o de casa. Un estudio jurídico y su consideración ética*, *op. cit.*

⁴² En nuestro país el padre cuenta con un permiso de 2 días, al igual que en los Países Bajos y Luxemburgo. En Alemania dispone de 3, en Portugal de 5 días, en Suecia, Austria y Bélgica el padre dispone de 10 días. En Dinamarca, Francia, Italia y Reino Unido el permiso es de 2 semanas y en Finlandia de 18 días.

al momento del parto se puede ceder de una forma flexible pero siempre que la madre, titular del derecho, así lo decida, y que dicha cesión no suponga un riesgo para su salud⁴³. Como si el padre no tuviera derecho al cuidado de la criatura o no pudiera, o peor aún, supiera, ocuparse del mismo, o como si el recién nacido necesitase más el cuidado de uno que el de otro (lo que es una incorrección salvando lo relativo a la lactancia materna)⁴⁴.

Resulta criticable que lo verdaderamente relevante para el acceso a la prestación de maternidad sea el estatus jurídico de la madre y no el del padre, lo que significa que si la madre no tiene reconocido el derecho a la cesión del permiso, o no puede acceder al permiso de maternidad, tampoco podría disfrutarlo el padre. Es una más de las ideas que el legislador nos lanza para recordarnos quién es en el fondo la que debe ocuparse del cuidado de la familia: la mujer. Si ella trabaja, también él (si quiere o puede). ¿Pero si ella no trabaja, para qué plantearnos siquiera la idea de que en el cuidado de la familia también pueden intervenir los hombres?⁴⁵.

La conclusión al respecto es que la actual configuración del permiso de maternidad compartido resulta insuficiente. Hay que dar un paso más hacia un permiso de paternidad remunerado, a cargo de la Seguridad Social, de titularidad paterna y de obligatorio disfrute, única forma de eliminar la discriminación laboral en la empresa por el hecho de la maternidad, que confina a la mujer a trabajos precarios y le impide, en muchos casos, su promoción profesional. *Debe llevarse al hogar a los padres para el bien de los hijos al mismo tiempo que se sigue promocionando la igualdad y los valores de la vida familiar en general. Para ello, se hace necesario que los gobiernos adopten medidas encaminadas a regular «sin complejos» el permiso de paternidad difundiendo una imagen de los varones como personas responsables capaces de ser buenos padres y buenos profesionales*⁴⁶. *Lo cual deviene trascendental, no sólo desde el punto de vista del reparto equilibrado de responsabilidades, sino también para consolidar los vínculos afectivos entre los padres y el hijo, alcanzando un mayor perfeccionamiento de la vida familiar y laboral en un contexto generalizado de envejecimiento de la población y caída de la natalidad*⁴⁷.

⁴³ Se cuestiona LOUCHADA AROCHENA, José Fernando, *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora*, op. cit., pág. 39: ¿Cuál es la causa de dicha consideración? ¿No sería más lógico que si la madre no está en condiciones de cuidar de su hijo pasase al disfrute de una prestación de incapacidad y fuese el padre, en buen estado de salud el que se ocupase del cuidado de los hijos? Sin embargo ¿no va esta idea contra la propia conciliación? Considera que es el mencionado un requisito abstruso y de criticable resultado. Abstruso en cuanto no se aclara si la madre debe estar en situación de incapacidad temporal, o ello no resulta necesario, y, aunque literalmente sería discutible, la doctrina siempre lo ha exigido. De criticable resultado porque, si la madre está en situación de incapacidad temporal, es entonces cuando más necesita al padre para el cuidado del hijo o hijos. Parece que, en el fondo, razones económicas han estado presentes pretendiendo evitarse una duplicidad de prestaciones. Principalmente, el autor se apoya para su afirmación en la doctrina de Amparo BALLESTER PASTOR en *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

⁴⁴ De todas formas resulta sorprendente que en países en los que sí existe tal modelo no es tampoco garantía de igualdad en el reparto de las cargas familiares. Así pues, en Noruega se sigue afirmando al día de hoy que la visión de la paternidad compartida a partes iguales parece ser solamente un modelo femenino. Alrededor del 40 por ciento de las mujeres trabajadoras lo son a tiempo parcial y sólo uno de cada cuatro padres coge más días que las cuatro semanas que le corresponden por paternidad. Ello refleja que todavía las madres cargan con la mayor parte del trabajo doméstico. Véase HJERT, Jorun, «Norwegian family Policy», Ponencia presentada en el *Congreso Internacional sobre mujer y empleo*, Vitoria-Gasteiz, 9 y 10 de octubre de 2003.

⁴⁵ Es una consecuencia más de la no consideración jurídica como trabajo del trabajo en el propio hogar.

⁴⁶ El grupo parlamentario socialista exigía en la proposición de ley 122/000253 de «ampliación de los derechos que posibiliten una real conciliación de la vida profesional y familiar de los trabajadores y trabajadoras», *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 15 de noviembre de 2002, la configuración de una suspensión por paternidad, compatible con la suspensión por maternidad actual, con una duración de cuatro semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, y que el padre podrá disfrutar hasta la edad de nueve meses del hijo.

⁴⁷ En palabras de MORENO GONZALEZ-ALLER, Ignacio, «Aspectos críticos del disfrute por el padre del permiso de maternidad a opción de la madre», *AL*, núm. 38, <http://www.laley.net>.

Visto y demostrado que es insuficiente que las decisiones empresariales que tengan la maternidad como fondo sean anuladas posteriormente por la justicia, la idea a difundir es que el empresario interiorice la igualdad en el reparto de obligaciones familiares, y la única solución es configurar durante un período que pudiera ser de seis semanas un permiso de paternidad irrenunciable e intransferible ⁴⁸. No es ésta la línea que parece seguir el IV Plan de igualdad de oportunidades, que no obstante hacer referencia al mismo parece que lo configura como un permiso de carácter voluntario ⁴⁹.

3.4. La doble jornada laboral y las soluciones para una conciliación real de la vida familiar y laboral.

En el mercado de trabajo subsisten con fuerza los problemas de género y la incorporación de la mujer se ha tornado un proceso irreversible ⁵⁰, a pesar de lo cual la tasa de paro femenina es considerablemente mayor que la masculina, estadísticas que aumentan si nos encontramos con mujeres que tienen intención de ser madres o que tienen cargas familiares. En el fondo de esta dificultad late la falsa idea de que la contratación de mujeres que tienen o van a tener responsabilidades en el hogar genera mayores tasas de absentismo laboral y bajo rendimiento porque, al día de hoy, de ser madre y del cuidado de la familia se ocupa el sexo femenino ⁵¹. Además, las mujeres siguen accediendo al empleo en mucha mayor medida que los hombres a través de contratos a tiempo parcial ⁵² y en actividades de baja cualificación (ocupaciones feminizadas o empleos de «cuello rosa»). Asimismo siguen percibiendo en muchas ocasiones un salario inferior al de los varones por un trabajo de igual

⁴⁸ En Noruega existe la llamada cuota paterna, que es un período de excedencia de 4 semanas reservadas al padre. Su objetivo es animar a los padres a participar más animadamente en el cuidado de sus hijos. Ha resultado ser un modo muy efectivo de hacer que los padres se acojan a esta excedencia ya que actualmente 8 de cada 10 lo solicita. La experiencia ha probado que los esquemas de género neutral no son suficientes y la cuota por paternidad es un buen modo de probar como la legislación puede modificar el comportamiento. *Cfr. HJERT, Jorun, «Norwegian family Policy», op. cit.*

⁴⁹ Ello no obstante hace referencia al mismo como instrumento de conciliación de la vida familiar y laboral. Entre las medidas que el IV Plan de igualdad de oportunidades destaca en este aspecto se encuentran las siguientes: se prevé que el Instituto de la Mujer, como organismo responsable, realice un estudio sobre el disfrute de los permisos parentales, que permita conocer y detectar las causas por las que los hombres no hacen uso de estos derechos. El mismo órgano debiera promover que el acceso de los trabajadores a la formación continua se realice, parcialmente, en horario laboral y realizará campañas de sensibilización dirigidas a la sociedad sobre los beneficios de compatibilizar la vida familiar y laboral, en las que se promueva la implicación de los hombres en las tareas domésticas.

⁵⁰ Según la EPA del cuarto trimestre de 2003 en España hay 7.743.800 trabajadoras. Ello indica, sin lugar a dudas, que la plena incorporación de la mujer al mundo laboral es uno de los acontecimientos más importantes del siglo XXI.

⁵¹ Las estadísticas ayudan a corroborar esta idea ya que la EPA 2002 indica que 300 hombres hicieron uso del permiso de maternidad frente a 47.100 mujeres, lo que supone un 0,64 por ciento.

⁵² En cuanto al tipo de contrato, el 81,57 por ciento de las jornadas a tiempo parcial las realizan las mujeres y sólo un 35,44 accede a jornadas a tiempo completo (lo correcto sería promocionar un trabajo a tiempo parcial de calidad sin afectar a las carreras profesionales a largo plazo y con un nivel de protección social razonable). Sólo algo más de 1/3 de la contratación indefinida tiene como destinatarias a las mujeres, lo que supone el 38,02 por ciento y la contratación permanente a lo largo del tiempo tan sólo afecta al 37,49 de ellas. Un 43,71 por ciento de las mujeres que trabajan tienen un contrato temporal (los contratos de interinidad, por ejemplo, están cubiertos en un 79,19 por mujeres) y la relación laboral discontinua afecta al 66,57. Otro tipo de discriminación se refiere al tipo de ocupación de las mujeres. Hay una gran concentración en las categorías de menor reconocimiento social y económico (el 48,19 por ciento de las mujeres desempeña trabajos de baja cualificación) y continúan rigiendo los roles de asignarles determinados tipos de trabajo y categoría profesional (por ejemplo, el 61,31 de los trabajos administrativos los realizan mujeres) que tradicionalmente vienen desempeñando dando origen a lo que conocemos como segregación ocupacional. Por otra parte, el llamado techo de cristal hace que sólo el 1/3 de las mujeres, el 30,58 por ciento accedan a puestos de dirección en las empresas. UGT, 8 de diciembre de 2003, (<http://www.ugt.es>).

valor (sobre todo en empleos más cualificados a los que la mujer accede pero sin olvidar la presencia de ese techo de cristal que provoca que sólo el uno por ciento de los puestos directivos estén ocupados por mujeres).

A todas estas desigualdades se suma la provocada por la atención a personas dependientes, que conduce a las mujeres, en muchos casos, a optar entre su vida laboral o su vida familiar⁵³. Esta incorporación de la mujer a la vida laboral ha de llevar aparejada, necesariamente, un cambio en el sistema de valores tradicional. La conciliación entre la vida laboral y familiar y el reparto justo y equitativo de las tareas domésticas entre ambos miembros de la pareja son dos cuestiones básicas que, a pesar de la resistencia y de la inercia de ambos sectores, ha de introducirse indeleblemente en la estructura social⁵⁴. En la familia, el único instrumento existente para la consecución del reparto de cargas es la sensibilización y la concienciación de la igualdad de tareas entre hombres y mujeres. En el trabajo, existen instrumentos de actuación más rápidos y directos, tales como las políticas legislativas, las políticas empresariales de conciliación y la promoción desde la negociación colectiva. A estos tres aspectos dedicaremos las páginas siguientes:

3.4.1. Fórmulas legales de conciliación.

a. Reducción de jornada y excedencias⁵⁵.

Recientemente se ha denunciado, a nuestro juicio de forma abierta y muy acertada, que la conciliación entre trabajo y familia no se promueve desde la Seguridad Social cuando se ejercita el derecho a la reducción de la jornada o excedencia⁵⁶. El MTSS propone, entre las actuaciones a realizar en el tri-

⁵³ Los estudios sociológicos constatan que, tanto en el caso de los hijos como de los ascendientes o personas mayores, la responsabilidad de atender a estas personas recae todavía principalmente sobre ellas, lo que a menudo conlleva dificultades para mantener su empleo y menores posibilidades para retomar tardíamente su carrera profesional (*Commission Européenne*, 1995). La comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y la Comite de las Regiones «Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005) COM (2001-2005) 335 final), contiene en un anexo interesantes datos sobre los índices de empleo de los trabajadores con edades comprendidas entre los 20 y 44 años. La tasa de empleo femenino disminuye en todos los países cuando las mujeres tienen hijos pequeños, mientras que con la tasa de empleo masculina ocurre lo contrario: el índice de empleo de los hombres aumenta, curiosamente, cuando en su hogar hay un hijo. *Cfr.* ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa, «Vida laboral versus vida familiar. Reflexiones sobre el estado de la cuestión a raíz de las últimas reformas», *AL*, núm. 6, semana del 3 al 9 de febrero de 2003, ref. V, tomo I, <http://www.laley.net>.

⁵⁴ *Cfr.* IV Plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

⁵⁵ Artículo 37.5 del ET: «Quién por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de 6 años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.(...) La reducción de jornada contemplada en este apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones de funcionamiento de la empresa». Y el artículo 46.3 del ET: «Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, o en los supuestos de acogimiento tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha del nacimiento, o en su caso, de la resolución judicial o administrativa. (...). No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones de funcionamiento de la empresa (...). Durante el primer año el trabajador tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo. La reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente».

⁵⁶ Véase al respecto LÓPEZ GANDÍA, Juan, «Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencias», *AS*, número 15, enero 2004, pág. 46.

mestre 2003-2006⁵⁷, estudiar el sistema de la Seguridad Social y analizar la incidencia que sus normas tienen sobre las mujeres, así como detectar las discriminaciones directas que aún persisten con la finalidad de promover las reformas necesarias para su corrección. Algunas de las lagunas jurídicas discriminatorias con las que se van a encontrar son tan evidentes como las que se denuncian a continuación.

La excedencia y la reducción de jornada por cuidado de hijos son derechos de la madre o el padre, supuesto de titularidad compartida del derecho, resolviéndose su disfrute a través de un acuerdo entre ambos progenitores: no es un derecho individual, lo que, desde la perspectiva del reparto de las cargas familiares, merece críticas, al degenerar habitualmente en un disfrute femenino⁵⁸, salvo, naturalmente, durante el período obligatorio de la licencia de maternidad, ya que durante ese período la madre no puede suspender el disfrute⁵⁹. En los dos años siguientes al primero en la excedencia por cuidado de hijos se da un vacío de cotización⁶⁰. Teniendo esto en cuenta, parece que el IV Plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres tiene intención de enmendarlo de alguna forma, y prevé estudiar la posibilidad de considerar como período de cotización efectiva el segundo año de excedencia por cuidado de hijos⁶¹. La reducción de jornada se equipara a efectos de cotización al trabajo a tiempo parcial pero sin gozar de las ventajas de cotización ficticia incrementada del trabajador a tiempo parcial⁶². Sorprende también la escasa duración de ambos derechos⁶³. Así, la reducción de jornada por cuidado de hijos sólo se puede utilizar hasta los 6 años, convirtiéndose luego en reducción de jornada por cuidado de familiares. Y la excedencia por cuidado de hijos es sólo por tres años desde el nacimiento del recién nacido. Por último, comentar que tanto en los supuestos de excedencia como en los de reducción de jornada, la crítica más extendida es la inexistencia de algún soporte económico que permita a las familias hacer frente durante esos períodos a la pérdida de ingresos que conlleva la disminución de la actividad laboral⁶⁴.

⁵⁷ IV Plan de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres 2003-2006. Área: Promoción de la calidad de vida de las mujeres.

⁵⁸ El artículo 37.4 del ET establece que el permiso podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o la madre en el caso de que ambos trabajen.

⁵⁹ La regulación aparece pensada con relación a la filiación natural, tanto si es matrimonial como extramatrimonial, resultando indiferente, así pues, el estado civil de los progenitores. De este modo, no ostenta derecho alguno el marido de la madre (si no es el padre), ni la esposa del padre (si no es la madre). También aparenta excluida la filiación adoptiva y el acogimiento, preadoptivo o permanente, aunque, en una perspectiva teleológica, su inclusión es razonable. LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Los derechos de los progenitores en caso de parto prematuro u hospitalización de neonato subsiguiente al parto», *op. cit.*

⁶⁰ Sin perjuicio de que se pueda celebrar un convenio especial con la Seguridad Social y la aplicación de la teoría del paréntesis. Es de destacar que la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección de familias numerosas amplía el período de cotización efectiva en supuestos de excedencia por cuidado de hijos, añadiendo un segundo párrafo al artículo 180b de la LGSS en el que el período de cotización efectiva tiene una duración de 15 meses en familias numerosas de categoría general y de 18 meses en familias numerosas de categoría especial. Lo mismo ocurre con el período de reserva del puesto de trabajo (en el que se añade un nuevo párrafo al artículo 46.3 del ET y se reforma en el mismo sentido el artículo 29.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública) que se extiende hasta un máximo de 15 meses en familias numerosas de categoría general y hasta 18 meses en familias numerosas de categoría especial.

⁶¹ Además, entre las actuaciones que en este sentido se propone realizar el IV Plan de igualdad de oportunidades está el estudiar en el ámbito de la Seguridad Social la posibilidad de que a las mujeres trabajadoras se les reconozca como período de cotización efectiva al menos un año por cada hijo o hija.

⁶² Problemas que el trabajador podría solucionar con la celebración de un convenio especial que por otra parte, no contempla las prestaciones de IT y desempleo. No resulta aplicable tampoco la teoría del paréntesis que sí se aplica para las excedencias.

⁶³ Críticas realizadas por LÓPEZ GANDÍA, Juan, «Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencias», *op. cit.*, pág.51.

⁶⁴ En este sentido, la Generalitat de Cataluña, Ley 6/2002, ha concedido recientemente a sus funcionarios la posibilidad de solicitar reducción de jornada por motivos familiares sin pérdida de retribución y también esta política la han empezado a llevar a cabo algunas de las grandes empresas privadas del país. Es de esperar que en el futuro prosperen iniciativas de

b. Permisos para atención a intereses familiares.

El ET prevé 15 días naturales por matrimonio, dos días por nacimiento de hijo o fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Si para ese fin se necesita desplazamiento, entonces el plazo será de cuatro días y un día por traslado del domicilio habitual, y por el tiempo indispensable para realizar exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo (art. 37.3 a, b, c, f). Nos detendremos en dos aspectos que en relación con el tema que estamos estudiando consideramos dignos de reseñar. En primer lugar, los dos o como máximo cuatro días (salvo ampliación por convenio colectivo, claro está) que se otorgan por nacimiento de hijo y que, evidentemente, y teniendo en cuenta que los hijos biológicamente sólo los pueden tener las mujeres, se ofertan a los padres. No tenemos otro calificativo que considerarlos escasos y sobre todo anticonciliatorios, teniendo en cuenta la inexistencia en nuestra legislación del permiso de paternidad y la necesidad de renuncia expresa por parte de la madre para que el padre disfrute de parte del mismo. En segundo lugar, respecto a la previsión de los artículos 26.5 de la LPRL y 37.3f del ET, relativos al derecho de la trabajadora embarazada a ausentarse para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto se ha indicado que, más que beneficiar, podría tener un efecto de repercusión negativa sobre la propia trabajadora, proponiéndose soluciones alternativas de fácil puesta en práctica que deberían ser tenidas en cuenta de cara a poner en marcha en las empresas políticas de conciliación, así como desde el propio Estado. De tal forma, se hace referencia a conciertos entre empresas y centros de salud públicos o privados para permitir la realización de los exámenes y técnicas de preparación de forma gratuita fuera de las horas laborales, aplicación de beneficios adicionales a las empresas como reintegrarles total o parcialmente las remuneraciones abonadas a las trabajadoras, o permitirles reducir el tiempo de permiso de las cotizaciones de la Seguridad Social ⁶⁵.

c. La hora de lactancia.

Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen. No tiene sentido esta última afirmación puesto que si la mujer no trabaja, el padre no tiene derecho a la hora de lactancia. Así pues, es la mujer la titular del mismo y lo podrá ser el marido previa renuncia de la madre. Lo que nos debemos preguntar es cuál es el actual sentido de la hora de lactancia ⁶⁶.

esa índole. Ver al respecto: LÓPEZ ÁLVAREZ, María José y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar, «Análisis económico y jurídico de la vida familiar y laboral ...», *op. cit.*, págs. 83-95. En algunos países como Finlandia, Suecia y Dinamarca existe un subsidio parental pagado durante un período de tiempo variable (158 días en Finlandia, 480 en Suecia y 52 semanas en Dinamarca) tras la conclusión del permiso de maternidad.

⁶⁵ LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia», *AL*, núm. 38, pág. 720.

⁶⁶ El IV Plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres prevé como objetivo de conciliación estudiar la posibilidad de adecuar el permiso de lactancia a las necesidades emanadas de las circunstancias laborales actuales.

En la gran mayoría de los casos la lactancia materna no sobrepasa los cuatro meses coincidentes con la baja de maternidad por lo que la hora o media hora en dos fracciones se intentará acumular para alargar su disfrute. Es más lógico adaptarse a los nuevos tiempos y ampliar directamente la baja de maternidad en perjuicio de esta hora de lactancia, que si el empresario no permite acumular puede caer en saco roto y hacer que la trabajadora renuncie a su disfrute o la utilice para otros fines. Por las mismas razones antes explicadas de que la lactancia a partir de los nueve meses no suele ser lactancia materna, no tiene sentido que la titularidad del mismo siga correspondiendo a la mujer.

Por otra parte, denunciamos también, a la vez que reclamamos, la equiparación de la lactancia natural a todos los efectos a la prestación de riesgo durante el embarazo puesto que entendemos que responde al mismo fin y es el mismo el bien jurídico protegido. La posibilidad de cambio de trabajo, si existe riesgo para el lactante, se regula en nuestra normativa aunque, lógicamente, será necesario previo justificante médico de que se está ejerciendo la lactancia materna. Incluso podría proponerse una suspensión de la relación laboral a modo de prestación de riesgo durante el embarazo en un período limitado de lactancia natural (hasta la edad de 9 meses ⁶⁷), si existe imposibilidad de desarrollar la función laboral sin riesgo para la salud de la trabajadora. En todo caso, entre los objetivos del Plan de igualdad de oportunidades para el próximo trienio está también el extender la protección prevista para el supuesto de riesgo durante el embarazo al período de lactancia natural ⁶⁸.

d. Partos de prematuros o necesidad de hospitalización del recién nacido.

Pendiente de solución quedan todavía algunos aspectos relativos a estos supuestos. Así pues, debemos entender que el derecho de visita hospitalaria de 3 horas (1 remunerada y 2 sin remunerar ⁶⁹) es un derecho de disfrute indistinto por el padre y la madre y simultáneo, como son los distintos permisos que el ET concede por hospitalización de familiares. La laguna que se plantea es si el permiso debiera ser ampliado en función del número de hijos hospitalizados, los cuales pueden ser más de uno, la finalidad de dichos derechos nos lleva a la respuesta afirmativa ⁷⁰. Hay otras circunstancias que debieran también ser tenidas en cuenta de cara a la ampliación de las horas correspondientes como, por ejemplo, la distancia del trabajo al hospital.

⁶⁷ Período de nueve meses que viene siendo pacíficamente aceptado para una posible suspensión por lactancia en supuesto de riesgo en el desempeño del puesto de trabajo.

⁶⁸ LOUSADA expone que, según lo dispuesto en el párrafo 4.º del artículo 26 de la LPRL, todas las reglas expuestas serán también de aplicación durante el período de lactancia si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certificase el médico que, en el régimen de Seguridad Social aplicable, asista facultativamente a la trabajadora. Los artículos 4 y 5 de la Directiva comunitaria no hacen distinción entre trabajadora embarazada o que haya dado a luz y trabajadora en período de lactancia, por lo que en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho interno, tal regla se debe tener por no puesta, a salvo de lo dispuesto para el trabajo nocturno. LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia», *op. cit.*, pág. 718. En todo caso, la situación de lactancia ha de ser acreditada por la mujer trabajadora puesto que la protección en dicha situación no se puede constreñir temporalmente.

⁶⁹ Se prevé la extensión analógica de este supuesto a la hospitalización de los hijos adoptados.

⁷⁰ Así concluye LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Los derechos de los progenitores en caso de parto prematuro u hospitalización de neonato subsiguiente al parto», *Diario La Ley*, núm. 5543, año XXIII, 14 de mayo de 2002, Ref. D-130, pág. 1.685, tomo 4 (*La Ley. Nexus. Actualidad*).

e. Concreción horaria.

Nos recuerda el ET en el apartado 6 del artículo 37 que le corresponde al trabajador la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, dentro de su jornada ordinaria. Lógica afirmación por otra parte porque si no fuera así ¿de qué conciliación estamos hablando? No haríamos sino adaptarnos con un horario más flexible a las necesidades de la empresa. En cuanto al preaviso de 15 días para la reincorporación al trabajo debemos entender que resultará obligatorio cuando sepamos con dicha antelación la fecha de incorporación, porque hay supuestos como los de hospitalización, en los que no será posible el aviso con tanta antelación ⁷¹.

f. Contratación de un cuidador.

La ley 40/2003, de protección de las familias numerosas (BOE de 19 de noviembre), establece una bonificación del 45 por ciento en las cuotas de la Seguridad Social a cargo del empleador para la contratación de un cuidador ⁷². La idea sorprende por su novedad y, además, parece responder a un verdadero espíritu de conciliación viendo las necesidades de ayuda que tienen los trabajadores y trabajadoras con cargas familiares. Pero tristemente nada suele ser lo que parece y la bonificación existe, pero sólo en el supuesto de familias numerosas cuando ambos ascendientes trabajen por cuenta ajena o propia fuera del hogar o estén incapacitados para trabajar ⁷³, y tengan un número inusual de hijos. La bonificación para la contratación de un cuidador debería alcanzar a quien tenga responsabilidades familiares, desde un hijo, hasta una persona mayor o un incapacitado a cargo, sin perjuicio de que el aumento de hijos suponga más gastos y sea compensado con una ayuda adicional por cada hijo que se tenga. Desde la Unión Europea se apuesta como forma de conciliación por parte del Estado ofertar ayudas en metálico y bonos (cupones cuidado-educación, cupones para la contratación de una persona en el domicilio, cupones de servicios) ⁷⁴. La verdadera intención de esta ley

⁷¹ La concreción horaria es atribución del propio trabajador y, en caso de discrepancia con el empresario remite la norma a un procedimiento rápido y sin recurso (art. 138 de la LPL). LOUSADA AROCHENA dice que idéntica remisión debió hacerse a la prohibición de despido (art. 53.4 del ET), pero no se ha hecho, aunque, a su juicio, es un mero *lapsus calami* legislativo susceptible de solución por vía hermenéutica: no es lógico privar a los padres de un neonato hospitalizado de una garantía concedida a los demás padres, cuando la pretensión legislativa es, en atención a su situación, concederles una mayor dosis de protección. Destaca el autor que la remisión al artículo 37.6 del ET merece alguna matización adicional ya que, cuando dice que el trabajador deberá preavisar al empresario con 15 días de antelación la fecha en la que se reincorporará a su jornada ordinaria, debemos considerar la imposibilidad de su aplicación en la mayoría de los supuestos puesto que ¿cómo exigir que preavise 15 días antes de que finalice la hospitalización si él la conoce con bastante menos antelación? Aquí deberían entrar en juego, tanto por parte de la empresa como por parte del trabajador, las reglas de la buena fe. LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «Los derechos de los progenitores en caso de parto prematuro u hospitalización de neonato subsiguiente al parto», *op. cit.*

⁷² En las condiciones que se establezcan reglamentariamente en desarrollo de la ley.

⁷³ Cuando la familia numerosa ostente la categoría de especial, para la aplicación de este beneficio no será necesario que los dos progenitores desarrollen cualquier actividad retribuida fuera del hogar. La condición de familia numerosa especial es la de cinco o más hijos, o la de cuatro hijos de los cuales, al menos tres procedan de parto, adopción o acogimiento permanente o preadoptivo múltiples. También lo serán las unidades familiares con cuatro hijos cuando sus ingresos familiares, divididos por el número de miembros que las componen, no supere en cómputo anual el 75 por ciento del SMI, incluidas las pagas extraordinarias. Cada hijo discapacitado computará por dos para determinar la categoría numerosa (art. 9).

⁷⁴ Informe sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada, de 23 de febrero de 2004 del Parlamento Europeo (A5-0092/2004).

como la de casi todas las normas relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral, y de las que establecen medidas de discriminación positiva para la contratación de mujeres que acaban de dar a luz, no es otra que única y exclusivamente el fomento de la natalidad en un momento en el que la mujer ha decidido pensar más en ella, en su formación profesional, y menos en las pensiones futuras de la sociedad. Una verdadera política de conciliación debería articular medidas que traten de manera conjunta el desarrollo de hombres y mujeres, el aumento de la tasa de actividad de las mujeres y la tasa de natalidad.

g. Medidas de fomento de empleo relacionadas con la maternidad, el aumento de la natalidad y la incorporación de la mujer al mundo laboral.

La Ley 62/2003 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, establece las siguientes medidas de *fomento de empleo para el año 2004*:

- Podrán acogerse a una bonificación del 100 por ciento en la cuota empresarial por contingencias comunes, durante los 12 meses siguientes al inicio de la vigencia del contrato, las empresas o trabajadores por cuenta propia o autónomos, sociedades laborales o cooperativas que contraten indefinidamente, incluida la contratación de trabajadores fijos discontinuos, a mujeres desempleadas, inscritas en la oficina de empleo los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto ⁷⁵.
- La reincorporación efectiva de la mujer al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del parto después de un período de suspensión de su contrato (temporal o indefinido) por maternidad o excedencia por cuidado de hijos, dará derecho a una bonificación en la cuota empresarial por contingencias comunes del 100 por ciento durante los doce meses siguientes, así como la transformación de los contratos de duración determinada en indefinidos.

Las medidas de fomento de empleo, en este caso, están exclusiva y excluyentemente relacionadas con la incorporación de la mujer al mundo del trabajo y el intento simultáneo de aumento de la natalidad puesto que, aunque a las medidas de suspensión del contrato de trabajo por excedencia por cuidados de hijos se pueden acoger ambos padres de la criatura, solamente cuando se produzca la posterior incorporación y contratación de la mujer será aplicada la bonificación. Por tanto, no es una norma neutral, y algún autor ⁷⁶ se ha atrevido a decir que indirectamente está condicionando, en

⁷⁵ Siempre y cuando no sea una contratación realizada con una trabajadora que en los 24 meses anteriores haya prestado servicios en la misma empresa, grupo de empresas o entidad mediante un contrato por tiempo indefinido; no sean trabajadoras que hayan finalizado su relación laboral de carácter indefinido en un plazo de tres meses previos a la formalización del contrato, o no se trate de incorporación de socias trabajadoras o de trabajo a cooperativas o sociedades laborales cuando hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades superior a los 12 meses. Tampoco podrán aplicar las bonificaciones las empresas que hayan extinguido o extingan, por despido declarado improcedente o por despido colectivo, contratos que hayan sido bonificados. La exclusión afecta, por un período de doce meses desde el momento de la declaración de improcedencia del despido, o de la extinción derivada del despido colectivo, y a un número de contrataciones igual de las extinguidas.

⁷⁶ LÓPEZ GANDÍA, Juan, «Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencias», *op. cit.*, pág. 49.

una línea contraria a los objetivos de la Ley 39/1999, quién sea el que ejerza los derechos al permiso por maternidad y a la excedencia por cuidado de hijos e incluso su duración (en la excedencia por cuidado de hijos se hace referencia a los dos años posteriores a la fecha del parto cuando la duración máxima son tres años). Sorprende también, aspecto reiteradamente denunciado, que no se incluya entre las medidas de fomento de empleo de madres recientes a las madres adoptivas. Máxime teniendo en cuenta que la dificultad en el empleo no se vincula sólo a causas biológicas sino además a causas sociales relacionadas con el cuidado de los hijos, que afectan también a las madres adoptivas ⁷⁷.

h. Bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social para sustituciones durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento

- Bonificación del 100 por ciento de las cotizaciones, incluidas las contingencias profesionales, desempleo y demás cotizaciones de recaudación conjunta, en los supuestos en que se celebre con un desempleado un contrato de interinidad, con objeto de sustituir, hasta su reincorporación, a un trabajador (y socio trabajador o socio cooperativista) que tenga suspendido su contrato por riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción o acogimiento.
- Bonificación del 100 por ciento de las cotizaciones a cargo de la empresa, incluidas las de recaudación conjunta (desempleo, FOGASA y formación profesional), correspondientes a los trabajadores durante los períodos de suspensión de la relación laboral o de la actividad que corresponda si son socios trabajadores incluidos en el Régimen de Autónomos, a causa de maternidad, adopción o acogimiento, siempre que los trabajadores con su relación laboral suspendida hayan sido sustituidos mediante contratos de interinidad.

Sería deseable que se aplicasen también estas bonificaciones al supuesto de lactancia materna que imposibilite desempeñar sin riesgos el trabajo, una vez reconocida esta situación como interrupción de la relación laboral, y a la contratación de interinos a tiempo parcial en supuestos de reducción de jornada.

i. Prestación de protección por hijo a cargo.

En sus modalidades contributiva y no contributiva, referidas en los artículos 180 y 182 de la LGSS, consiste en una asignación económica por cada hijo menor de dieciocho años o afectado por una minusvalía en grado igual o superior al 65 por ciento a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación siempre que se reúnan el resto de los requisitos exigidos en los artículos 181 y 183 de la LGSS para el acceso a las modalidades contributivas y no contributivas respectivamente ⁷⁸. Son unas prestaciones que van ligadas exclusivamente a aspec-

⁷⁷ Además, no se ofrecen ventajas de incorporación a las trabajadoras autónomas y las medidas se dirigen a los empleadores y no a las trabajadoras. LOUSADA AROCHENA, José Fernando, «El fomento del empleo de las madres recientes», *Aequalitas, Revista Jurídica de igualdad de oportunidades entre Mujeres y Hombres*, número 13, julio-diciembre 2003, pág. 41.

⁷⁸ Cuantía ampliada para las familias numerosas por Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas (BOE de 19 de noviembre).

tos económicos y que combinan una realidad que en esta sociedad resulta utópica, puesto que las ayudas por hijos van unidas a unos ingresos familiares tan escasos que su simple existencia dificulta enormemente la posibilidad de tenerlos, educarlos y alimentarlos, amén de la escasa cuantía de las propias ayudas.

3.4.2. Políticas empresariales de conciliación.

La empresa puede y debe ser «socialmente responsable»⁷⁹, lo que significa que debe estar preocupada por que sus trabajadores y trabajadoras puedan conciliar la vida familiar con la vida laboral y tratar de facilitarles algunos aspectos relativos a esa conciliación⁸⁰. Queda mucho por hacer en este terreno, pero está probado que las empresas concienciadas y que actúan conforme a dichos valores tienen menores índices de absentismo laboral y mayor productividad de un colectivo de trabajadores satisfecho con lo que hace⁸¹. El hecho de que las empresas tengan en cuenta la conciliación no constituye un coste, sino más bien una inversión útil y pertinente que favorece el crecimiento a largo plazo⁸².

Son ejemplos de políticas de empresas socialmente responsables las siguientes⁸³:

a. Concesión de beneficios extrajurídicos.

Constituyen este grupo seguros privados, planes de pensiones u otro tipo de ayudas de carácter material que responden a necesidades de la familia (tarjetas para pago de gasolina o tarjetas de teléfono con posibilidad de uso fuera de las horas laborales).

⁷⁹ El 18 de julio de 2001 la Comisión de las Comunidades Europeas presentó el llamado Libro Verde para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. (COM(2001) 366 final, núm. 7). El Libro Verde afirma que la responsabilidad social de las empresas es esencialmente un concepto con arreglo al cual las empresas deciden voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio. Uno de los desafíos más importantes a los que se enfrentan las empresas es atraer a trabajadores cualificados y lograr que permanezcan a su servicio. El Libro Verde propone un equilibrio entre trabajo, familia y ocio. Véase LABRADA RUBIO, Valle, «El derecho a conciliar familia y trabajo. Marco legal y ético de los negocios», *Familia y Trabajo*, op. cit., pág. 145.

⁸⁰ El IV Plan de igualdad de oportunidades prevé que se incentive a las empresas que faciliten planes de acción para conseguir la conciliación de la vida familiar y laboral.

⁸¹ La falta de conciliación es un arma de doble filo porque, aparte de los problemas en el ámbito laboral arriba mencionados de absentismo y productividad en el ámbito familiar, las consecuencias repercuten en la salud de los trabajadores y trabajadoras, en forma por ejemplo de estrés y ansiedad, y en la delegación del cuidado de los hijos en los abuelos o cuidadores.

⁸² *Informe sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada, de 23 de febrero de 2004 del Parlamento Europeo* (A5-0092/2004).

⁸³ El 10 por ciento de las empresas españolas tienen un conjunto de políticas familiarmente responsables. Los sectores con mano de obra escasa, como la consultoría, el mercado electrónico, las telecomunicaciones y otros sectores de servicios, suelen ser más proclives a implantar políticas familiarmente responsables. Directores de recursos humanos en grandes empresas que tienen un alto porcentaje de mujeres empleadas y directivas, y que operan en un sector con escasez en el mercado laboral, tienen claros motivos para considerar programas de trabajo-familia como herramienta para atraer y retener empleados. Un estudio más completo sobre la enumeración expuesta de empresas políticamente responsables en CHINCHILLA ALBIOL, Nuria, «Conciliación de la vida familiar y laboral en la empresa», *Familia y Trabajo*, op. cit., págs. 133-142.

b. Políticas de flexibilidad en atención a las necesidades familiares.

Se trata de supuestos relativos, por ejemplo, a ampliación de la duración de la baja de maternidad, ampliación de los permisos por otros motivos familiares, ampliación del plazo de reserva forzosa del puesto de trabajo en las excedencias, fomento de las reducciones de jornada con mantenimiento de la retribución, incentivación del disfrute paterno de la baja de maternidad, adecuación del permiso de lactancia a las necesidades de las trabajadoras, impulso al disfrute de los permisos paternales por horas, y fomento del teletrabajo.

c. Apoyo profesional.

Las políticas de apoyo profesional suelen incluir: cursos de gestión del estrés, de adaptación al trabajo con responsabilidades familiares, asesoramiento psicológico, políticas de sensibilización y de concienciación que ayudan a un equilibrio entre el campo laboral y el ámbito privado.

d. Políticas de servicios con el objetivo de reducir la carga de trabajo extra laboral del empleado.

En estos casos la empresa suele ofrecer servicios de limpieza, compensación o bonificaciones por contratación de un cuidador, servicios de guardería con horarios que se adaptan a los horarios laborales⁸⁴. En relación con las guarderías sorprende que, siendo algo emergente, sea ya objeto de críticas basadas, en la mayor parte de los casos, en que responden a intereses de los padres, no siempre coincidentes con los de los hijos. Así pues, se hace referencia a que las condiciones medioambientales de los polígonos industriales no son las más óptimas para los intereses de los menores, se indica que los padres no tienen en cuenta a la hora de la elección la calidad pedagógica de las mismas, o que la atención educativa de criaturas de 0-3 años dependería del tipo de contrato de sus padres (entendemos que teniendo que cambiarles de centro en función de la duración del contrato de los padres, por ejemplo), e incluso que puede ir contra los derechos laborales de las trabajadoras puesto que suponen una puerta abierta a que las empresas puedan alargar la jornada laboral de sus trabajadores y trabajadoras⁸⁵.

