Conciliación de la vida familiar y laboral

JOSEFA GALINDO SÁNCHEZ
Inspectora de Trabajo y Seguridad Social de Cádiz

DERECHO ESPAÑOL

Tradicionalmente y aún en la actualidad es sobradamente conocido que la mujer asume el desarrollo de las tareas domésticas, la función reproductora y de cuidados de hijos e hijas, personas ancianas y familiares enfermos. La asunción de tales funciones por la mujer supone claramente un serio obstáculo para su participación en el trabajo en igualdad de condiciones y cuando la consigue (su inserción en el mundo laboral) se ve sometida a jornadas agotadoras (al tener que compatibilizar su vida profesional y familiar), pues a su jornada laboral ha de unir su trabajo doméstico que le impide disponer de tiempo libre, en cuanto que el cúmulo de tareas que está obligada a desempeñar para responder a las reglas de la organización social vigente absorbe su tiempo vital disponible.

Todas estas actividades domésticas y familiares no se encuentran además ni socialmente reconocidas ni mucho menos remuneradas. El trabajo doméstico, que no aparece como un valor expresado monetariamente en el mercado, permanece oculto en tanto trabajo. A tal efecto podemos afirmar que "las mujeres subvencionan la economía debido a la enorme cantidad de trabajo no remunerado que llevan a cabo".

De otra parte, las responsabilidades domésticas niegan a la mujer, en muchas ocasiones, disfrutar de tiempo libre durante el descanso laboral. El tiempo libre es aquel que pertenece a cada persona y que ésta, sin restricción, puede utilizar para sí misma o para su propia realización personal. La preocupación por asegurar a las personas trabajadoras el goce de tiempo libre, durante el que "pueden desarrollarse de acuerdo con sus gustos personales, sus facultades físicas, morales o intelectuales", ya se reflejó en la Recomendación nº 21 que la OIT emitió en 1924.

La dificultad de conciliación de las tareas y responsabilidades familiares con el trabajo tiene un efecto muy perjudicial para la mujer con obligaciones familiares respecto a sus posibilidades de acceso, mantenimiento y promoción en el trabajo: actualmente la mujer se encuentra en una situación de evidente desventaja, lo que reclama la incorporación de medidas de acción positiva en favor de las mujeres (y no medidas neutras que tienden a ofrecer ventajas de conciliación de la vida familiar y laboral de forma genérica en favor de cualquier persona trabajadora, con independencia de cual sea su sexo).

Esta situación desventajosa que actualmente ocupa la mujer ha sido reconocida por nuestro Tribunal Constitucional (St. 128/1987 de 16-7):

> ...*"la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo o el mantenimiento del que ya tiene.*
>
> *Este Tribunal no puede ignorar que, pese a las afirmaciones constitucionales, existe una realidad social, resultado de una larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia y, particularmente, el cuidado de los hijos... Ello se manifiesta en el dato de la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral, en comparación con otras categorías sociales. Si la tasa de actividad de la población femenina es ya muy baja en comparación con la masculina, tal diferencia se extrema si se compara la tasa de actividad de las mujeres casadas (el 20,9%) con la correspondiente de hombres casados (el 70,92%)."*

Al mismo tiempo, la dificultad de la conciliación de las obligaciones familiares con el trabajo puede provocar una desatención o insuficiente atención a la familia y a las personas que necesitan cuidados en el seno de la familia: menores, personas enfermas y ancianas. La indiferencia sistemática sobre la compatibilidad entre familia y trabajo implica una falta de consideración hacia la familia (cuando ésta es la base de toda sociedad).

Por tanto esta materia tiene una indudable trascendencia en el ámbito de las relaciones laborales, pero desborda este ámbito: se trata de pasar de una mera política laboral y de protección social a una política familiar. De ello es consciente el Acuerdo Marco Europeo sobre el Permiso Parental (Directiva 96/34/CEE) cuando establece:

> *"La política familiar debe contemplarse en el contexto de los cambios demográficos, los efectos del envejecimiento de la población, el acercamiento entre generaciones y la promoción de la participación de las mujeres en la vida activa"* (Consideración general nº 7).