Todo ello no obstante, la realidad nos indica que los empleados, y sobre todo las empleadas, suelen optar a pesar de existir en la empresa a este tipo de políticas, por no acogerse a las mismas porque a medio plazo ello supone el fin de su carrera profesional. El reto no es sólo implantar este tipo de estrategias sino la consecución de un cambio de cultura empresarial.

⁸⁴ El Consejo Europeo de Barcelona de marzo de 2002 estableció que los Estados miembros debían eliminar los obstáculos a la participación de las mujeres en el mercado laboral y que debían crear antes de 2010 estructuras de acogida para al menos el 90 por ciento de los niños de edad comprendida entre los 3 años y la edad de escolaridad obligatoria y al menos el 33 por ciento de los niños menores de 3 años. Dichas estructuras debían estar localizadas en el campo y la ciudad en la misma medida. España tiene uno de los niveles más bajos de la UE de cobertura de escuelas de infancia para niños y niñas de 0 a 3 años. Sólo el 8 por ciento de los y las menores de 3 años tienen plaza en una escuela de infancia pública, frente al 44 de Dinamarca, el 40 de Suecia o el 23 de Francia. Al respecto, GÓMEZ TORRALBO, ROSA, «Hacia un equilibrio entre el trabajo productivo y el reproductivo», Ponencia presentada en el *Congreso Internacional sobre mujer y empleo*, Vitoria-Gasteiz 9 y 10 de octubre de 2003.

⁸⁵ La opción que proponen quienes hacen estas críticas es la ampliación de la red de guarderías públicas. Véase LÓPEZ, Carmen, «¿Escuelas infantiles en las empresas?», *Revista Trabajo*, número 10, diciembre 2003, Secretaría Confederal de la mujer de Comisiones Obreras, <http://www.ccoo.es>

3.4.3. Promoción de la conciliación desde la negociación colectiva.

La negociación colectiva tiene aquí, como en la totalidad de los aspectos laborales, una posición de vital importancia puesto que la consecución de todos los objetivos planteados, y la subsanación de las lagunas jurídicas que suponen discriminación laboral por razón de género está en manos de los agentes sociales, al igual que la mejora de las condiciones mínimas ya establecidas en las normas legales ⁸⁶.

La negociación colectiva es un instrumento idóneo para la difusión de la igualdad entre hombres y mujeres debido, entre otros aspectos, a que es expresión de diálogo y pacto, y que su procedimiento periódico de renovación le da una mayor capacidad de adaptación a la realidad sectorial, a la de la empresa y a las necesidades de los trabajadores y trabajadoras. Las potencialidades expresadas no han sido, sin embargo, utilizadas como debieran, por un lado, por la influencia de las Ordenanzas Laborales y Reglamentaciones de Trabajo y preponderancia de los pactos salariales y de jornada y, por otro, por la falta de renovación en la composición de las mesas negociadoras en las que la participación de las mujeres es escasa ⁸⁷. La hasta ahora aún pobre referencia al tema, se refleja tras un análisis del *Informe sobre negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres* (sesión ordinaria del Pleno de 22 de octubre de 2003), del que podemos extraer las siguientes conclusiones ⁸⁸.

La Ley 39/1999 tiene una influencia creciente en la negociación colectiva pero con desigual referencia dependiendo de la materia. Por niveles de negociación cabe apreciar un mejor tratamiento de las cuestiones en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal. Al respecto, creemos que un verdadero espíritu de conciliación que implica un necesario conocimiento de las necesidades concretas de los trabajadores, demanda un mayor tratamiento de la materia en ámbitos de negociación inferiores.

En los convenios colectivos de ámbito nacional es habitual la transcripción literal de los contenidos de la Ley 39/1999 en la regulación de la suspensión del contrato por maternidad, adaptación infrecuente en los de nivel interprovincial, provincial y de empresa. Las excedencias, en cambio, no suelen ser tratadas, en general, por la negociación colectiva y cuando lo son, reciben un tratamiento variado que pasa por hacer referencias al cuidado de hijos obviando el de otros familiares ⁸⁹. La ausencia al trabajo o reducción de jornada por lactancia (art. 37.4 del ET) y por guarda legal de menores o discapacitados o cuidado de familiares (art. 37.5 del ET) se regulan tanto en la negociación sectorial estatal, cómo en la de ámbito inferior, pero normalmente con adaptación literal a las nove-

⁸⁶ Y así nos lo recuerdan las normas legales. Mencionar, por ejemplo, que la Ley 40/2003 de protección de familias numerosas, en su artículo 10, remite a la negociación colectiva para establecer un régimen de preferencias en materia de derechos de los trabajadores, acción social, movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y extinción del contrato de trabajo a favor de los trabajadores por cuenta ajena que formen parte de familias numerosas. Recalcar que el IV Plan de igualdad de oportunidades establece que se proponga a los agentes sociales y económicos que en la negociación colectiva faciliten la posibilidad de disfrutar de los permisos paternales por horas en lugar de por jornadas completas.

⁸⁷ Conclusiones del *Informe sobre negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres* (Sesión ordinaria del Pleno de 22 de octubre de 2003).

⁸⁸ Sin embargo, la aprobación del *Acuerdo sobre Negociación Colectiva 2003* representó un paso importante, al definir una serie de criterios generales para el tratamiento por la negociación colectiva de diversas materias relacionadas con la igualdad entre hombres y mujeres.

⁸⁹ Se indica, no obstante, que algunos convenios recogen el derecho de reserva del mismo puesto de trabajo durante los tres años de duración máxima de la excedencia.

dades que fueron introducidas por la Ley 39/1999⁹⁰. Los permisos retribuidos vinculados al cuidado de hijos son, con diferencia, la materia más regulada, mientras apenas se recoge en los convenios la posibilidad de permisos para el cuidado de otro tipo de familiares⁹¹. Se afirma que es bastante frecuente la previsión dentro del fondo social de ayudas económicas para sufragar gastos de guardería, transporte escolar y gastos sanitarios o familiares.

Por otra parte, el factor tiempo se empieza a perfilar como esencial en el sistema de conciliación de la vida familiar y laboral. Con frecuencia, los convenios colectivos establecen pactos de jornadas irregulares que implican para las empresas una mayor flexibilidad para adaptarse a las necesidades de producción y que pueden entrar en colisión con las responsabilidades familiares de trabajadores y trabajadoras. Para solucionarlo, algunos convenios prevén preavisos para la aplicación de este tipo de jornadas y, de manera más efectiva, cláusulas que eximen de la prolongación de jornada consecuencia de esa distribución irregular a los trabajadores y trabajadoras en determinadas circunstancias relacionadas con las obligaciones familiares.

Son aspectos asimismo conciliatorios la jornada continuada de trabajo, los horarios flexibles o la negociación de cláusulas que contemplen la supresión de las horas extraordinarias habituales o su reducción. Menos habitual es que se establezcan preferencias respecto a la elección del turno de vacaciones para los trabajadores con hijos menores de edad. Algunos convenios prevén que en caso de coincidencia entre las vacaciones y situaciones como maternidad o (en muy contadas ocasiones) riesgo durante el embarazo, se interrumpa el cómputo de las vacaciones y se disfruten terminado el período de permiso⁹².

Por último, recordar que, no por casualidad, casi sólo en el ámbito de la Administración Pública encontramos medidas de acción positiva que incentiven el ejercicio por los hombres de los derechos laborales vinculados a la conciliación de la vida familiar y laboral⁹³.

⁹⁰ Ejemplos de medidas de conciliación que se han tomado (en muy contadas ocasiones, recordamos) son, entre otras, el derecho a reducción una hora de la jornada por lactancia, en vez de las fracciones de media hora; aumentar la edad del hijo que da derecho a la reducción de jornada; modificar el umbral mínimo de reducción de 1/3 de la jornada; elevar las retribuciones por encima de lo que sería proporcional a la reducción de jornada.

⁹¹ Se suelen prever con frecuencia días u horas adicionales de permiso retribuido en caso de nacimiento de hijo, enfermedad, hospitalización, consulta médica o necesidad de desplazamiento de un familiar. Hay además una incipiente apertura a la realización de trámites de adopción o ampliación del ámbito de los destinatarios a las parejas de hecho reconocidas.

⁹² El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por sentencia de fecha 18 de marzo de 2004, en el Asunto: C-342: «Merino Gómez c. Continental Industrias del Caucho, S.A.», plantea la cuestión relativa al solapamiento de la fecha de descanso maternal y de la fecha fijada colectivamente para el disfrute de vacaciones de la plantilla. Ha resuelto que el artículo 7.1 de la Directiva 93/104 CEE, el artículo 11, ap. 2, letra a de la Directiva 92/85/CEE, y el artículo 5, ap.1, de la Directiva 76/207/CEE, han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora podrá disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto al de su permiso de maternidad. También en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla. Asimismo, la interpretación del artículo 11, ap.2, letra a, de la Directiva 92/85, indica que, en el mismo supuesto de suspensión de la relación laboral por maternidad, son las vacaciones más largas, establecidas por la norma nacional, y no las mínimas establecidas por la Directiva 93/104, las que tienen derecho a disfrutarse.

⁹³ En algunas comunidades como el País Vasco y Asturias se premia con tiempo adicional retribuido de permiso a los empleados públicos de sexo masculino que se acojan al permiso vinculado a la suspensión del contrato por nacimiento, adopción o acogimiento. En otras como Cataluña, se acordó la flexibilización del horario de entrada y salida para personal con hijos menores a cargo, o el derecho a reducción de jornada para el cuidado de hijos, manteniendo unas retribuciones por encima de las que corresponderían proporcionalmente a la reducción. El *Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 2003-2004 para la modernización y mejora de la Administración Pública* contempla diversas referencias al ejercicio de derechos vinculados a la conciliación, acuerdo que algunas comunidades como Cataluña, Castilla-León y Castilla-La Mancha han mejorado.

La adaptación del puesto de trabajo en caso de riesgo para el embarazo o la suspensión del contrato en el supuesto de que ello sea imposible (art. 26 LPRL) es el aspecto que menos ha calado en la negociación colectiva, de modo que la mayoría de los convenios no recogen ninguna referencia a estas situaciones. A lo sumo, en ciertos convenios se regula algún tipo de mejora de la cuantía de la prestación una vez producida la suspensión. La negociación colectiva no subsana tampoco la carencia de la LPRL en lo referente a la lactancia, y suele reproducir de forma literal la regulación del permiso retribuido para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deben realizarse dentro de la jornada de trabajo.

3.5. La difícil conciliación y el cuidado de los hijos asumido por las «abuelas-canguro».

La difícil conciliación de la maternidad con la incorporación de la mujer al trabajo ha hecho surgir en los últimos tiempos una nueva protagonista en la familia: la abuela que se encarga del cuidado de los niños y que colabora en el seno familiar en las más variadas tareas domésticas. Según las encuestas, tres de cada cuatro madres trabajadoras tienen un familiar disponible, y éste es normalmente la madre o la suegra ⁹⁴. Ellas se han convertido en importantes agentes activos del cuidado de la familia y ya se las conoce como «abuelas-mamá» o «abuelas-canguro». Mujeres mayores que vuelven a ser amas de casa ⁹⁵ y que realizan un esfuerzo notable dirigido a lograr que sus hijas y nueras puedan conciliar o, sencillamente, que puedan adquirir un mayor bienestar con dos sueldos en la unidad familiar, ahorrando de esta manera la cantidad que emplearían en la contratación de un servicio de guardería o similar, o bien como solución alternativa e ineludible ante la insuficiencia de una red pública de servicios sociales *ad hoc*. Esta dedicación de su tiempo libre ⁹⁶, generosa y gratuita, constituye un factor económico oculto extraordinariamente importante y está siendo objeto de atención también por la medicina, dado el notable aumento en ese sector poblacional de mujeres mayores de 65 años de los síntomas de estrés y de enfermedades cardiovasculares ⁹⁷.

Abuelas, más que abuelos, que realizan una aportación al cuidado de personas dependientes, fundamentalmente de niños, pero también de personas mayores que residen en el núcleo familiar. Las razones por las que recae mayoritariamente sobre población femenina podría decirse que son tres: en primer lugar, por la condición de mujer, dado que, como se ha dicho anteriormente, el cuidado es atribuido a ella, sociológica y culturalmente hablando; en segundo lugar, por ser mayor su esperanza de vida ⁹⁸, lo que tiene importancia cuando se habla de reparto de responsabilidades familiares en términos de cuidado; y en tercer lugar, por la tradición entre quienes contraen matrimonio, de que la mujer sea varios años más joven que el marido, y en consecuencia esté abocada a cuidar durante más tiempo a los miembros del grupo familiar (marido y nietos, sobre todo).

⁹⁴ MORENO, Luis, «Bienestar mediterráneo y supermujeres», *op. cit.*.

⁹⁵ Como dice MORENO, *ibid.*, es la última generación de mujeres en España que serán «dos veces» amas de casa. Y además será la última generación de amas de casa porque la siguiente está ya en gran medida incorporada al mundo laboral.

⁹⁶ Según la Encuesta de empleo del tiempo 2002-2003 elaborada por INE (<http://www.ine.es>), las personas de 65 y más años disponen de 6 horas y media diaria de tiempo libre.

⁹⁷ Puede verse GUIJARRO MORALES, Antonio, *El síndrome de la abuela esclava: pandemia del siglo XXI*, ed. Grupo Editorial Universitario, Granada, 2001.

⁹⁸ Es de más de tres puntos que la de los hombres. La esperanza de vida para quien alcance los 65 años es de 16 años más por vivir para los hombres y de 19,8 para mujeres según el Informe «Las personas mayores en España», IMSERSO, 2000, pág. 5. Dicho Informe es iniciativa del Observatorio de Personas Mayores del IMSERSO. pág.8. En el mismo consta un millón más de mujeres de edad (3.780.000) que de varones (2.723.000).

Este importante rol social se ha puesto de relieve recientemente con ocasión de la aprobación de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos ⁹⁹. La norma se inscribe dentro del Plan de Apoyo a la Familia (2001-2004), que contempla varias modificaciones del Derecho de Familia, entre ellas la que nos ocupa, y que persigue el fomento de la solidaridad intergeneracional. La modificación legislativa pretende, según la propia Exposición de motivos, singularizar, de forma más explícita y reforzada, el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos, tanto en caso de ruptura familiar, como en el caso de dejación de obligaciones de los progenitores ¹⁰⁰. Por ello, garantiza el derecho de los abuelos de comunicación y visita a sus nietos en supuestos de separación, divorcio y nulidad, con acuerdo o sin él, que el juez determinará, teniendo siempre en cuenta el interés del menor (arts. 90 y 94 CC); asimismo prevé el derecho a que nadie pueda impedir sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados –antes sólo se aludía a «parientes y allegados»– (art. 160 CC). Además, prevé la decisión jurisdiccional de encomendar en primer lugar, a los abuelos la tutela de los hijos, antes de a otros parientes e instituciones (art. 103 CC) y el derecho a relacionarse con el menor acogido (art. 161 CC).

Dejando a un lado la oportunidad de esta reforma ¹⁰¹, que además ha generado una notable oposición ¹⁰², interesa destacar en este trabajo lo que tiene de reconocimiento de los abuelos en la tarea de crianza del menor. Cuidado que se pone de manifiesto de una manera más evidente en los casos de crisis matrimonial ¹⁰³ y en los de desamparo ¹⁰⁴, pero que tiene lugar de modo habitual en muchos hogares que acuden a esta red de solidaridad familiar, poniendo en entredicho que nuestro concepto de familia sea realmente nuclear. El problema a medio plazo se planteará cuando estas abuelas dejen paso a otras generaciones que no podrán asumir esa tarea de cuidado «informal».

⁹⁹ BOE de 22 de noviembre. Véase sobre esta ley: HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, Carmen, «La Ley 42/2003: relaciones de los hijos con sus padres, abuelos, parientes y allegados», *La Ley*, núm. 5.990, 5 de abril de 2004, págs. 1-5; MARTÍN NÁJERA, M.^a Teresa, «Sobre el régimen de visitas abuelos/nietos. Apuntar las carencias», *IURIS*, núm. 77, nov. 2003, págs. 17-18; LÓPEZ FARALDOS, M.^a Dolores y CABRERA SCHWARTZ, Carlota, «Sobre el régimen de visitas abuelos/nietos. Buscar alternativas», *IURIS*, núm. 77, nov. 2003, págs. 19-20.

¹⁰⁰ Entre los principales impulsores de esta iniciativa está la Asociación Abuelos en Marcha (ABUMAR) porque son los propios abuelos quienes ven cómo después de haber participado en la crianza del niño, pueden perder todo contacto con él si en un proceso judicial de separación o divorcio se otorga la custodia al otro progenitor. Algo no tan extraño y que les ha obligado en la práctica a acudir a los Tribunales para que se les reconozca el derecho a seguir viendo a sus nietos (Cfr. STS 20 de septiembre de 2002, en AC, núm. 3, 2003, págs. 202-204).

¹⁰¹ El antiguo artículo 160 CC aunque no mencionase expresamente a los abuelos, sin duda alguna estaban incluidos bajo el término «parientes», sin embargo se ha tramitado con urgencia, no del todo justificada, dado que el origen está en el Proyecto de Ley presentado en las Cortes el 28 de julio de 2003 (HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *op. cit.*, pág. 5).

¹⁰² Ha recibido las protestas de diversas asociaciones de mujeres como: la Comisión para la Investigación de Malos tratos a mujeres, Asociación de mujeres juristas Themis, la Federación de mujeres Progresistas, la Red de Organizaciones Feministas contra la Violencia de Género, la Unión de Asociaciones Familiares y la Federación de Asociaciones de mujeres Separadas y Divorciadas. La propia Fiscalía ha manifestado también que existen «dudas de complejidad» y la tensión añadida para el menor. Además en el caso de padres violentos, la ley abre un peligro de que el menor tenga contacto con ellos aprovechando la visita a los abuelos.

¹⁰³ Según datos del Instituto de la Mujer (<http://www.mtas.es/mujer>), a partir de la Memoria del Consejo General del Poder Judicial en el año 2001 el número total de separaciones, divorcios y nulidades fue de 103.393 (65.610 separaciones, 37.630 divorcios y 153 nulidades). Esta cifra aumenta anualmente y se calcula que más del 30 por ciento se produjo sin acuerdo entre los cónyuges, lo que puede suponer un distanciamiento e incluso en ocasiones ruptura de relaciones familiares.

¹⁰⁴ La Exposición de motivos dice que «los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo».

Por otro lado, mucho antes se pondrá de relieve la falta de equidad intergeneracional, cuando esas personas mayores dejen de ser sujetos activos de cuidado para pasar a demandar una atención que ni sus hijas ni sus nueras podrán hacer frente, en la medida en que estén incorporadas al mundo laboral y no se les ofrezcan posibilidades de hacerlo en nuestras normas laborales, porque como veremos no existe un tratamiento paritario para todas las responsabilidades familiares. El punto de mira se enfoca hacia el cuidado de los hijos. Lo que nos presenta el panorama de un amplio sector poblacional básicamente femenino que vivirá en situación precaria y de cierto desamparo ¹⁰⁵.

3.6. La deducción por maternidad como ejemplo de medida «anticonciliación» frente a otros modelos vigentes.

La deducción por maternidad introducida por el artículo 67.bis de la Ley del IRPF supone la incorporación a nuestro modelo de impuesto sobre la renta de una deducción novedosa, tanto desde el punto de vista de su ámbito de aplicación, sólo a las mujeres, como desde el relativo a la posibilidad de su cobro anticipado ¹⁰⁶.

Socialmente, la deducción por maternidad se ha presentado como la figura fiscal de conciliación por antonomasia. Consiste básicamente en una deducción en la cuota de 1.200 euros, que puede cobrarse anticipadamente a razón de 100 euros al mes, reconocida a aquellas madres con hijos menores de 3 años, que realicen un trabajo remunerado por cuenta propia o ajena. Sin embargo, si partimos del significado de conciliación como búsqueda de fórmulas para compaginar la vida familiar con la vida laboral, y como vía para conseguir una mayor integración de los hombres en las responsabilidades del hogar, sobre todo, en el cuidado de los hijos, entendemos que la deducción por maternidad no cumple una auténtica función conciliadora, pues está configurada de manera que obliga a la madre a ser madre y trabajar, además, como regla general, a jornada completa, pues limita la cuantía de la deducción a las sumas pagadas en concepto de cotizaciones a la Seguridad Social por parte de la trabajadora.

Se trata, en primer lugar, de una deducción prevista, en principio, sólo para las «madres». Es claro que se pretende conseguir un efecto de discriminación positiva reconociendo a las mujeres un trato excepcional, más favorable, no aplicable a los hombres. Sin embargo, a pesar de ser ésta su función, sí que puede aplicarse a algunos padres, tal y como prevé el párrafo cuarto del señalado artículo 67: «En caso de fallecimiento de la madre, o cuando la guarda y custodia se atribuya de forma exclusiva al padre o en su caso, a un tutor, siempre que cumpla los requisitos establecidos en este artículo, éste tendrá derecho a la práctica de la deducción pendiente.»

¹⁰⁵ Diversos estudios apuntan esta idea como MORENO, *op. cit.*; el estudio DELPHI: «Sexo, Género y Salud», dirigido por la Fundación Salud, Innovación y Sociedad (patrocinado por la División Salud de la Mujer de la compañía farmacéutica Novartis) según el cual en quince años una de cada cuatro mujeres en España será mayor de 60 años y se presenta como problema del futuro el de una población de mujeres mayores, empobrecidas y solas, es decir, más vulnerables y dependientes de los servicios sanitarios y sociales públicos (ver apartado 1). Asimismo el realizado por Fundación FOES-SA sobre «Las condiciones de vida en los hogares pobres encabezados por una mujer. Pobreza y género», informa de que en 2001 existían en España 442.784 hogares pobres cuya cabeza de familia era una mujer (1/5 de los hogares pobres).

¹⁰⁶ Una interesante valoración sobre esta medida y su coste puede verse en: FUENMAYOR FERNÁNDEZ, Amadeo, GRANELL PÉREZ, Rafael, y HIGÓN TAMARIT, Francisco, «La deducción para madres trabajadoras: un análisis mediante microsimulación», en *XI Encuentro de Economía Pública*, Barcelona, 5-6 de febrero de 2004.

En segundo lugar, se trata de una deducción prevista sólo para las madres «trabajadoras». A nadie se le podía escapar que el hecho de plantear una deducción por maternidad en la cuota del impuesto, como aplicable sólo a las madres trabajadoras fuera del hogar, iba a levantar críticas, pero sin duda, éstas se han hecho aún más patentes, a la vista de la posibilidad de cobrar anticipadamente 100 euros al mes a cuenta de la deducción. Ningún contribuyente percibirá igual «dejar de pagar» por aplicación de un beneficio fiscal vía deducción, que «cobrar por adelantado esa deducción» con cargo al erario público. Se trata de una medida que ha de valorarse positivamente en cuanto compensa el esfuerzo económico que genera la maternidad, pero cuyas virtudes quedan difusas desde el momento en que sólo se reconoce a algunas madres, y no a todas ellas.

La redacción del artículo 67 bis de la ley, como la del artículo 58 del Reglamento que lo desarrolla, hacen hincapié, por lo menos en tres momentos, en el requisito de realización de un trabajo remunerado para acceder a la aplicación de la deducción por maternidad. En primer lugar, el párrafo primero prevé el acceso a la deducción para las madres «que realicen una actividad por cuenta propia o ajena, por la cual estén dadas de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o Mutualidad»¹⁰⁷. En segundo lugar, se limita la suma deducible a la cuantía de «las cotizaciones y cuotas totales a la Seguridad Social y Mutualidades devengadas en cada período impositivo con posterioridad al nacimiento o adopción». Por último, se exigen unos plazos mínimos de cotización que son los siguientes: a) Trabajadores con contrato de trabajo a jornada completa, en alta durante al menos quince días de cada mes en el Régimen General o en Regímenes Especiales de la Minería del Carbón y de los Trabajadores del Mar; b) Trabajadores con contrato de trabajo a tiempo parcial, cuya jornada laboral sea de, al menos, el 50 por ciento de la jornada ordinaria de la empresa, en cómputo mensual, y se encuentren en alta todo el mes en los regímenes citados en el párrafo anterior; c) Trabajadores por cuenta ajena en alta en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el mes y que realicen, al menos, diez jornadas reales en dicho período; d) Trabajadores incluidos en los restantes regímenes especiales de la Seguridad Social no citados en los párrafos anteriores, o mutualistas de las respectivas mutualidades alternativas a la Seguridad Social que se encuentren en alta durante quince días al mes»¹⁰⁸.

Así configurado el requisito de «trabajadora» para tener acceso a la deducción, es claro que lo que se busca con la medida es que la madre que lo sea siga trabajando, por eso establece que la deducción «tendrá como límite para cada hijo las cotizaciones y cuotas totales a la Seguridad Social y mutualidades con carácter alternativo devengadas en cada período impositivo con posterioridad al nacimiento, adopción o acogimiento». Por tanto, una madre trabajadora que haya cotizado hasta el momento de la maternidad, pero deje de hacerlo después, no accederá a la deducción. El espíritu de la norma es claro en el sentido de buscar que las madres tengan hijos y sigan trabajando, porque si no, a efectos del derecho a disfrutar de la deducción, de nada sirve lo cotizado hasta entonces. La figura pretendería evitar, en consecuencia, el abandono «voluntario» del puesto de trabajo por parte de las mujeres, que conlleva en muchos casos la maternidad. «Voluntariedad» generada por el esfuerzo que supone compaginar vida laboral y familiar.

¹⁰⁷ Deja al margen de la medida, por tanto, a todas aquellas mujeres que trabajan en la economía sumergida o con contratos de trabajo por horas más precarios.

¹⁰⁸ Desde la UGT se llegó a tildar la medida de regresiva, pues la deducción es mayor para quien más cotiza, y es claro que quien más cotiza es quien mayores ingresos tiene. (UGT, *Valoración de la deducción por maternidad y la reducción por cuidado de hijos incluidas en la reforma parcial del IRPF*, www.ugt.es/comunicados/2003/enero/cieneuros.pdf)

Y creemos que, en este sentido, y para este fin, la medida estaría muy bien si no fuera porque la realidad demuestra que no existe, al menos en nuestro país, y en este momento, un verdadero sentimiento y acción de corresponsabilidad por parte de los padres en el cuidado de los hijos. Razón por la cual, ese cuidado de hijos sigue recayendo mayoritariamente en la mujer ¹⁰⁹. En conclusión, lo que consigue la medida es potenciar que las madres trabajadoras, por la módica cantidad de 100 euros al mes, no sólo sigan con su ritmo de trabajo, sino que además sean madres (si no lo eran), o sean «más madres» (es decir, tengan un segundo o tercer hijo), solucionando el problema de la natalidad existente en el país, y sabiendo que van a ser ellas las que, mayoritariamente (no en todos los casos), tendrán que sacar el tiempo que puedan fuera de su horario laboral para atender a sus hijos y al padre de sus hijos y a otros familiares necesitados de cuidado, con lo que, probablemente, no les quedará tiempo para atenderse a ellas mismas.

En nuestra opinión, la verdadera función conciliadora de esta medida podría conseguirse, por ejemplo, si este pago o esta deducción sólo se reconociera en aquellos casos en que, efectivamente, la madre sigue trabajando, pero el padre procede a reducir su jornada o a pedir un período de excedencia, es decir, introducir algún elemento que garantice que, esa continuación de la actividad laboral normal de la mujer, se va a acompañar de una reducción en la actividad laboral normal del hombre, con lo que se intentaría evitar que recaigan ambas responsabilidades, cuidado y trabajo, íntegramente en la madre. Y es precisamente aquí donde se localiza el meollo de nuestra valoración de la medida como «anticonciliadora». Y es que, en nuestra modesta opinión, creemos que la medida está planteada de una manera que lo que busca es que la mujer trabaje lo máximo posible ¹¹⁰, lo que se traducirá en la imposibilidad de estar con sus hijos un tiempo razonable al día y, como probablemente su padre tampoco lo estará ¹¹¹, al final el efecto de la medida es convertirse en una ayuda para el pago de la guardería donde el niño va a pasar la mayor parte del tiempo, razón que nos lleva a juzgarla como más anticonciliadora que conciliadora.

Creemos que la idea de conciliación no debe ir por aquí, sino que, como se hace en otros países, por ejemplo, Noruega, o incluso en ciertas autonomías, como en la Comunidad Autónoma Vasca, el eje en torno al que debe configurarse la organización laboral y familiar debe ser el niño, que lo que necesita no es una madre trabajadora o un padre trabajador, lo que necesita son una madre y un padre que, aunque trabajen, tengan un tiempo razonable al día para atenderle. El reto es conseguir que este derecho del niño no se traduzca en una obligada renuncia de la madre a su vida profesional.

¹⁰⁹ Estamos plenamente de acuerdo con Paloma DE VILLOTA cuando afirma: «algunas medidas intentan incentivar la natalidad, más que la conciliación de la vida profesional y familiar para mujeres y hombres. Por ejemplo, la cobertura pública de plazas disponibles para la infancia (...) en nuestra opinión trasluce una voluntad política de conciliación de familia y empleo en mayor medida que la concesión de transferencias económicas universales sin consideración al nivel de renta de los hogares preceptores» DE VILLOTA, Paloma, «Análisis de la política fiscal desde una perspectiva de género. La individualización de los derechos fiscales como objetivo de una política de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres», en DE VILLOTA, Paloma (ed.), *La política económica desde una perspectiva de género*, Alianza ed., Madrid, 2000, pág. 231.

¹¹⁰ Como afirma acertadamente María Jesús IZQUIERDO: «Quien pretenda asumir las responsabilidades del cuidado a la par que una posición de ciudadana [por el trabajo] tendrá que afrontar un reto imposible, ya que se encontrará con el problema de cubrir dos puestos de trabajo en dos espacios distintos, con exigencias distintas e incompatibles. De ahí que el debate sobre el cuidado surja a la par que el debate sobre la mal llamada conciliación entre la vida laboral y familiar.» (IZQUIERDO, María Jesús, «Del sexismo y la mercantilización del cuidado a su socialización: hacia una política democrática del cuidado», *op. cit.*

¹¹¹ Como señala Hilary LAND, en general existe una «tendencia a tratar a los hombres y a las mujeres del mismo modo, si las mujeres se comportan como los hombres». LAND, Hilary, «Individualización de impuestos y prestaciones e igualdad entre hombres y mujeres», en DE VILLOTA, Paloma (ed.), *La política económica desde una perspectiva de género*, *op. cit.*, pág. 174.

Visto el modelo español, veamos algunas de estas figuras introducidas en el modelo fiscal de Noruega con el que este país ha conseguido simultáneamente altas tasas de empleo femenino con un amplio crecimiento de la natalidad ¹¹².

a. Los denominados *parental and adoption benefits*.

Son las cantidades pagadas con cargo al erario público a los padres y/o las madres durante el primer año de vida de su hijo si suspenden su prestación laboral. La cuantía pagada puede ser del 80 por ciento del salario durante 52 semanas o del 100 por ciento del salario durante 42 semanas. La suspensión laboral con el correspondiente ingreso debe ser utilizada por la madre durante las seis semanas posteriores al parto, y por el padre, durante cuatro semanas. El resto se puede disfrutar por uno u otro indistintamente.

También es posible acogerse a un período de suspensión laboral completa más breve tras el nacimiento, para después comenzar a trabajar con una jornada reducida durante un período más largo, cobrando la parte que corresponda (por las horas no trabajadas) en concepto de *parental and adoption benefit*, con lo que, a pesar de trabajar menos horas al día, los ingresos percibidos al mes son los mismos. Esta reducción de jornada la puede utilizar indistintamente el padre o la madre, o incluso los dos simultáneamente.

De esta primera medida ya se observa que, al contrario de lo que sucede en la deducción por maternidad vigente en nuestro país, el pago se realiza por dejar de trabajar y no por seguir trabajando. Para todas las familias con descendientes de edad inferior a los 18 años, existe además el pago de una cantidad anual ¹¹³ que varía en función del número de hijos.

b. En el ámbito del IRPF (*income tax*).

Se prevén deducciones para los contribuyentes con hijos a cargo. A efectos de evitar que estas medidas sólo beneficien a las personas con ingresos, que son las únicas que realizan la declaración del impuesto, se prevé el pago en metálico de la cuantía de la deducción para aquellas personas que no los tengan.

En la normativa noruega encontramos otra interesante previsión. Para conseguir una verdadera conciliación, que permita a los padres estar más tiempo con sus hijos, se establece el pago de una cantidad mensual a las familias con hijos menores de tres años que no los inscriban en una guardería ¹¹⁴. Si los niños acuden a la guardería una parte del día, entonces la cantidad percibida es la parte proporcional que corresponda por las horas que no acuden a ella. La filosofía de la figura es que la familia reciba una cantidad equivalente a lo que le cuesta al erario público mantener una plaza de guardería.

¹¹² Se puede ver una explicación de estas medidas en *Thematic review of early childhood education and care policy, Background Report from Norway-OECD*, The Norwegian Ministry of Children and Family Affairs, Barne og familiedepartement, 1998, y en HERT, Jorun, «Norwegian family policy», *op. cit.*

¹¹³ Esta cantidad era, para el año 2003, de 972 NOK mensuales por un hijo.

¹¹⁴ Para el año 2003, esta cuantía era de 3657 NOK mensuales.

Con esta fórmula se pretende asegurar que se beneficia en la misma medida de los recursos públicos, tanto la familia que atiende a su hijo personalmente, ahorrando con esta labor un gasto al Estado, como aquella que encarga su cuidado a una guardería subvencionada con dinero público.

Tras este breve repaso, se puede afirmar que las medidas relacionadas con los ingresos y gastos públicos, que el modelo noruego incorpora, caminan exactamente en el sentido contrario en que lo hace la configuración actualmente vigente de la deducción por maternidad. Así, al contrario de lo que sucede en nuestro país, en que se trata fiscalmente igual a quien cuida a sus hijos personalmente que a quien no, el modelo de este país escandinavo busca que los padres dejen de trabajar para poder dedicar más tiempo a sus hijos pequeños, y se beneficia a los padres que no dejan a sus hijos en guarderías y los cuidan personalmente, en compensación por el gasto que ahorran al Estado, y todo ello, en última instancia, porque se parte de que esta educación personal es mejor para las formación de las personas, y por ende, para el conjunto social. Para mostrar la oposición a esta filosofía imperante en nuestro sistema, se puede traer a colación la posición de la Dirección General de Tributos que, en respuesta de 29 de enero de 2004, niega el derecho a disfrutar de la deducción por maternidad por no cumplir el requisito de realización de un trabajo remunerado impuesto por la norma, a una madre que, tras la baja de maternidad, solicita una excedencia para el cuidado de su hija, de acuerdo con la posibilidad prevista por el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Dentro de sus competencias y en aplicación de las facultades tributarias específicas que concede el Concierto Económico, la Norma Foral 10/1998, de 21 de diciembre, reguladora del IRPF en Bizkaia, y en general, la Comunidad Autónoma Vasca, no aplican esta medida de la deducción por maternidad, sino que se acercan más al sistema noruego, previendo unas ayudas anuales para las trabajadoras y trabajadores que pidan una excedencia para cuidar a sus hijos menores de tres años, que se acompaña con una bonificación del 100 por ciento a la cotización de la Seguridad Social de la empresa en el contrato de sustitución concertado para cubrir su puesto. Igualmente, se compensa de forma más moderada la reducción de jornada, siendo la cantidad mayor si es el padre quien suspende la prestación o reduce la jornada que si es la madre. Para cerrar el modelo se prevén deducciones en la cuota del IRPF que varían en función del número de hijos, y se entrega una subvención universal, para todas las familias, en el momento de nacimiento del segundo hijo y posteriores.

3.7. Tratamiento tributario del cuidado personal y del cuidado ajeno de los hijos.

Sea por razones de coherencia con la ausencia de valoración que la sociedad concede al cuidado informal, sea por razones de búsqueda de conciliación, lo cierto es que el Derecho tributario, al margen de la consideración general de los hijos que realiza a través de las reducciones y deducciones generales, sólo tiene en cuenta o compensa fiscalmente el cuidado «pagado», y olvida por completo el cuidado personal dispensado a los hijos. En otras palabras, prevé una serie de beneficios fiscales para compensar el gasto de guardería¹¹⁵ o de cuidados ajenos retribuidos hacia los hijos, pero no contempla en ningún momento el ahorro de gasto público que supone el cuidado personal de los hijos, por el que todo padre o madre podría optar.

¹¹⁵ Algunas Comunidades Autónomas han introducido deducciones en la parte autonómica de la cuota para compensar el gasto que suponen las guarderías o el cuidado ajeno. Sin ánimo exhaustivo, la configuración de estas deducciones es la siguiente:

En este caso no sería aplicable ningún beneficio ni reducción en concepto de gastos de cuidado o guardería, pues como ha señalado la Dirección General de Tributos en sendas respuestas a consultas de 29 de noviembre de 2001 y de 25 de septiembre de 2003, en el supuesto de un matrimonio casado en separación de bienes, en que se pacte que uno de los dos se dedicará a la realización de actividades laborales remuneradas, y el otro al cuidado de la familia, haciendo suyas por esta labor la mitad de las rentas obtenidas por el primero, éste deberá tributar por el total de rentas percibidas, y el que se quede en casa por la mitad de éstas, en concepto de ganancia patrimonial. Entendemos que, al no poder calificarse el cuidado de los hijos propios como gasto de «guardería», y no cumplir el requisito de trabajo fuera del hogar por los dos padres, comúnmente exigido para la aplicación de la deducción, ninguna compensación fiscal tendrá el tiempo y esfuerzo dedicado al cuidado personal de sus hijos por parte del padre que se queda en casa.

Aunque es correcta cualquier ayuda dirigida a compensar gastos por cuidado de hijos, no lo es sin embargo que no se compense el esfuerzo que un padre o una madre realiza en la educación personal de sus hijos pequeños, por ejemplo durante un tiempo de excedencia, en la línea prevista por el modelo noruego. Todo apunta a que el legislador tributario, arrastrado por la frialdad que caracteriza esta rama del ordenamiento, no identifica el «hijo» con una persona que requiere y tiene derecho al cuidado, sino que se limita a identificar «hijo» con «gasto», de forma que, a más gasto, como requiere el pago de una guardería, más deducción ¹¹⁶.