En este contexto, se publica recientemente en nuestro país la Ley 39/1999 de 5 de Noviembre "para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", cuyo título es excesivamente ambicioso dada la limitación de su objeto, pues de hecho no aborda el conjunto de los problemas que plantea esa conciliación: sólo tiene por objeto introducir una serie de modificaciones puntuales en la legislación laboral, funcionarial y de la Seguridad Social. Para facilitar esa conciliación sería necesario además otras medidas (de muy diversa índole: promover servicios de atención a menores, personas enfermas y mayores, campañas de sensibilización a los hombres para que asuman las taras domésticas y familiares, cursos de formación dirigidos a la población masculina sobre labores domésticas, establecimiento de algún tipo de prestaciones económicas o deducciones fiscales para compensar la pérdida de ingresos derivada de los permisos o reducción de jornada por cuidados de familiares...).

La complejidad de la materia requiere de actuaciones en ámbitos más variados y diversos a lo estrictamente laboral. Esta línea se mani-

fiesta en el Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de esta Ley recientemente publicada:

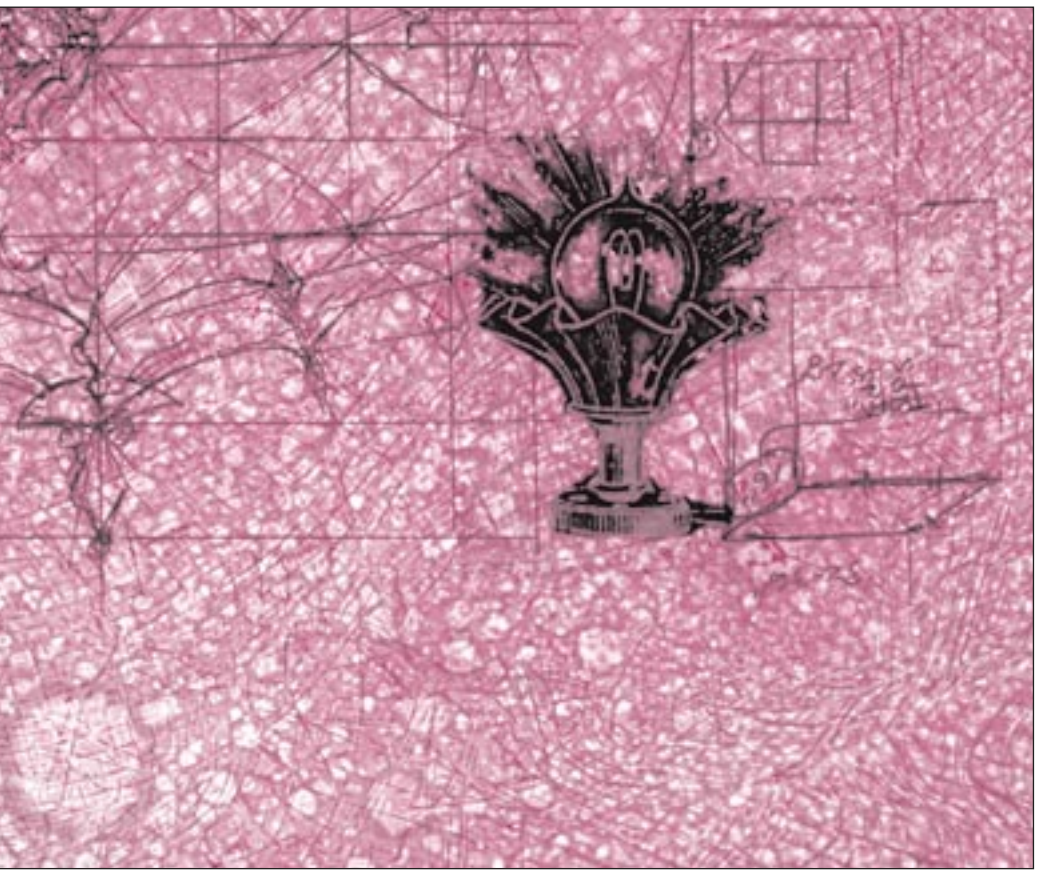
> *"Complemento necesario para que la conciliación de la vida laboral y familiar pueda efectivamente producirse es promover la creación de servicios de atención a las personas, tal como se recoge expresamente en las orientaciones de empleo incluidas en el cuarto pilar sobre Igualdad de Oportunidades. Los nuevos yacimientos de empleo que surgen de las nuevas demandas de cuidados profesionales a las personas –niños, enfermos, mayores etc…– deben recibir el impulso de las políticas de empleo y de fomento de la Igualdad de Oportunidades, En esta línea, el Consejo echa en falta una referencia concreta a cómo se van a insertar las medidas legislativas propuestas en una política más amplia que aborde el conjunto del problema". Dictamen 4/99 de 28 de Abril.*

FUNDAMENTO JURÍDICO

El nacimiento de esta Ley tiene su razón de ser en la necesidad de completar la transposición al Ordenamiento jurídico español de las Directrices marcadas por la normativa comunitaria, especialmente las recogidas en las siguientes Directivas:

1

Directiva del Consejo 92/85/CEE 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 periodo de lactancia" que, si bien, fue objeto de transposición por el Art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995 de 8-11) tal recepción a nuestro Ordenamiento jurídico fue incompleta e insuficiente en determinados aspectos, algunos de ellos abordados ahora por la nueva Ley.



LA COMPLEJIDAD DE LA MATERIA REQUIERE DE ACTUACIONES EN ÁMBITOS MÁS VARIADOS Y DIVERSOS A LO ESTRICTAMENTE LABORAL.

2

Directiva del Consejo 96/34/CEE de 3 de Junio de 1996 que incorpora el Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental.

De la relevancia de esta materia también se hace eco a nivel internacional la OIT mediante el Convenio 156 (1981) sobre las personas trabajadoras con responsabilidades familiares, que va más allá del objetivo de crear una igualdad efectiva y de trato entre trabajadores y trabajadoras, para lo que el Convenio prevé la adopción de medidas tendentes a permitir el trabajo de las personas con responsabilidades familiares y postula que en la determinación de las condiciones de empleo y de la protección social se tengan en cuenta sus especiales necesidades. Esas posibles medidas se describen con más detalles en la Recomendación 165 (OIT) sobre el mismo tema.

Finalmente, la nueva Ley encuentra igualmente su fundamento último en nuestra Norma Constitucional, al desarrollar los principios de igualdad ante la ley y no discriminación (Art. 14 C.E.), así como los de protección social, económica y jurídica de la familia (Art. 39 C.E.), y practicar lo que ordena el Art. 9.2 de la C.E., o sea, que los poderes públicos promuevan las condiciones para que la libertad e igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remuevan los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y faciliten la participación de toda la ciudadanía en la vida política, económica, cultural y social.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Uno de los aspectos más llamativos de la nueva Ley se refiere a la delimitación subjetiva en cuanto a la no separación material entre empleo público y empleo privado, procediéndose a reformar en paralelo y con contenido similar, cuando no idéntico, la legislación relativa al régimen de los funcionarios y funcionarias públicos. Se trata de un caso más del progresivo acercamiento de la regulación de los contenidos de las respectivas relaciones de empleo, que ya se destacó en materia de prevención de riesgos laborales, y que ahora se manifiesta en el supuesto de la conciliación de la vida familiar y laboral.

No obstante, conviene advertir que el mimetismo en esta materia no puede ser pleno, por lo que la traslación de lo laboral a lo funcionarial se verifica sólo en parte (Así por ejemplo, las reformas en materia de protección frente al despido en caso de embarazo no trascienden al ámbito del funcionariado por ser distinto y evidentemente superior el régimen garantista funcionarial en esta materia).

Por otro lado, la temática de la conciliación excede del ámbito propio del trabajador o trabajadora asalariada o por cuenta ajena. En nuestro país, donde hay más de un 30% de personas trabajadoras autónomas, cuya autonomía en la ejecución de la prestación laboral no se traduce ni mucho menos en un mayor tiempo disponible para las tareas familiares, esta materia también se torna relevante para las mismas. Por ello, ha de tener favorable acogida que la nueva Ley (Art.16) abra la posibilidad de aplicar a las personas trabajadoras por cuenta propia la nueva prestación por riesgo de embarazo, si bien ello se hace depender de los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente (Disp. Adic. 8ª LGSS).

SE TRATA DE PASAR DE UNA MERA POLÍTICA LABORAL A UNA POLÍTICA FAMILIAR.