CASTILLA Y LEÓN: Para contribuyentes que, por motivos de trabajo, y estando dados de alta los dos progenitores en el régimen correspondiente de Seguridad Social o Mutualidad, por realizar una actividad por cuenta propia o ajena, deban dejar a sus hijos que convivan con él, de edad igual o inferior a 3 años, en una guardería o al cuidado de una persona empleada de hogar, que deberá estar dada de alta en el régimen especial de empleados de hogar de la Seguridad Social. La deducción es del 30 por ciento de las cantidades satisfechas por este concepto durante el ejercicio. Para aplicar la deducción, la suma de las bases imponibles general y especial no deben superar los 18.000 € en tributación individual y los 30.000 € en tributación conjunta. El límite máximo para la deducción será de 150 € en tributación individual y 300 € en tributación conjunta.

GALICIA: Contribuyentes que, por motivos de trabajo, al realizar una actividad por cuenta propia o ajena los dos padres, deban dejar a los hijos que convivan con ellos, de edad igual o inferior a 3 años, al cuidado de una persona empleada de hogar, que deberá estar dada de alta en el régimen especial de empleados de hogar de la Seguridad Social, podrán deducirse 180,30 €. La suma de las bases liquidables general y especial no puede exceder de 15.025,30 € en tributación individual, y de 24.040,48 € en tributación conjunta para disfrutar de esta deducción.

MURCIA: En la tributación de las unidades familiares, formadas por los cónyuges no separados y los hijos menores, se podrá deducir el 15 por ciento de las cantidades destinadas al pago de guarderías y centros escolares por la custodia de hijos menores de 3 años. Ambos cónyuges deben trabajar fuera del hogar y obtener rentas del trabajo personal o de actividades empresariales o profesionales.

La parte general de la base liquidable ha de ser inferior a 12.020,24 € en tributación individual, e inferior a 21.035,42 € en declaraciones conjuntas, exigiéndose que la parte especial de la misma, sea cual sea la modalidad de declaración, no supere los 1.202,02 €. El máximo deducible por este concepto son 150 € en tributación individual y 300 € en tributación conjunta. En las unidades familiares formadas por uno solo de los padres y los hijos menores, se podrá deducir el 15 por ciento de las cantidades destinadas al pago de guarderías y centros escolares por la custodia de hijos menores de 3 años. El padre o la madre que tiene la custodia debe trabajar fuera del hogar y obtener rentas del trabajo personal o de actividades empresariales o profesionales. La parte general de la base liquidable ha de ser inferior a 12.020,24 €, exigiéndose que la parte especial de la misma, no supere los 1.202,02 €. El máximo deducible por este concepto son 150 €.

BALEARES: Los padres que trabajen fuera del hogar, y con un máximo de 200 € anuales, podrán deducirse las cantidades satisfechas por la custodia de hijos menores de 3 años en guarderías o centros escolares, siempre que su base, antes de la aplicación del mínimo personal no supere los 12.020,24 € para la declaración individual, y los 24.040,48 € para la conjunta.

¹¹⁶ Quizá este planteamiento está vinculado a la oposición entre la denominada «visión androcéntrica» y «visión feminista» de la economía, y que, tal y como Sira DEL RÍO y Amaia PÉREZ OROZCO explican, la primera «equipara lo económico con los mercados (...) considerando que éstos y lo que en ellos ocurre es la única o principal actividad económica», mientras que en la segunda «el centro de interés son los procesos de sostenibilidad de la vida, entendiendo como tales los procesos de satisfacción de las necesidades de las personas» DEL RÍO, Sira, PÉREZ OROZCO, Amaia, «Una visión feminista de la precariedad desde los cuidados», puede verse en www.ucm.es/info/ec/jec9/autores.htm

Ello además, sin entrar ya en la consideración del dudoso acomodo de estas deducciones referidas a los gastos del cuidado, a los principios de igualdad y capacidad económica tributaria, pues se reconocen estos beneficios fiscales sólo a familias en las que trabajan y obtienen rentas los dos progenitores, en las que parece que habrá que presumir una capacidad económica mayor, razón por la cual se impone un límite a la cifra de ingresos familiares para poder acceder a la deducción. Igualmente podría resultar regresiva la deducción de este gasto tal y como viene configurada en forma de porcentaje sobre el mismo, pues a mayor gasto, mayor deducción, toda vez que será demostrativa esa mayor posibilidad de gasto, de una mayor capacidad económica.

En aras de la consecución de este mismo fin conciliador, otras medidas que pretenden ayudar a solucionar el problema del cuidado de los hijos en el seno familiar, son sendos beneficios fiscales previstos por la Ley del Impuesto de Sociedades y por la Ley de Haciendas Locales, que vienen a compensar la prestación del servicio de guardería por parte de las empresas ¹¹⁷.

Para finalizar este apartado, y también en relación con el trato fiscal que merece el cuidado ajeno de descendientes, haremos referencia a un curioso caso conocido en la jurisprudencia canadiense como «caso Symes» ¹¹⁸. En él, la Sra. Symes, una profesional de la abogacía, incluyó entre los gastos deducibles para el cálculo de los rendimientos netos de su actividad económica, la retribución pagada a la persona encargada de cuidar a su hijo pequeño mientras ella trabajaba. El razonamiento aducido para tal fin consistía en considerar que el salario pagado a esta cuidadora era un gasto necesario para la obtención de beneficios, pues de no gastar su dinero en el pago de ese cuidado, ella tendría que haber cuidado personalmente de su hijo, lo que le habría impedido ejercer su actividad como abogada, y en consecuencia, generar ingresos. Sostenía además que la negación de esta deducción planteaba una aplicación discriminatoria de la norma en función del sexo del contribuyente, al recaer normalmente el cuidado de los hijos sobre las mujeres.

A pesar de lo sorprendente del razonamiento, lo cierto es que, en primera instancia, la *Federal Court* le dio la razón, apoyando la argumentación de la Sra. Symes, y añadiendo que la no aceptación del gasto como deducible suponía una clara discriminación hacia ella, pues no era tratada como lo hubiera sido un hombre de negocios con un gasto claramente justificado y con una finalidad legítima. A él, la deducción de éste se le hubiera permitido.

Tras este éxito inicial, las sentencias de apelación, dictadas por la *Federal Court of Appeal* y la *Supreme Court of Canadá*, desestimaron sus pretensiones argumentando, entre otras, razones referentes a la discriminación que la aceptación suponía para las madres no trabajadoras, y a la contemplación que ya hacía la normativa del *Income Tax* en el ámbito de las deducciones familiares, a las deducciones por hijos a cargo, que consideraban las únicas aplicables al caso.

¹¹⁷ De manera sintética diremos que el artículo 35 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE de 28 diciembre) y sustituida por el recientemente aprobado Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (BOE 11 de marzo), prevé una deducción en la cuota del 10 por ciento de las cantidades invertidas o los gastos realizados para la prestación del servicio de guardería a los hijos de sus trabajadores por parte de las empresas. Por su parte la Ley de Haciendas Locales, al regular el Impuesto sobre Actividades Económicas, establece: «A efectos de la determinación del elemento tributario. Superficie de los locales» no sólo no se computará, sino que se deducirá específicamente de la superficie correspondiente a los elementos directamente afectos a la actividad gravada: La superficie destinada a guardería o cuidado de hijos del personal o clientes del sujeto pasivo». En ambos casos se pretende compensar la implicación de la empresa en el cuidado de los hijos de sus trabajadores, por lo que entendemos que merecen un juicio favorable.

¹¹⁸ Un resumen de las posiciones mantenidas en este caso se puede ver en: YOUNG, Claire F.L., *Women, tax and social programs: the gendered impact of funding social programs through the tax system*, Status of Women, Canadá, 2000.

4. EL CUIDADO DE PERSONAS ANCIANAS Y DISCAPACITADAS. EL NUEVO RETO DEL DERECHO

4.1. El envejecimiento de la población: una realidad social.

De todos es sabido que una sociedad envejecida es una seria amenaza para la prosperidad de la que disfrutan actualmente los sistemas democráticos avanzados. En este sentido se augura con asiduidad la crisis financiera inevitable de los sistemas de pensiones ante la incierta evolución de cotizantes y pensionistas. Lo que, incipientemente, se está ahora también empezando a destacar es otro problema relacionado con el envejecimiento de la población y que es el del cuidado de las personas mayores, otro aspecto de la conciliación de la vida laboral y familiar. Dado el «papel de segunda» que ocupa en el Derecho del Trabajo todo el peso del cuidado, recae esta cuestión principalmente sobre el ámbito civil, con los problemas que lleva consigo.

Desde la UE se ruega a los Estados miembros y Estados adherentes que alienten la flexibilidad y la diversidad de los servicios de cuidado de niños, de mayores y de otras personas dependientes, con objeto de aumentar las opciones y responder a las preferencias, a las necesidades y a las circunstancias de unos y otros. Asimismo, se critica el hecho de que la asistencia a los ancianos no reciba prácticamente ninguna atención e insta a los Estados miembros a garantizar una oferta adecuada de cuidados de alta calidad para las personas mayores, incluida una ayuda a domicilio por parte de personal que cuente con formación adecuada ¹¹⁹. La poca atención que recibe el cuidado de ancianos entra en contradicción con el envejecimiento de la población en la UE. Los datos que arroja la UE son que entre 1960 y 1999 el porcentaje de personas mayores de 60 años en la población europea aumentó considerablemente, pasando del 16 al 21 por ciento. Se sitúan a la cabeza Italia, Alemania y Grecia. La relación de dependencia de las personas mayores (parte de la población mayor de 60 años con respecto a la población de 20-59 años) pasó del 29,4 en 1960 al 38,6 en 1999 ¹²⁰.

En concreto, España es uno de los países que presenta un mayor y más rápido envejecimiento. Según los Informes del IMSERSO ¹²¹, los mayores de 65 años representaban en el año 2000 el 16,7 por ciento, al año siguiente 2001 eran el 17,12, y se calcula que en el 2020 serán 7.800.000 personas, lo que supondrá el 19,8 por ciento de la población ¹²². En pocos años, por lo tanto, los mayores de 65 años representarán más del 20 por ciento ¹²³.

¹¹⁹ El Gobierno destinó el pasado año 2003 (Resolución de 8 de agosto, BOE de 4 de septiembre) una dotación económica para el cuidado de personas mayores dependientes en su propio domicilio. Fue aprobada en el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales. Se trata de un programa que se desarrollará a través de un sistema de cofinanciación con las Comunidades Autónomas y consiste en una cantidad económica a percibir mensualmente equivalente al 35 por ciento del SMI. Esta iniciativa ya había sido llevada a cabo en alguna Comunidad, como la valenciana.

¹²⁰ Informe sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada, de 23 de febrero de 2004 del Parlamento Europeo (A5-0092/2004).

¹²¹ Informe *Las personas mayores en España*, IMSERSO (2000) y actualización del informe 2002, publicado en 2003. Véase <http://www.seg-social.es/imserso/mayores>

¹²² Para la UE-15 se espera en el 2020 un porcentaje de 20,6 por ciento (*ibid.*, pág. 6). Ya no se habla de pirámide de población, sino más bien, de pilar de población. También según la OMS (2000): en Europa y América el 20 por ciento de la población sobrepasa los 65 años y la española es una de las más envejecida. Según estas predicciones dentro de 25 años alcanzará a un tercio de la población.

¹²³ Según Informe IMSERSO 2002, que recoge datos referidos a enero de 2001, la población total en España era de 41.116.842, de los que son mayores de 65 años: 7.037.553 (17,12 por ciento). En un futuro muy próximo algunas Comunidades Autónomas superarán el 20 por ciento de población envejecida: Aragón, Asturias, Castilla-León y Galicia.

Las causas de este envejecimiento pueden resumirse en la conjunción de dos situaciones: de un lado, el aumento de la esperanza de vida consecuencia de la mejora en la sanidad pública, los importantes avances de la tecnología médica y las mejores condiciones de vida, todo lo cual ha contribuido a un notable descenso de las tasas de mortalidad ¹²⁴. Y de otro lado, la fuerte caída de la natalidad, lo que hace subir el peso proporcional de los mayores en el conjunto de la población ¹²⁵. Una realidad compleja y difícilmente modificable, si no es a través de un fomento más eficaz de la natalidad y de la variable, ésta menos predecible, de la inmigración que se produzca en los próximos años ¹²⁶.

Gran parte de ese colectivo poblacional necesita cuidados. Según el IMSERSO (2000) aproximadamente un 28 por ciento de las personas mayores españolas necesitan atenciones especiales en mayor o menor medida ¹²⁷. El reciente VI Congreso Nacional de Organizaciones de Mayores (Valladolid, octubre 2003) ha dejado constancia de que un millón y medio de mayores de 65 de años requieren en estos momentos algún tipo de ayuda para desarrollar su vida cotidiana.

El *Plan de Acción para personas mayores 2003-2007* del IMSERSO ¹²⁸, pretende incrementar el apoyo público de esta demanda creciente, pero la realidad actual es que los servicios sociales son insuficientes. La red de centros residenciales ¹²⁹ y de centros de día ¹³⁰, se completa con otras prestaciones, como la asistencia domiciliaria o la teleasistencia ¹³¹, esta última creciente, y que pre-

¹²⁴ La esperanza de vida al nacer pasó de 33,9 y 35,7 en los años 1900 para hombres y mujeres, a 74,4, y 81,5 en el año 1995 (IMSERSO 2000, *ibid.*, pág. 6, sobre las fuentes del INE: *Anuario Estadístico de España año 1998*, Madrid, 1999, *Proyecciones de la Población de España calculadas a partir del Censo de Población 1991*, Madrid, INE (1995) y *Tablas de Mortalidad de la población española, 1994-1995*, Madrid, 1998).

¹²⁵ Desde 1981, España está por debajo del nivel de reemplazo (2,1 hijos por mujer) y se situó en los noventa en el 1,1 (*Encuesta de fecundidad*, IMSERSO, 1999).

¹²⁶ Los múltiples enfoques que implica una sociedad envejecida se apuntan en trabajos diversos entre ellos: OLASKOAGA, Jon y PRADO VALLE, Cristina, «La protección social de los ancianos, una compleja realidad», *Revista Fuentes Estadísticas*, núm. 68, septiembre-octubre 2002; *El envejecimiento de la población y protección jurídica de las personas mayores*, Seminario de la Fundación Olof Palme, Barcelona, 2002.

¹²⁷ Y quienes reciben ayuda son fundamentalmente mujeres (69,3 por ciento) más del doble que varones, por el fuerte desequilibrio de género en esas edades. Suele tratarse además de mujeres viudas, uno de los colectivos más importantes en tema de cuidado.

¹²⁸ Véase <http://www.seg-social.es/imserso/mayores>

¹²⁹ Según el IMSERSO, la red residencial es de un total de 4.158 centros que suponen 215.156 plazas, es decir, un número de plazas de 3,19 por cada 100 mayores (Informe IMSERSO 2002, *op. cit.*, datos referidos a enero de 2001). Véase <http://www.seg-social.es/imserso/mayores/>. El desglose de esas cifras es el siguiente: 573 centros públicos (55.289 plazas), 1.055 centros concertados (34.673 plazas) y 2.530 centros privados (125.194 concertados). Puede consultarse en la web del IMSERSO el Informe de esta institución sobre *Servicios sociales para personas mayores en España* (enero 2002).

¹³⁰ El nivel de cobertura de servicios domiciliarios para las personas mayores es del 1,5 por ciento de los mayores de 65 años, uno de los niveles más bajos de toda la UE (Dinamarca cubre el 24 por ciento de los mayores de 64 años, Suecia el 17, Holanda el 9,5 o Reino Unido que cubre el 5,52), véase en GOMEZ TORRALBO, ROSA, «Hacia un equilibrio entre el trabajo productivo y el reproductivo», *op. cit.*, en referencia al estudio realizado por Vicenc NAVARRO y Águeda QUIROGA, «La protección social en España y su desconvergencia con UE», presentado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (septiembre 2003).

¹³¹ La Teleasistencia Domiciliaria es un servicio que, a través de la línea telefónica y con un equipamiento de comunicaciones e informático específico, ubicado en un centro de atención y en el domicilio de los usuarios, permite a las personas mayores o personas discapacitadas, pulsando el botón de un medallón o reloj que llevan constantemente puesto, entrar en contacto verbal, desde cualquier lugar de su domicilio, durante las 24 horas del día, con un centro atendido por profesionales capacitados para dar respuesta adecuada a la necesidad presentada, bien por sí mismos o movilizándolo otros recursos humanos o materiales, propios del usuario o existentes en la comunidad. El IMSERSO y la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) suscribieron en 1993 un convenio-marco para la implantación de un servicio de teleasistencia domiciliaria, al que se pueden adherir las Entidades Locales interesadas en la implantación y desarrollo del Programa en su ámbito territorial. El número de beneficiarios durante el año 2001 fue de 40.289. El IMSERSO abona el 65 por ciento del coste total.

tende dar satisfacción a muchas personas mayores que prefieren continuar en su domicilio, a pesar de que necesitan de atención especial ¹³². Ante estas carencias se está generando una relevante iniciativa privada, bien a través de empresas que han encontrado en este sector su nicho de mercado, bien mediante la contratación de particulares, en gran parte inmigrantes, o bien a través del voluntariado.

Panorama ante el cual la familia sigue siendo un báculo esencial para las personas mayores, por insuficiencia de la propia red de servicios sociales y porque en ella se depositan las expectativas de cuidado, dado que en la sociedad mediterránea los padres aspiran a ser cuidados por los hijos, sobre todo por las hijas, quienes lo consideran una obligación moral ¹³³. Ciertamente, el cuidado informal sigue siendo el pivote sobre el que descansa nuestro bienestar social y ello genera conflictos familiares con bastante frecuencia. El resultado es, en muchos casos, la soledad y el abandono en que viven muchas de estas personas. La falta de atención cercana de la que adolecen se ha puesto de manifiesto en situaciones límite, como la acontecida durante la «ola de calor» vivida el pasado verano ¹³⁴. Incluso cabe añadir, sin pretender caer en el alarmismo, que los casos de maltrato a mayores por parte de sus familiares, de sus cuidadores, son cada vez más frecuentes ¹³⁵. Nuestro Derecho prevé una responsabilidad penal por abandono de familia, pero no parece que la respuesta penal sea la solución al problema ¹³⁶.

4.2. Personas enfermas, incapacitadas y con discapacidad.

Según la *Encuesta sobre discapacidades, deficiencias y estados de salud* (Instituto Nacional de Estadística 1999) hay en torno a 3,5 millones de personas con alguna discapacidad. Las normas laborales que refieren aspectos relacionados con discapacidad tienen por objeto establecer medidas

¹³² El 78,6 por ciento de los mayores no quiere salir de su domicilio para ser cuidado («Cuidados y cuidadores informales», IMSERSO 2000, *op. cit.*, capítulo 8. Ver Informe *Ancianos en casa*, elaborado por la revista *Consumer*, núm. 41, febrero 2001.

¹³³ La misma fuente (IMSERSO, 2000, capítulo 8) arroja datos interesantes como que el 52,2 por ciento de las actuales generaciones de mayores le gustaría que un familiar le cuidase. Es decir, se inclinan por los cuidados informales. De hecho, atendiendo a la situación actual, el perfil de quien cuida es el de una mujer (82,9 por ciento de los casos) de edad entre 45-64 años, de bajo nivel de estudios, que encaja en el perfil de «ama de casa» (50 por ciento) y con bajo nivel de ingresos. Suele ser la hija (38,3 por ciento) y el cónyuge (21,5 por ciento), cuando el que necesita cuidado es el varón. Si es la esposa suele ser la hija o nuera, antes que el esposo. El papel del cuidador suele asumirse por iniciativa propia y el 90 por ciento de los cuidadores consideran una obligación moral que los hijos cuiden a sus padres.

¹³⁴ Según el estudio realizado por MARTÍNEZ-NAVARRO, Simón, SIMÓN SORIA, Fernando y LÓPEZ-ABENTE, Gonzalo, «Valoración del impacto de la ola de calor sobre la mortalidad de los españoles. Verano 2003», Centro Nacional de Epidemiología. *Informe Técnico para el Ministerio de Sanidad*, septiembre de 2003, hubo más de 6.000 muertos.

¹³⁵ Se ha puesto de manifiesto en el Congreso organizado por el Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, que entre un 4 y un 5 por ciento de la población española mayor de 65 años sufre algún tipo de violencia por parte de sus familiares, de quienes dependen física y emocionalmente. En cinco años, los casos de agresiones se han duplicado. Fuente: *ABC* (19/09/03). Asimismo, CALVO GARCÍA, Manuel, «Análisis socio-jurídico de la violencia doméstica», *La Ley* (Diario de noticias: Especial sobre Violencia doméstica), julio 2003, resalta que los casos de violencia contra ascendientes están aumentando de forma considerable en nuestro país.

¹³⁶ *Cfr.* artículos 226 y ss. (delito de abandono de familia, menores e incapaces) y artículo 619 (falta) del Código penal, reformados por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre. Puede citarse la Sentencia de la AP de Barcelona, sección 5.ª, de 2 diciembre de 2003, por la que cuatro miembros de una familia abandonaron a la abuela, afectada de demencia senil, en plena calle ante el desacuerdo acerca de a quién de las hermanas le correspondía su atención y cuidado. Los cuatro familiares (hija, yerno, nieta y novio de ésta) fueron condenados por una falta de omisión de auxilio a una multa de 240 euros y a una indemnización de 1.000 euros por abandonar en la calle a personas de avanzada edad o discapacitadas (art. 619 CP). Los hechos que dieron lugar a esta resolución fueron recogidos ampliamente por los medios de comunicación poniendo en evidencia el escándalo social que entrañaban en sí mismos los hechos, y además por la incongruencia derivada de que el abandono de animales en la Comunidad catalana lleva aparejada mayor sanción que la impuesta en la resolución mencionada.

para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la CE. Dichas disposiciones piensan en el discapacitado como trabajador y le consideran como una persona independiente, con poder de decisión sobre su propia existencia, que participa activamente en la vida de su comunidad, en definitiva, haciéndole ser un trabajador más ¹³⁷. Sin embargo, las normas laborales no contemplan de forma suficiente medidas específicas de conciliación en cuanto a la necesidad que pueden tener estas personas de ser cuidadas.

A lo largo de las últimas décadas hemos asistido a lo que se ha dado en llamar la «desinstitucionalización» de los enfermos a través de una mayor cirugía ambulatoria, el no internamiento de pacientes psiquiátricos, etc. Ello ha supuesto un cierto desplazamiento o desvío de los costes de la asistencia sanitaria hacia las familias. Los datos apuntan a que el 90 por ciento de los cuidados prestados al enfermo recaen en la familia ¹³⁸. Y como dice DURÁN, dentro de la familia, en las mujeres ¹³⁹. Pero el envejecimiento de éstas y la incorporación al mercado laboral de las más jóvenes obliga a replantearse la situación ¹⁴⁰.

Aunque en el *Plan Integral de Apoyo a la Familia (2001-2004)* no existía una atención especial a las situaciones de discapacidad, en el año 2003, Año Internacional de las Personas con Discapacidad, se han aprobado diversas leyes, además del *II Plan de Acción para las personas con discapacidad (2003-2007)* ¹⁴¹. Entre las nuevas normas, destacaremos aquí la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, cuyo artículo 8 establece, respecto a las medidas específicas en el marco de protección de la familia, que los poderes públicos adoptarán medidas especiales de acción positiva respecto de las familias en las que alguno de sus miembros sea uno de ellos ¹⁴². Asimismo analiza-

¹³⁷ Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE de 3 de diciembre).

¹³⁸ Varias Comunidades autónomas tienen programas de «respiro familiar» para aliviar la carga de cuidado que asumen las familias que conviven con enfermos, por ejemplo, de Alzheimer.

¹³⁹ Véase DURÁN HERAS, M.ª, Ángeles, *Los costes invisibles de la enfermedad*, 2.ª ed., Fundación BBVA, 2002. Se trata de un importante trabajo dado que hasta ahora la evaluación de los costes de la enfermedad se había realizado siempre sobre los sanitarios y el propio sistema de salud (el coste de la asistencia hospitalaria, el de los fármacos, las intervenciones...), pero ha faltado hasta ahora un análisis del impacto de la enfermedad sobre la población. Se ha minusvalorado la repercusión sobre la población de las nuevas necesidades de cuidados de los enfermos. En este estudio la autora realiza un análisis comparativo entre los costes estrictamente monetarios derivados del cuidado de la salud y de la enfermedad, y los costes no monetarios (especialmente los costes subjetivos de pérdida de autonomía y capacidad de decisión de los propios enfermos, y los consumos de tiempo debidos al impacto de la enfermedad en el enfermo y en las personas de su entorno). También analiza la evolución temporal de algunos indicadores decisivos que permiten anticipar los problemas y demandas sociales para los próximos años.

¹⁴⁰ En opinión de DURÁN, *ibid.*, si tan sólo el 10 por ciento de los cuidados en el hogar, se traspasaran a la Seguridad Social, ésta aumentaría en un 70 por ciento su presupuesto para personal.

¹⁴¹ Aprobado por el Consejo de Ministros el 5 de diciembre de 2003. Puede verse en <http://www.seg-social.es/imserso/discapacidad>

¹⁴² En el artículo 9 del mismo texto se enuncia de forma no exhaustiva y con naturaleza de mínimos algunas de ellas, tales como apoyos complementarios y normas, criterios y prácticas más favorables. Los apoyos complementarios podrán ser ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios auxiliares para la comunicación (sistemas aumentativos y alternativos, sistemas de apoyos a la comunicación oral y lengua de signos u otros dispositivos que permitan la comunicación). Para la efectividad de estas medidas se establece la participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias en la preparación, elaboración y adopción de las decisiones que les conciernen dentro de los órganos de la Administración Pública relacionados, participativos y consultivos, relacionados con las materias que tengan incidencia en esferas de interés preferente para personas con discapacidad y sus familias.

remos la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad ¹⁴³, una disposición de Derecho privado que trata de garantizar que el propio patrimonio del discapacitado o el de su familia puedan quedar vinculados a su cuidado ¹⁴⁴. A ello responde la creación del llamado «patrimonio especialmente protegido» y la importante reforma del Derecho de sucesiones que esta ley lleva a cabo. Pero antes comenzaremos con el análisis de la conciliación de la vida familiar y laboral en este campo.

4.3. Conciliar la vida familiar y laboral con una persona a cargo (mayor o discapacitado). Un olvido laboral.

Tal y como antes hemos referido, la compatibilización del cuidado de una persona mayor o de un discapacitado con la realización de un trabajo se convierte en un verdadero problema para el cuidador, la gran mayoría de las veces cuidadora, dado que el Derecho del Trabajo, no consciente todavía de la realidad social, prevé muy escasas medidas al respecto. Antes de entrar en el análisis de cada una de ellas debemos partir de la idea de que para el acceso a las mismas es necesaria la concurrencia de dos requisitos en la persona que necesita cuidado: que no trabaje y que necesite ser cuidada. Creemos que el requisito de la falta de trabajo debe ser interpretado de forma flexible, tal y como se hace jurisprudencialmente con el concepto de «hijo a cargo» a efectos prestacionales ¹⁴⁵, que tiene en cuenta para entender que continúe a cargo del beneficiario la cuantía de los ingresos que recibe, y si éstos cubren o no el mínimo vital de subsistencia. Entendiendo que es «hijo a cargo» y vive a expensas del cuidador cuando dichos ingresos no superan el 75 por ciento del SMI (aplicando por analogía lo dispuesto en otras prestaciones como la de desempleo).

¹⁴³ Su título completo es el de Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad (BOE de 19 de noviembre). La ley (art. 2) considera como «persona discapacitada» aquella que tiene una minusvalía psíquica de 33 por ciento o más, o minusvalía del 65 por ciento, si es física o sensorial. Un comentario general de la ley en: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «La protección patrimonial de las personas con discapacidad», *Diario Jurídico Aranzadi*, 15 diciembre de 2003.

¹⁴⁴ Otras normas aprobadas son la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE 3 de diciembre) y la ley 53/2003, de 10 de diciembre sobre empleo público de discapacitados (BOE de 11 de diciembre) en transposición de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de diciembre de 2000. Así mismo, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE de 31 diciembre), incorpora en el capítulo II, sección tercera, medidas para la aplicación real y efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación, entre otras razones, por discapacidad. artículos 34-38. A tal objeto se modifica el Estatuto de los trabajadores [art. 4.2 apartados c) y e) art. 16.2] y la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración social de los Minusválidos (art. 37 y nuevo 37 bis).

¹⁴⁵ La cuestión debatida en el recurso de casación para la unificación de doctrina resuelto por sentencia del TS sala 4.ª de 19 de noviembre de 2003 (*Diario La Ley* de 26 de febrero de 2004) se centra en dilucidar si el causante que está prestando servicios por cuenta ajena puede tener, en todo caso, la condición de hijo a cargo. Planteados de esta forma los términos del debate, dice el Alto Tribunal que la interpretación del artículo 2.3 del Real Decreto 1368/1985 cuando excluye del concepto de hijo a cargo al que trabaja por cuenta ajena o propia, no puede hacerse con carácter general y formalmente prescindiendo que la finalidad de la contratación de trabajadores minusválidos es su integración en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido, cuando el minusválido no pueda provisional o definitivamente ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales a través de su ocupación en Centros Especiales de Empleo, según su capacidad de trabajo sea igual o superior a un porcentaje de capacidad habitual que se fijará en la norma que lo regula (red 1388/85), y del trabajo que, en su caso se realiza, sin que baste para negar la prestación que se trabaje por cuenta ajena, cualquiera que sea la naturaleza de la relación laboral. Lo que hay que tener en cuenta, a juicio del TS, para entender que continúa a cargo del beneficiario, es la cuantía de los ingresos que recibe y si éstos cubren o no el mínimo vital de subsistencia entendiendo que es hijo a cargo y vive a sus expensas cuando dichos ingresos no superan el 75 por ciento del SMI (aplicando por analogía lo dispuesto en otras prestaciones como la de desempleo).

a. Reducción de jornada y excedencias.

Es posible la reducción de jornada tanto por atención de un minusválido físico, psíquico o sensorial como 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, y que no desempeñe actividad retribuida (art. 37.5 del ET). A esta posibilidad de reducción de jornada debemos aplicar las críticas antes mencionadas respecto a la reducción de jornada por cuidado de hijos. Por su parte, el artículo 46.3 del ET contempla que *tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a un año, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar, hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida*»¹⁴⁶. La excedencia por cuidado de familiares no se contempla como período de cotización ficticia y sí la excedencia por cuidado de hijos durante el primer año que, como se ha visto, se regula como prestación por hijo a cargo, a pesar de ser ambas situaciones asimiladas al alta. Por otro lado, no está claro si se podría otorgar la suspensión tanto al padre como a la madre en el caso de que ambos trabajasen y lo solicitaran, a diferencia del supuesto de excedencia por cuidado de hijos en el que no se plantea problema alguno al respecto¹⁴⁷. Triste es que el legislador considere aún que el cuidado de familiares no es una necesidad social (dado el tratamiento que la otorga) y acepte la regulación actual con las insuficiencias y limitaciones mencionadas, trasladando toda la carga del cuidado en exclusiva al ámbito privado que acaba casi siempre recayendo sobre la mujer.

b. Despido objetivo.

La extinción del contrato de trabajo por causa objetiva (art. 53.2 del ET) incorpora un derecho de preaviso de 30 días al trabajador despedido y una licencia de 6 horas semanales, con el fin de que éste pueda, sin pérdida de retribución, encontrar nuevo empleo. En el caso de despido de incapacitado con representante legal, la licencia le corresponde a éste, lo que resulta llamativo puesto que es una empresa distinta (salvo que ambos trabajen en la misma) a la que realiza el despido la que ha de hacerse cargo de dicha licencia retribuida.

c. Políticas de servicios.

El Estado debe incrementar las plazas de centros de día para el cuidado de personas mayores y personas dependientes, y subvencionar la existencia de ambos tipos de centros. Estas carencias resultan una sobrecarga para las familias, en particular para las mujeres, que se ven sometidas a una doble o triple jornada laboral, con graves consecuencias para su salud física y mental.

¹⁴⁶ Modificado por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (BOE de 3 de diciembre). También se modifica el segundo párrafo del artículo 29.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública de la siguiente manera: «También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a un año, los funcionarios para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida».

¹⁴⁷ LÓPEZ GANDÍA, Juan, «Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencias», *op. cit.*, págs. 51 y ss.

d. Negociación colectiva.

La dependencia vinculada al envejecimiento y a la discapacidad debería ocupar un papel destacado en la regulación de la conciliación de la vida familiar y laboral por la negociación colectiva de los permisos, excedencias y otro tipo de ayudas vinculadas a la maternidad, paternidad y otras responsabilidades familiares. La realidad, sin embargo, es que los permisos y excedencias relacionadas con el cuidado de familiares son obviados en los convenios colectivos ¹⁴⁸.

e. Fomento de empleo.

En las medidas de fomento de empleo no se contemplan bonificaciones por la incorporación a jornada completa tras la reducción de jornada, sea por cuidado de hijos o cuidado de familiares (art. 37 del ET), ni tampoco bonificaciones por la reincorporación tras la excedencia por cuidado de otros familiares y no sólo del hijo (art. 46.3 del ET) ¹⁴⁹.

Como consecuencia de la insuficiencia de las medidas de conciliación y de la red pública de servicios sociales, el cuidado de personas dependientes presenta grietas importantes en nuestra sociedad. Ello es más grave aún si se tiene presente la evolución del envejecimiento, y no extraña que el legislador fomente diferentes instrumentos jurídicos en los que el propio individuo pueda articular su propio cuidado. Esta política legislativa puede interpretarse en el sentido de que el propio Estado anticipa que no puede hacer frente a un sinnúmero de necesidades de una población dependiente que crece de manera progresiva. Si bien, de otra parte, cabe ver en ella la luz del individualismo que resurge con fuerza en los últimos tiempos ¹⁵⁰. A esas fórmulas jurídicas podríamos incluirlas bajo la expresión genérica de «autoprotección».

¹⁴⁸ Informe sobre negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres (sesión ordinaria del Pleno de 22 de octubre de 2003).

¹⁴⁹ LÓPEZ GANDÍA, Juan, «Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencias», *op. cit.*, pág. 50.

¹⁵⁰ En ese sentido de respeto a la autonomía de la voluntad en el ámbito sanitario, puede citarse el llamado «testamento vital» o las «instrucciones previas» del artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (BOE de 25 de noviembre), según el cual «por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud, o una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante puede designar, además, un representante para que llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas». Otras normas sobre testamento vital o voluntad vital anticipada son: Ley de Andalucía 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada; Ley de Aragón 6/2002, de 15 de abril, de salud; Ley de Cantabria 7/2002, de 19 de diciembre, de ordenación sanitaria.; Ley Foral de Navarra 29/2003, de 4 de abril, sobre derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica; Ley de Galicia 3/2001, de 28 de mayo, sobre consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; Ley del País Vasco 7/2002, de 12 de diciembre, sobre ordenación sanitaria; Ley de Cataluña de testamento vital, 21 de diciembre de 2000. Pueden verse sobre el tema, entre otros: PALOMARES BAYO, Magdalena, *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital*, Comares, Granada, 2002; LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *Testamento vital y voluntad del paciente*, Dykinson, Madrid, 2003.

4.4. La alternativa: la autoprotección de las personas mayores dependientes.

Diversas fórmulas jurídico-privadas ofrecen a la persona una vía de solución a su situación de dependencia presente o futura, y sobre algunas de ellas actúan los poderes públicos (locales, autonómicos) en orden a darles cobertura social y a dotarles, en ocasiones, de medios económicos y personales que faciliten e impulsen el recurso a los mismos. Mencionamos a continuación las siguientes:

4.4.1. *Contratos de convivencia.*

Se trata de acuerdos privados en los que el mayor ofrece su vivienda a otra persona en la que ésta se aloja con ella y se compromete asimismo a darle compañía, apoyo y cuidado en diversos grados. En el ámbito autonómico, Cataluña aprobó la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua¹⁵¹, que regula las situaciones de convivencia de personas que, sin constituir una familia nuclear, comparten una misma vivienda, unidas por vínculos de parentesco o de simple amistad o compañerismo, y que ponen en común elementos patrimoniales y trabajo doméstico, con voluntad de ayuda mutua y de permanencia. El propio Preámbulo contempla la actual situación de envejecimiento y entiende que esta norma pretende aportar una solución para muchas personas mayores que resuelvan de esta manera su situación de dependencia, evitando «su aislamiento en instituciones geriátricas»¹⁵². Puede ser el caso de varios ancianos que vivan juntos, o bien uno o más mayores con alguien no dependiente.

4.4.2. *Programas de convivencia de estudiantes con personas mayores.*

Un ejemplo de este tipo de acuerdos privados son los que coordinan numerosas Universidades a través de lo que llaman «programas de convivencia de estudiantes con personas mayores». Este sistema permite al estudiante conseguir alojamiento gratuito durante el curso. Los servicios sociales intervienen para localizar a las personas mayores que pueden acceder a esta iniciativa y la administraciones locales suelen conceder una ayuda económica, a veces a la persona mayor y en otras también al alumno, sobre todo si la persona mayor requiere una atención especial.

4.4.3. *El acogimiento de personas mayores.*

Una importante alternativa al internamiento residencial de la persona mayor es el acogimiento familiar. Esta institución regula la convivencia en la misma vivienda habitual originada por la acogida que una persona o pareja ofrecen a una persona o pareja mayor, en condiciones parecidas a las relaciones que se producen entre ascendientes y descendientes. El acogimiento se produce a cambio de una contraprestación periódica en dinero y/o bienes. La vivienda puede ser la de las personas acogedoras o la de las acogidas, con el objeto de que los primeros cuiden de los segundos, les den alimentos, les presten asistencia, procuren su bienestar y les atiendan en situaciones de enfermedad.

¹⁵¹ BOE 35/1999, 10 de febrero de 1999.

¹⁵² La ley regula los efectos de la extinción de la convivencia respecto a la vivienda, compensaciones por razón del trabajo y una pensión periódica en caso de defunción (arts. 6, 7 y 8).

Diversas Comunidades Autónomas prestan atención a esta fórmula jurídica que podríamos considerar intermedia entre el internamiento en un centro público o privado, y la atención por parte de su propia familia. Dos de ellas, Cataluña y Navarra han aprobado sendas leyes que regulan el acogimiento de mayores: la Ley catalana 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores, que posteriormente a través de la Ley 11/2001, de 13 de julio, se reguló como servicio social, a fin de conseguir un mayor grado de bienestar para las personas mayores que solicitan dicho servicio ¹⁵³; y la Ley foral navarra 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores ¹⁵⁴. Asimismo, otras Comunidades regulan a través de órdenes y decretos los programas de acogimiento familiar y las prestaciones económicas a las que tiene el derecho el mayor para financiar la contraprestación que deba abonar a quien le acoge ¹⁵⁵.