Finalmente, se ha de indicar que si bien las nuevas medidas para permitir la conciliación entre lo familiar y lo profesional se presentan formalmente en la Ley como neutras, de hecho el ámbito subjetivo de aplicación de tales medidas van a ser preferente o prevalentemente las mujeres y ello por diversos motivos:

- Desde un punto de vista social o cultural, en muchas ocasiones, se continúa considerando a la mujer la titular de las obligaciones domésticas y familiares, desempeñando el rol de asunción del grueso de responsabilidades familiares, particularmente en situaciones de dedicación más intensa: cuidados de menores con minusvalías, de personas ancianas, de familiares enfermos..., situación que puede generar un efecto boomerang, es decir, puede fomentar el mantenimiento de una situación de mera incorporación parcial y en cierta forma precaria de la mujer a la actividad profesional asalariada: en definitiva, buscándose bienintencionadamente determinados efectos con ciertas reformas legislativas los resultados en la práctica pueden llegar a ser muy distintos.

- Pero hay también otros elementos (económicos) derivados de la actual estructura del mercado de trabajo que presionan en el sentido de que la mujer sea quien interrumpa su trabajo. El diferencial retributivo entre género (el nivel salarial de la mujer se sitúa en el 73% con respecto al del hombre) hace que el ingreso familiar cuantitativamente más fuerte provenga del hombre en la inmensa mayoría de los casos, por lo que por elementales razones de mantenimiento del nivel de consumo familiar, se optará por "sacrificar" el salario más reducido, es decir, el de la mujer, siendo ésta la que solicitará, en caso de ser necesario en el núcleo familiar, las diversas modalidades de interrupción de la actividad laboral.

TEXTOS NORMATIVOS MODIFICADOS

La norma en estudio trata de materias que no surgen "ex novo"; por el contrario, desde la aprobación de la Constitución española, nuestra legislación laboral y de la Seguridad Social ha dado pasos muy importantes para tratar de lograr la conciliación de la vida familiar con el empleo, en especial por medio de sucesivas reformas legales relativas al desarrollo del contrato de trabajo, sin que en ello la negociación colectiva haya jugado un papel relevante. Así, en nuestro Ordenamiento jurídico, con anterioridad a la Ley 39/1999, ya existían diversas figuras jurídicas relativas a la reducción o interrupción de la actividad laboral por razones familiares, entre ellas las siguientes:

- Suspensión del contrato por maternidad (Art. 48 ET), que tiene larga tradición, ampliándose a 16 semanas este permiso a raíz de la Ley 3/1989 de 3 de Marzo. Tal suspensión tiene su respectiva prestación a cargo de la Seguridad Social, que a partir de la Ley 42/1994 se separa de la contingencia de incapacidad temporal.
- Excedencia por cuidado de hijos (Art. 46.3 ET).
- Permisos parentales, tanto de lactancia (Art.37.4 ET), como reducción de jornada por guarda legal (Art. 37.5 ET).
- Permiso retribuido por enfermedad grave de familiar (Art.37.3 ET)...

Con ello queremos poner de manifiesto que las directrices comunitarias (especialmente las previstas en la Directiva 96/34/CEE), aparentemente no obligaban a cambios radicales en nuestro Ordenamiento. Sin embargo, lo que sí exigían tales normas de la UE es un cambio de enfoque en el que la problemática de la conciliación de la vida laboral y familiar se aborde desde una perspectiva más amplia y compleja: se trata de pasar de una mera política laboral a una política familiar.

De otra parte, La Directiva y el Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental destacan el papel no sólo de los poderes públicos sino también de los sindicatos y de las organizaciones empresariales para lograr la conciliación. No obstante, en este aspecto, el contenido de la Ley supone una regulación general y autosuficiente, marginando en cierta forma al convenio colectivo incluso en materia en que la propia Directiva lo prevee.

En definitiva, la nueva norma procede a reformar otras disposiciones anteriores, afectando a varios aspectos que ya tenían carta de naturaleza en nuestro Ordenamiento jurídico, acometiéndose tal reforma en bloque y con voluntad unitaria , regulando una materia que hasta el momento presente se encontraba desperdigada a lo largo de una pluralidad de disposiciones. Puede considerarse un acierto la elección de este método de modificar diversos textos legislativos, y no de establecer un tratamiento legal separado y singular de esta materia. Así la reforma afecta a las siguientes disposiciones legales:

- Diversos preceptos del Estatuto de los Trabajadores, que en este ámbito ya había experimentado múltiples retoques.
- El Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, incorporando nuevas medidas de protección social.
- La Ley de Procedimiento Laboral, siguiendo la linea legislativa de los últimos años en los que las nuevas pautas de derecho sustantivo viene acompañadas de las necesarias adaptaciones de la legislación procesal, a objeto de garantizar su efectividad práctica.
- La Ley de Prevención de Riesgos Laborales, incorporando mayores niveles de protección de la trabajadora embarazada, por exigencias superiores previstas en la Directiva 92/85/CEE.
- La nueva Ley afecta finalmente al Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos asimilándolo en lo posible al empleo privado.