El acogimiento se presenta como forma de evitar su internamiento en instituciones geriátricas, cuando ésta no sea la solución adecuada ni la que ellas desean, y de impedir que queden solas y desarraigadas del núcleo de convivencia. Mecanismo jurídico bien utilizado en otros países en los que existe más arraigo que el nuestro ¹⁵⁶. Y algunas de estas Comunidades, como Cataluña (art.1 ¹⁵⁷), prevén el acogimiento no sólo por razón de edad, sino también de discapacidad.

De todas las normas y programas autonómicos existentes destaca la regulación catalana, porque prevé importantes efectos sucesorios si la convivencia ha durado como mínimo cuatro años. Si quien fallece intestado es la persona acogida, la persona acogedora tiene derecho a una cuarta parte del valor de la herencia, si existen descendientes, cónyuge, ascendientes, o colaterales hasta el segundo grado. En su defecto, tiene derecho a toda la herencia. En el caso de sucesión testada, la acogedora tiene derecho también a la cuarta parte ¹⁵⁸. Estas consecuencias jurídico-civiles son de gran importancia porque entre la persona mayor y quien le acoja no debe mediar relación de parentesco (algunas Comunidades permiten que exista relación de parentesco, como Asturias, pero en tal caso, debe ser más allá del tercer grado), y por tanto puede que éste adquiera expectativas sucesorias junto con los familiares o en defecto de éstos. Familiares que, en los términos previstos en los artículos 142 y 143 del CC deben cumplir con una obligación de alimentos, pero que legalmente ello no entra-

¹⁵³ BOE 29/2001, de 2 de febrero y BOE 206/2001, de 28 de agosto, respectivamente.

¹⁵⁴ BOE de 15 de enero de 2003. También configura igual que la ley catalana el acogimiento de personas mayores como servicio social de «responsabilidad pública para garantizar a los usuarios y usuarias una adecuada atención personalizada en ámbito familiar y la permanencia en su entorno comunitario» (art.5).

¹⁵⁵ JIMÉNEZ-AYBAR, Iván y CAPARRÓS CIVIERA, Neus, «El acogimiento familiar de adultos mayores en España», en <http://www.redadultosmayores.com> e *Idem*, *El acogimiento familiar: aspectos jurídicos y sociales*, Madrid, 2001. Apuntan los autores que la primera provincia en la que se introdujo fue en Guipúzcoa. Así la Orden 3/1993, de 12 de enero de la Consejería de Integración Social de Madrid (BO 20 de enero); el Decreto 225/1994, de 7 de julio, de la Consejería de Galicia correspondiente (BO 22 de julio); Decreto 38/1999, de la Consejería de Asturias (DO 2 de agosto); Decreto 331/1995, de 3 de noviembre, de Valencia (DO 11 de diciembre); y otras Comunidades como Valencia, Baleares, entre otras.

¹⁵⁶ Un estudio riguroso de Derecho comparado sobre las distintas formas de protección de las personas ancianas disminuidas puede verse en RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, «Curatelas y otras formas posibles de protección de personas ancianas disminuidas», en el Congreso «Tutela institucional: la protección del incapaz», Bilbao, 2002 (ed. Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 2003). Véase al respecto la Ley francesa 89-475, de 10 de julio de 1989, relativa a «à l'accueil par des particuliers, à leur domicile, à titre onereux, de personnes âgées ou handicapées adultes» y Decreto 90-503, de 22 de julio de 1990.

¹⁵⁷ Según el artículo 3 las personas acogidas no pueden ser menores de 65 años, y el de menos edad debe tener, como mínimo, quince años más que la persona acogedora de más edad. Ahora bien este requisito de la diferencia de edad no es necesario si una de las personas acogidas es discapacitada física o psíquica o requiere atenciones especiales.

¹⁵⁸ Artículos 8-9 de la ley. Además, la ley regula los efectos de la extinción de la acogida respecto a la vivienda, compensaciones por razón del trabajo (arts. 6 y 7) como lo hace la Ley de situaciones convivenciales de ayuda mutua.

ña una atención directa de cuidado, sino que podría hacerse efectiva mediante una prestación económica, algo insuficiente en muchos casos, en los que el mayor lo que necesita es la convivencia y la asistencia diaria en la satisfacción de las necesidades vitales. A este fin, ha de decirse que el acogimiento familiar da una buena respuesta a esta demanda.

4.4.4. Contratos de vitalicio o de alimentos ¹⁵⁹.

También a través de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial a la persona con discapacidad, se ha regulado el contrato de vitalicio o de alimentos ¹⁶⁰. Un contrato frecuente en la práctica, pero que sin embargo hasta ahora carecía de regulación. Se define este contrato como aquel por el cual «una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos» (art. 1.791 CC) ¹⁶¹.

Estamos ante un tradicional instrumento jurídico al que suelen acudir las personas mayores que no pueden satisfacer por sí solas sus necesidades vitales y que ha generado una notable jurisprudencia en los supuestos de incumplimiento por parte de alguna de las partes contractuales pasado cierto tiempo de su celebración ¹⁶².

No es casualidad que tras más de un siglo de ser un contrato atípico, el legislador se acuerde del mismo en estos momentos. Como dice la propia Exposición de motivos se pretende ofrecer a personas con discapacidad, y en general, a las personas con dependencia, como los ancianos, una forma de satisfacer sus necesidades vitales a través de la autonomía privada. Es inevitable ver en estas palabras un reconocimiento tácito de la insuficiencia pública para responder a la demanda progresiva de servicios sociales, que debe cubrirse necesariamente a través de la iniciativa individual.

4.4.5. La autotutela ¹⁶³.

La misma ley de la que venimos hablando regula la posibilidad que tiene cualquier persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su futura incapacidad. Tal y como expresa el legislador, esto es muy importante en el caso de enfermedades degenerativas, que afectan principalmente a personas de cierta edad.

¹⁵⁹ Sobre el contrato de alimentos, entre otros, NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a Carmen, *El contrato de alimentos vitalicio*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

¹⁶⁰ BOE de 19 de noviembre de 2003. El artículo 12 de la ley da contenido a los artículos 1.791-1.797 CC, hasta ahora vacíos de contenido (fueron derogados con ocasión de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre el contrato de seguro) y pasan a contener ahora el contrato de vitalicio.

¹⁶¹ Junto a este contrato, ya se regulaba en el Código Civil, el de renta vitalicia (arts. 1.802-1.808) por el que una de las partes se obliga a pagar una pensión o rédito anual durante la vida de una o más personas a cambio de un capital en bienes muebles o inmuebles, cuyo dominio se le transmite con la carga de la pensión.

¹⁶² Puede citarse la STS de 9 de julio de 2002 (AC núm. 1, 2003).

¹⁶³ Sobre la autotutela tras la Ley 41/2003, véase FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.^a Begoña, «La autotutela», AC, núm. 41, 4-10 nov. 2003; VAQUER ALOY, Antonio, «La autotutela en el Código Civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *La Ley*, núm. 5.961, 24 de febrero de 2004.

De esta manera se altera el orden de delación de la tutela previsto en el Código Civil, prefiriendo, en primer lugar, a quien designe el tutelado, sin perjuicio de la facultad de variación del juez si así conviene al interés del incapacitado, en el caso de que hayan sobrevenido circunstancias que no fueron tenidas en cuenta cuando se hizo la designación ¹⁶⁴. Además la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces asume por ministerio de la ley la tutela cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Y se considera tal la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material ¹⁶⁵.

4.5. La protección patrimonial de las personas con discapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

4.5.1. El patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad.

Una de las novedades más importantes de esta ley consiste en crear lo que se llama el «patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad»(arts. 1-8). El legislador parte de que efectivamente es una realidad la supervivencia de muchos discapacitados a sus progenitores, debida entre otras razones, a la mejora de asistencia sanitaria y nuevas formas de discapacidad como las lesiones cerebrales y medulares por accidentes de tráfico, enfermedad de Alzheimer,...» que hacen aconsejable que la asistencia económica al discapacitado no se haga sólo con cargo al Estado o a la familia, sino con cargo al propio patrimonio en previsión de otras fuentes para costear los gastos que deben afrontarse» (Exposición de motivos).

Ese patrimonio consiste en que la propia persona con discapacidad o su familia cree un fondo de bienes o derechos, una masa patrimonial que queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de aquélla, y que aunque no tiene personalidad jurídica propia, los bienes y derechos que lo integran se someten a un régimen de administración y supervisión específico. La ley lo configura como un patrimonio de destino ¹⁶⁶, por cuanto las aportaciones que se hagan tienen como finalidad la satisfacción de sus necesidades vitales. La constitución del mismo puede corresponder a la propia persona, o si no tiene capacidad de obrar, a sus padres, tutores, curadores o su guardador de hecho en el caso de personas con discapacidad síquica. Para su creación es neces-

¹⁶⁴ Se regula en el artículo 9 de la ley que modifica los artículos 223, 234 y 239 del CC. Véase la regulación en la Ley 9/1998, de 15 de julio (Código de Familia de Cataluña).

¹⁶⁵ Ver las ponencias presentadas con ocasión del Congreso sobre: «Tutela institucional: la protección del incapaz», *op. cit.* Asimismo, SERRANO GARCÍA, Ignacio (coord.), *La protección jurídica del discapacitado. I Congreso regional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

¹⁶⁶ Ver comentario de MARTÍN SANTISTEBAN, Sonia, «El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al "trust"?»; *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 612, 19 febrero 2004, págs. 1-7.

ría una aportación inicial y cualquier persona con interés legítimo puede realizar aportaciones a título gratuito ¹⁶⁷. Se establece un régimen de administración, que prevé la autorización judicial y la supervisión institucional por el Ministerio Fiscal ¹⁶⁸.

Por lo tanto, esta masa no se nutre de fondos públicos, sino de los del propio afectado por la discapacidad o de quien los aporte a título gratuito. Por ello, es una medida de protección principalmente para el discapacitado con recursos propios o familiares. La ley expresamente dice que uno de los factores que más repercuten en el bienestar de la persona en estas circunstancias es la existencia de medios económicos a su disposición. El problema es que no todos tienen esos medios. De hecho, la mayor parte de personas discapacitadas en España son mujeres ¹⁶⁹ y son éstas las que reciben la mayor parte de las pensiones no contributivas ¹⁷⁰, de modo que este sector poblacional difícilmente puede encontrar en este instrumento una solución a su situación, algo que la ley no contempla ¹⁷¹.

4.5.2. Medidas sucesorias en relación a incapacitados y personas con discapacidad ¹⁷².

De otra parte, esa misma ley afronta varias reformas del Derecho de sucesiones que han despertado notable interés:

- 1.º La primera y una de las más relevantes, es la de incluir un nuevo motivo de indignidad sucesoria (art. 756 CC). No podrán suceder abintestato al discapacitado quienes no le han prestado las atenciones debidas durante su vida, entendiendo por tales los alimen-

¹⁶⁷ Aportaciones a título gratuito que tienen un tratamiento fiscal muy favorable dado que la Ley 41/2003 modifica la normativa tributaria, reforzando los importantes beneficios fiscales que, a favor de las personas con discapacidad ha introducido la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por las que se modifican las Leyes del Impuesto sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes (arts. 15-17 de la Ley 41/2003).

¹⁶⁸ Se contempla la creación de una Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, como órgano externo de apoyo, auxilio y asesoramiento de este Ministerio. Como así ha sucedido por el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de dicha Comisión adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (BOE núm. 32, 6 de febrero).

¹⁶⁹ Según la *Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud* (INE, 1999 y 2001) más de la mitad son mujeres (58 por ciento, que representan las 2.055.250 mujeres con alguna discapacidad) y a partir de los 45 años, el número de mujeres con discapacidades supera al de los hombres en un 60 por ciento. Véase <http://srv-tt.tt.mtas.es/imserso/EncDisca2.pdf> Así se puso también de manifiesto en el I Congreso Internacional sobre mujer y discapacidad (Valencia, 27 de febrero de 2003). Las mujeres con discapacidad intentan hacer valer su situación desde los años noventa. El «Grupo de Redacción sobre la discriminación en torno a las mujeres con Discapacidad» en el que hay representantes españoles, que pertenece al *Comité pour la réadaptation et l'intégration des personnes handicapées* (CD P-RR) del Consejo de Europa elaboró un documento (1997): *Manifiesto de las mujeres con discapacidad en Europa* (ver en *Libro de Buenas Prácticas «Mujer y Discapacidad»*, ed. IMSERSO, 2000, y en el Servicio de información sobre discapacidad del IMSERSO (<http://sid.usad.es>)).

¹⁷⁰ Véase las publicaciones: *La protección económica de las personas con discapacidad*, IMSERSO, 2000 y 2001 (véase anexo 16) y el estudio *Indicadores de exclusión social de mujeres con discapacidad*, coord. por M.ª Carmen RIU. El IMSERSO incorpora e impulsa el desarrollo de políticas transversales dirigidas a las mujeres con discapacidad desde 1998.

¹⁷¹ A partir de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración de impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno (BOE núm. 246, 14 de octubre), que modifica el artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, en el procedimiento de elaboración de proyectos de ley se llevará a cabo un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar.

¹⁷² Sobre el tema: PEREÑA VICENTE, Montserrat, «El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado», *La Ley*, núm. 5.957, 18 febrero 2004.

tos legales ¹⁷³. Y como quienes son llamados a suceder abintestato son personas que integran la familia, aun en un sentido amplio, entendemos que ésta puede ser una vía indirecta para reforzar el cumplimiento de esta obligación, en definitiva, para consolidar civilmente la red de solidaridad familiar a la que se ven abocados para su cuidado. En realidad es una «sanción» para quien no cuide a su pariente discapacitado, ya que no podrá sucederle tras su muerte ¹⁷⁴.

- 2.º Otra importante medida es la de permitir gravar la legítima estricta de los herederos forzosos. Se trata de que los padres o ascendientes puedan vincular en testamento todos los recursos patrimoniales de la familia al cuidado del incapacitado. Es una reforma muy importante porque un principio básico de nuestro derecho era la intangibilidad de la legítima y puede que por esta vía se prive, *de facto*, de toda expectativa sucesoria al resto de los coherederos no incapacitados. Es posible que éstos no hereden nada, a pesar de que se encuentren en una situación de necesidad ¹⁷⁵. Con independencia de cuál sea la utilización práctica de esta nueva medida, lo cierto es que el Estado está poniendo de manifiesto su incapacidad para garantizar la protección patrimonial de esas personas, y deja en las familias la dotación de recursos necesarios para ello.
- 3.º Por si fuera poco, pensando en que la persona con discapacidad vive habitualmente con sus progenitores, que la cuidan hasta su fallecimiento, y ante la insuficiencia de centros públicos especiales suficientes donde puedan residenciar tras su muerte, el legislador establece que pueda continuar residiendo en la que era su vivienda habitual, y crea un legado legal del derecho de habitación ¹⁷⁶.
- 4.º Asimismo, el testador podrá otorgar al cónyuge superviviente amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos y descendientes comunes ¹⁷⁷. Esto permite no precipitar la partición, lo que puede ser de interés si hay un hijo o descendiente con discapacidad, y aplazarla a un momento posterior, teniendo en cuenta nuevas circunstancias y necesidades. Estamos ante otro instrumento más de los que se dota a la familia para que sea ella quien vele por la persona discapacitada.

¹⁷³ Alimentos legales en los términos de los artículos 142 y 146 del CC, y ello aunque el sucesor no fuera una de las personas obligadas legalmente a prestarlos. Esta medida está prevista para los discapacitados (art.13). La ley no habla de incapacitado. Como dice PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, pág. 2, cuesta entender cuáles son los criterios seguidos por el legislador para tal discriminación. No es lo mismo discapacitado, que incapacitado, que sólo lo es quien así lo determine el juez para quien concurra los presupuestos del Código Civil y conforme al procedimiento previsto en la LEC, ver al respecto: CASTELLANO ARROYO, M.ª y otros, «El internamiento psiquiátrico compulsivo y la incapacitación en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil», *Actualidad Civil*, núm. 26, 23-29 junio 2003; LOPEZ FRIAS, M.ª Jesús, «Algunas notas sobre la graduación de la incapacitación en beneficio del incapacitado», *Actualidad Civil*, núm.13, 24-30 marzo 2003; HUERTAS MARTÍN, Isabel, *El proceso de incapacitación en la Ley 1/2002 de Enjuiciamiento Civil*, Comares, Granada, 2002; CHIMENO CANO, Marta, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

¹⁷⁴ Ha despertado interés esta reforma sucesoria incluso en la prensa europea. *Cfr.* en relación con el proyecto de ley: *The Guardian*, 18/02/03.

¹⁷⁵ Artículos 808 y 782 del CC. *Cfr.* artículo 831 del CC sobre intangibilidad de la legítima.

¹⁷⁶ Artículo 822.2.º del CC. Además el artículo 822.1.º dice que la «donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad» se dispensa de cómputo y colación a efectos de cálculo de legítima. No tiene carácter forzoso porque si el testador lo excluye, no procederá. Y el legado legal de habitación no excluye a los demás legitimarios que podrán continuar viviendo en la vivienda porque la ley concede ese legado a quien lo necesite y sería compatible con el derecho que corresponda al cónyuge viudo.

¹⁷⁷ Artículo 831 del CC. Se permite también en supuestos de convivencia de hecho.

5.º Por último, se dispensa de colación los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad ¹⁷⁸. Pensemos en avances técnicos y médicos, cada vez más costosos, que no son sufragados por las instituciones públicas más que en una mínima parte, y es el patrimonio familiar el que debe hacer frente a los mismos si quiere, y puede, proporcionar al discapacitado el mayor confort posible.

En suma, una serie de medidas novedosas, bienintencionadas por cuanto persiguen garantizar el bienestar económico de este colectivo de personas, pero desacertadas por la vía elegida, dado que es dudoso que el derecho sucesorio sea la mejor vía para hacerlo ¹⁷⁹. Aunque en vida también el vitalicio puede ser una forma para que los padres del discapacitado articulen su cuidado para cuando ellos fallezcan ¹⁸⁰. Por otro lado, una cosa es ofrecer a la familia instrumentos para garantizar que el patrimonio pueda subvenir a la atención de los miembros con discapacidad, y otra eliminar toda expectativa sucesoria de los que no lo son.

En todo caso, amén de la articulación de estas nuevas vías en las que el legislador facilita que el propio discapacitado o sus parientes puedan vincular patrimonialmente recursos para su atención, de ningún modo puede eludirse el compromiso que los poderes públicos tienen con este colectivo (art. 49 de la Constitución).

4.6. Reflejo en la norma fiscal del cuidado informal.

La función del sistema fiscal no sólo consiste en ser fórmula de recaudación de dinero público, sino también en ser mecanismo de realización de la política económica. Esto lo ha tenido muy presente el legislador tributario al plantearse el tratamiento fiscal del cuidado. Para corroborar esta afirmación, basta con observar cómo en los últimos años se han multiplicado las previsiones tributarias referidas a fomentar y mimar las iniciativas destinadas a la prestación de servicios de cuidado, o mejor dicho, como veremos enseguida, a fomentar y mimar *algunas* iniciativas destinadas a la proporción de cuidados ¹⁸¹. Esta preocupación ha surgido, principalmente, en el momento en que la mujer ya no puede atender estas necesidades por resultar incompatibles con el desarrollo de una actividad profesional remunerada ¹⁸².

¹⁷⁸ Artículo 1.041 CC.

¹⁷⁹ Apunta PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, pág. 4, las diferencias de derecho sucesorio dentro de territorio español. Sería mejor a su juicio una ley integral, para hacer realidad el artículo 49 y el artículo 9.2 de la Constitución, en el sentido de que la igualdad entre los ciudadanos sea real y efectiva.

¹⁸⁰ La propia Exposición de motivos de la ley 41/2003, menciona que el vitalicio puede ser también de utilidad para que los padres de una persona con discapacidad, sean los que transmitan al alimentante el capital en bienes muebles o inmuebles en beneficio de su hijo o hija, a través de una estipulación a favor de tercero (*ex art. 1.257 CC*).

¹⁸¹ Como acertadamente afirma María Jesús IZQUIERDO en relación con las conclusiones del Informe SOCCARE y la preocupación política y social por el cuidado desde principios de los años 90: «Se ha comprendido lo importante que es el cuidado de los viejos y de los niños precisamente cuando las mujeres denuncian el irresponsable abandono de esas tareas a alguien a quien, por hacerlas, se le niega el estatuto de ciudadana.» IZQUIERDO, María Jesús, «Del sexismo y la mercantilización del cuidado a su socialización: hacia una política democrática del cuidado», *op. cit.*

¹⁸² Gosta ESPING-ANDERSEN sintetiza todo este planteamiento en una pregunta: «¿Cómo conseguir que la mujer desarrolle su carrera sin perjudicar a la sociedad?» (*Informe sobre las perspectivas de la política socialdemócrata*, en www.globalpress.org/castella/aportaciones/andersen.html). Esta pregunta, de esta o de otra manera formulada, está en la base de

El sistema tributario vigente, a la hora de afrontar el tratamiento tributario que debe concederse a las distintas modalidades de cuidado o de asunción de responsabilidades familiares, mantiene una posición radicalmente distinta cuando ese cuidado se realiza de forma visible dentro del entorno productivo, y cuando se realiza de forma invisible dentro del ámbito familiar. El sistema fiscal percibe, valora y compensa el primero, y desconoce, ignora y no compensa en absoluto, el segundo.

Esta posición es, desde luego, coherente con la invisibilidad que, para el derecho en general, ha tenido tradicionalmente toda aquella labor que se realiza de forma gratuita en el ámbito familiar: un servicio que se presta sin pago de precio a cambio no puede considerarse productivo, pues no genera riqueza económica, luego en nuestra sociedad, acostumbrada a valorar sólo aquello que genera riqueza económica, ese servicio, simplemente, no existe, simplemente, es invisible.

A la configuración de esta posición social colabora la extendida consideración de que el cuidado que se presta en la familia es una obligación que corresponde a la propia familia, y que, por tanto, no merece compensación pública alguna. Sin embargo, a pesar de configurarse ética, e incluso legalmente, como una obligación que debe recaer en la propia familia, lo cierto es que, como venimos diciendo, en la mayoría de casos, no es la familia en general quien la asume, sino más bien la, o las, mujeres de la familia.

La comentada ausencia de precio ha hecho que esta labor de cuidado prestada por las mujeres hacia los demás miembros de la familia haya sido desde siempre (y sigue siendo) invisible para el Derecho y para la Economía a pesar de su valor ¹⁸³, lo que se ha traducido en una permanente posición de dependencia económica e inferioridad de la mujer respecto a los hombres que la rodean, y en una negación de los más básicos derechos sociales y económicos para ella, en forma de salarios, pensiones, etc.

la organización social de la conciliación, y tiene una serie de elementos negativos que, desde nuestro punto de vista, conducen a que dicha conciliación se oriente de forma incorrecta. Señalaremos alguno de los despropósitos que observamos en este planteamiento: uno, opone el interés de la mujer al de la sociedad, como si la integración y reconocimiento que la mujer busca sólo le fuera a beneficiar a ella y no al conjunto social; dos, da por sentado que el desarrollo de la mujer perjudica a la sociedad; tres, asume que la mujer es la única responsable de que la sociedad vaya bien o mal, por lo que ella es la única que debe modificar su comportamiento para que las cosas cambien; cuatro, aunque se introduzcan medidas de conciliación que permitan a la mujer desarrollarse, el sentimiento de culpabilidad le queda a ella, que es la única que estaba obligada a atender a una serie de personas, y ahora, como se quiere atender a ella misma, resulta que las tienen que atender los demás. Basten como ejemplo las reflexiones enumeradas, para demostrar como esta filosofía que subyace en muchas normas que pretenden organizar la conciliación, es imposible que la consigan, porque siguen partiendo de que la responsabilidad del cuidado de la familia es de la mujer y es la sociedad la que le hace un favor cuando, por ejemplo, la norma laboral le permite reducir su jornada laboral para cuidar. Y entendemos que ningún favor se le hace, puesto que, con el mismo proceso de antes, pero en menor medida, renuncia a parte de su salario, renuncia a parte de su pensión, renuncia a parte de su prestación por desempleo, ... por dedicar una parte del tiempo que podría dedicar a una prestación remunerada (la única que cuenta en nuestra sociedad) a atender personas que no son sólo responsables de ella. Así orientada la conciliación, la pregunta que nosotros haríamos podría ser: ¿Cómo puede avanzar la sociedad sin seguir perjudicando a la mujer y su desarrollo profesional como lo ha hecho hasta ahora?, o mejor aún, ¿Cómo puede avanzar la sociedad y que todos sus componentes nos beneficiemos sin perjudicar a nadie?

¹⁸³ Sólo para la economía catalana, la toma en consideración del trabajo no remunerado de las mujeres en el hogar se ha estimado que habría supuesto un aumento del PIB de esta Comunidad Autónoma del 65,9 por ciento. Cfr. COMAJUNCOSA, Josep María, LOSCOS, Francisco, y SERRANO, Ignacio, *Prefaci a l'elaboració dels comptes satèl·lits de la producció domèstica per a Catalunya*, Institut Català de la Dona, Generalitat de Catalunya, 2002. Asimismo en la Comunidad Autónoma Vasca, según datos del EUSTAT la producción doméstica de dicha Comunidad no contabilizada en el PIB en 1998 equivaldría al 40 por ciento. <http://www.eustat.es>

En el momento en que la mujer se incorpora al mercado de trabajo y deja de tener tiempo para atender todas estas necesidades de cuidado de sus hijos y familiares, la sociedad se encuentra con el problema de tener que buscar fórmulas alternativas que vengan a solucionar todas esas necesidades de cuidado, a poder ser, igualmente privadas, que sigan ahorrando a las finanzas públicas lo que hasta ese momento se hacía con el trabajo voluntario y no retribuido de las mujeres. En coherencia con lo anterior, el Derecho tributario reacciona, y comienza a introducir fórmulas fiscales que tienen como finalidad (entre otras) compensar la labor privada de cuidado, en la medida en que ahorra el destino de dinero público a tal fin. Veamos algunos ejemplos que vienen a confirmar esta premisa.

En primer lugar, si hablamos de fomento y mimo fiscal, hay que hablar necesariamente del régimen fiscal especial previsto por la normativa vigente ¹⁸⁴ para las entidades sin ánimo de lucro. Régimen especial previsto, en gran medida, porque vienen éstas a cubrir necesidades que, de no hacerlo ellas, en muchos casos, tendrían que ser cubiertas con servicios públicos. Fundaciones, asociaciones de utilidad pública, son muchas las entidades cuya labor social, consistente a menudo en la ayuda a las personas necesitadas, se compensa con el reconocimiento de exenciones y beneficios fiscales, de cuyo fundamento y justicia no dudamos. Sólo llamaremos la atención sobre lo siguiente: también prestan su servicio sin pago de precio alguno, luego tampoco generan riqueza económica propiamente dicha, y por ello, tampoco debería considerarse su actividad, efectivamente, una actividad productiva en el sentido en que ésta se define socialmente. Sin embargo, en este caso, y a diferencia de lo que ha venido sucediendo desde siempre con el trabajo de la mujer cuidadora informal, aquí el Derecho fiscal sí que se para y dedica a estas entidades toda una norma jurídica, incluyendo un régimen fiscal beneficioso con el que compensar su indiscutible aportación «en especie», aunque igualmente «no productiva», a la sociedad. ¿Se atreve alguien a decir que la labor de una ONG o de una fundación, en cuanto se presta sin pago de precio a cambio, no es productiva? Evidentemente, no.

En segundo lugar, se podría traer a colación el trato fiscal beneficioso previsto para las cantidades destinadas a fines de obra social por parte de las Cajas de Ahorro ¹⁸⁵, y que consiste, en muchos casos, en la atención a la infancia y a personas mayores o minusválidos. Al igual que en el caso anterior, en este caso también la labor social realizada por una entidad de crédito se compensa fiscalmente.

En tercer lugar, podría hablarse de las deducciones introducidas en el IRPF de algunas Comunidades Autónomas como Asturias o Madrid, para el supuesto de acogimiento sin contraprestación de una persona mayor de 65 años o discapacitada, con la que no exista vínculo familiar. Tampoco existe precio, pero la norma fiscal valora el gasto público que ahorra este contribuyente con su actitud y le compensa fiscalmente.

En cuarto lugar, y de forma más sutil, se podrían citar las medidas favorables a la prestación del servicio de guardería por las empresas, en forma de deducciones en el Impuesto de Sociedades, y de beneficios fiscales en el Impuesto sobre Actividades Económicas comentados con anterioridad. Se trata de compensar la descarga de trabajo que esta iniciativa privada supondrá para las guarderías públicas, y en cuanto este fin interesa, se introducen beneficios fiscales para fomentar su desarrollo.

¹⁸⁴ Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (BOE de 24 de diciembre)

¹⁸⁵ El artículo 24 de la ley reguladora del Impuesto de Sociedades prevé como deducibles todas las cantidades destinadas a este fin por las Cajas de Ahorros.

En quinto lugar, creemos dignas de mención todas aquellas medidas incluidas en el IRPF que, en forma de reducciones (norma estatal), o de deducciones (algunas normas forales), vienen a compensar la atención a familiares de edad avanzada o minusválidos, y en cuya configuración se equipara en derechos a quien los cuida en el propio hogar personalmente, y a quien afronta el pago de su residencia. Para ambos casos se exige que el ascendiente carezca de ingresos propios por encima de un determinado nivel, pues será este tipo de personas (las que carecen de ingresos suficientes) las que, de no ser atendidas personalmente (conviviendo) o económicamente (pago de residencias) por su propia familia, pasarían a engrosar la larga lista de demandantes de plazas en las residencias públicas. Interesa llamar la atención desde ahora sobre la equiparación en el acceso al beneficio fiscal previsto, tanto para quien presta su cuidado personalmente, como para quien se limita a afrontar el pago de una residencia.

En sexto lugar, se compensa mediante reducciones adicionales en el IRPF ¹⁸⁶ a aquella persona minusválida que trabaja, pues con esta actitud, se puede proveer sus propios ingresos, evitando convertirse en un acreedor más de pensiones u otro tipo de prestaciones sociales.

Idéntico fundamento tiene, en séptimo lugar, la reducción adicional prevista para las personas que sigan trabajando una vez alcanzada la edad de jubilación.

Por poner un último ejemplo, haremos referencia, en octavo lugar, a la fiscalidad ventajosa que supone la reducción de las cantidades aportadas por el contribuyente a Planes de Pensiones o figuras de similar finalidad, tanto si son propios como si son a favor del cónyuge, e incluso los constituidos a favor de personas discapacitadas ¹⁸⁷. En la medida en que se ayuda a ahorrar gasto público el día de mañana, ahorro que se aprecia especialmente en el caso de las personas discapacitadas que quizá no han podido realizar un trabajo remunerado, el derecho tributario lo contempla y lo beneficia fiscalmente.

Con todos estos ejemplos se pretende demostrar que, como es lógico, el derecho tributario no queda ajeno a una realidad de previsión privada o de cobertura privada, que le interesa fomentar en la medida en que puede ahorrarle esfuerzo económico en forma de gasto público. Lo que solucionan con su actitud los particulares, el erario público ya no tiene que entrar a financiarlo.

Dejemos sentado desde ahora que esta posición del Derecho tributario nos parece correcta. Pero lo que no nos parece tanto es por qué no se contemplan y compensan fiscalmente de la misma manera todas las formas o supuestos de ahorro de gasto público ejercidos mediante el cuidado informal. En concreto, creemos que llama la atención la ausencia de consideración que el derecho fiscal dispensa al amplio trabajo que, desde las familias, sobre todo por parte de las mujeres, se está haciendo en esta labor de cuidado privado, y a pesar de las indicaciones que, favorables a un mayor reconocimiento, se han sentado desde las más altas instituciones de la Unión Europea ¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Artículo 46.ter de la Ley de IRPF.

¹⁸⁷ Artículo 48 de la Ley de IRPF.

¹⁸⁸ En su Resolución sobre la Evaluación del Trabajo femenino no asalariado (DOCE, C-194/389, 25 de junio de 1993), prevé un reconocimiento de este gran trabajo de atención realizado por las mujeres y no remunerado, y la necesidad de garantizar unos derechos sociales mínimos a quien lo realice «considerando que la persona que ha invertido tiempo en la educación de los hijos o de un progenitor de edad avanzada o impedido tiene derecho al reconocimiento social; que esto podría lograrse mediante un estatuto jurídico por el que se le reconozcan derechos sociales, de seguridad social y de jubilación».

4.7. Las reducciones por cuidado de familiares: ¿a qué cuidador pretenden cuidar?

En la vigente Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la atención a ascendientes se contempla mediante la previsión de ciertas reducciones aplicables en la base imponible, con las que se trataría de compensar el esfuerzo adicional que puede suponer para el contribuyente la atención a un ascendiente dependiente.

El hecho de que esa compensación se realice por la vía impositiva mediante la introducción de estas reducciones en el ámbito del IRPF conlleva el que queden fuera de ella todas aquellas personas que se encargan igualmente de este cuidado, pero que no pueden disfrutar de las reducciones al no tributar por este impuesto¹⁸⁹. Esta es la diferencia fundamental entre organizar este apoyo al cuidado particular mediante medidas de apoyo vía política social, con ayudas que pueden aplicarse a todos, y organizarlo a través de fórmulas fiscales, que sólo afectarán a quienes estén dentro del marco de actuación del impuesto.

Si analizamos detenidamente la redacción de las reducciones previstas en los artículos 47 *bis*, *ter*, *quater* y *quinquies*, nos daremos cuenta de que la aplicación de las reducciones por edad, asistencia o discapacidad en la autoliquidación del contribuyente van a venir generadas por un ascendiente cuyo perfil responde, desde luego, al de una persona de edad avanzada o discapacitada, pero sobre todo, al de una persona con escasa capacidad económica, pues para que pueda generar el derecho a la reducción no debe obtener un volumen de rentas anuales superior a 8.000 euros (excluidas las exentas). Se tratará, en primer lugar, de compensar el gasto que evidentemente supone la atención a una persona carente de un volumen mínimo de ingresos, pero, desde luego, la medida persigue igualmente, evitar que estas personas sean entregadas a una residencia pública cuyo coste sería mayor para el Estado que la pérdida de ingresos que suponga el reconocimiento de la reducción.

Precisamente por ser su fundamento primero el sostenimiento económico del ascendiente, empieza la ley por exigir una convivencia con éste de, como mínimo, la mitad del año, para poder acceder a la reducción. Pero a pesar de esta previsión inicial, el último inciso del párrafo cuarto del artículo 47 *quater*, y para los ascendientes discapacitados, equipara la situación de convivencia, al pago de la residencia en que éstos se encuentren internados.

En otras palabras, que a la hora de valorar el cuidado dispensado a los ascendientes, recibe el mismo trato el contribuyente que cuida personalmente, que aquel que se limita al pago de una residencia. Y entiéndase que no es que no nos parezca correcto el acceso a la reducción por las personas que pagan una residencia, pero creemos que la presente configuración constituye un ejemplo más del olvido que padece el legislador tributario hacia las personas que se encargan del cuidado

¹⁸⁹ Esta realidad no es privativa de nuestro país, sino que lejos de nuestras fronteras, también se ha denunciado esta forma de limitar la «compensación fiscal» del cuidado. Así lo denuncian, por ejemplo, Janice Keefe y Pamela Fancey al valorar la equidad del trato fiscal de los cuidadores informales en EE.UU. y Canadá: «El *Infirm Dependent Tax Credit* en Canadá sólo se reconoce a los cuidadores que cuiden personas con una cifra de ingresos inferior a 6456 \$. La *US Dependent Care Tax Credit* sólo se aplica a contribuyentes que están empleados. El resultado es que una amplia proporción de cuidadores americanos que han abandonado su puesto de trabajo para cuidar familiares con enfermedades crónicas no pueden acceder a estos beneficios fiscales.» KEEFE, Janice, y FANCEY, Pamela, «Compensating family caregivers: an analysis of tax initiatives and pensions schemes», *Health Law Journal*, núm. 7, 199, pág. 201.

personal de sus familiares, cuidado que, en absoluto, queda compensado o es mínimamente valorado por la norma, desde el momento que se le concede trato idéntico que a quien externaliza ese cuidado ¹⁹⁰. De hecho, en el caso general, precisamente quien tendrá derecho a disfrutar de la reducción será en muchos casos el contribuyente que no cuida personalmente, pues está claro que durante el tiempo que dedica a obtener los rendimientos, no puede dedicarse a cuidar. Salvo en los casos en que este cuidado se externalice a una institución o cuidador profesional, habrá un tercero (o mejor dicho, probablemente «una tercera»), que será la que, al no realizar una actividad remunerada, se dedique al cuidado, que, en muchos casos, por no tributar, y por no existir precio a cambio, no le será compensado.

5. CONCLUSIONES

- Del análisis llevado a cabo puede concluirse que el objetivo que persiguen las normas conciliatorias es fundamentalmente el fomento de la natalidad y no tanto, el asegurar el cuidado en general de personas dependientes, que debería abarcar tanto a los niños, como a los mayores y a las personas con discapacidad.
- La igualdad de género es un problema pendiente y prioritario en las políticas europeas. Como ha dicho recientemente el Parlamento europeo las personas de edad avanzada, los familiares dependientes, los miembros de la familia con discapacidad y los niños continúan estando, en su mayor parte, al cuidado de mujeres. Recuerda que deben concederse a los hombres y a las mujeres las mismas posibilidades de combinar una carrera profesional con el cuidado de los hijos y otros familiares dependientes, así como con la participación en la vida social como ciudadanos responsables ¹⁹¹.
- La conciliación necesita inversión en gasto social. Es necesario vincular la inserción laboral de la mujer con una adecuada política familiar que implique una mayor dotación de servicios sociales de modo que disminuya la desconfianza de los empresarios en la contratación y promoción profesional de las mujeres que tienen cargas familiares.
- El Estado del bienestar no se puede desligar de una protección integral a la familia, que es por otro lado la institución más valorada por los españoles ¹⁹². La Constitución (art. 39) establece el compromiso de los poderes públicos en este sentido y la mejor manera de proteger a las personas dependientes es partir de la idea de que todos los ciudadanos lo somos en algún momento de nuestras vidas. La necesidad de otro para satisfacer las necesidades vitales no debe encerrarse en el entorno doméstico, dejándolo dentro de las puertas del hogar, sino que debe ser una cuestión pública, una cuestión social que concierne a todos.

¹⁹⁰ A idéntica conclusión llegan Janice KEEFE y Pamela FANCEY (*ibid.* pág. 204) tras estudiar los beneficios fiscales previstos para el cuidado en Estados Unidos y Canadá: «Esos beneficios son más una remuneración [compensación de gasto] que un reconocimiento del valor de la contribución del cuidado informal» (traducción propia).

¹⁹¹ Informe sobre la conciliación de la vida profesional, familiar y privada, de 23 de febrero de 2004 del Parlamento Europeo (A5-0092/2004).

¹⁹² Según la encuesta del CIS (Estudio 2.221) el 76 por ciento de los jóvenes en España consideran la familia como la institución más importante de su vida.