CONTENIDO DE LA REFORMA

1

Interrupciones de la actividad laboral.

Uno de los objetivos fundamentales de la nueva Ley, siguiendo las pautas de la Directiva ya citada sobre el permiso parental, es permitir una mayor dedicación a la familia facilitando al empleado el cese temporal en su actividad laboral, total o parcial.

Ello se articula a través de distintas figuras jurídicas que se ven afectadas por la reforma: permisos retribuidos, reducciones de jornada de trabajo, suspensiones de la actividad laboral con reserva de puesto de trabajo, excedencias…

Las principales novedades en tales materias podrían resumirse de la siguiente forma:

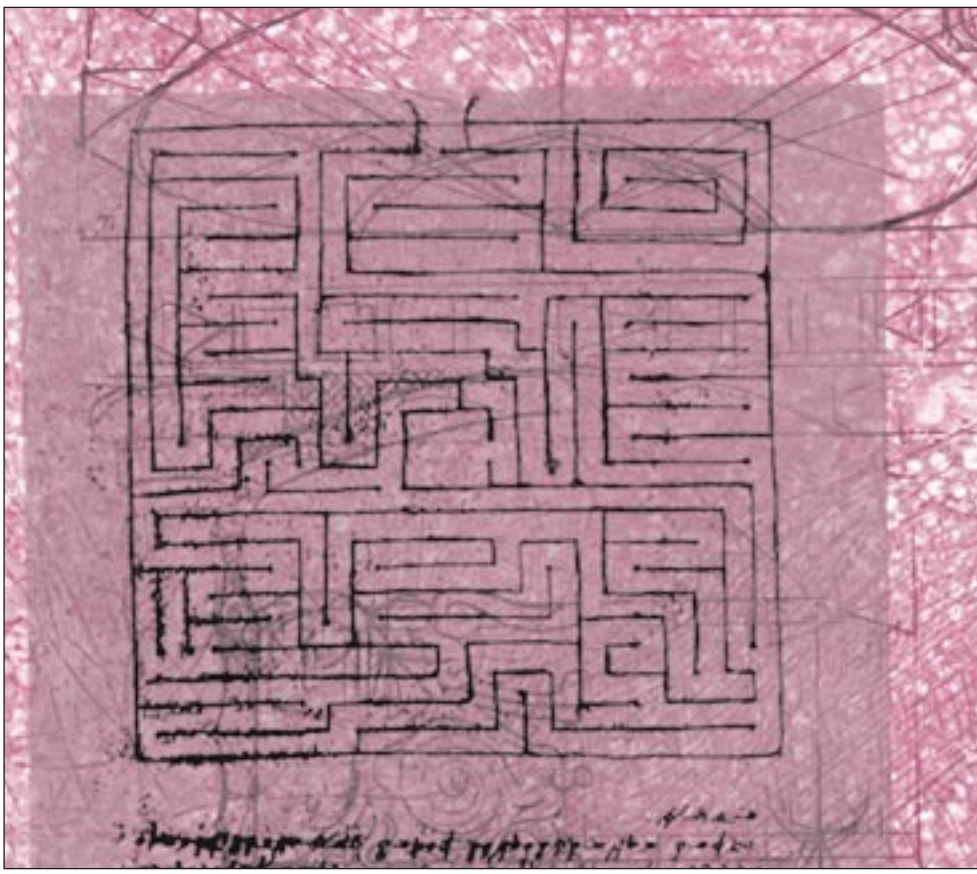
A

Causas justificativas de las interrupciones:

Se amplía en ámbito de supuestos que (subjetivamente) justifican tales interrupciones, incluyéndose situaciones cada vez más habituales, muchas de ellas conectadas con el propio envejecimiento de la población así como supuestos de necesidades de atención derivadas de incapacidades.

Así, especialmente destacable es la ampliación del ámbito de los familiares, distintos de los hijos e hijas, que dan derecho a las interrupciones de la actividad laboral, y que anteriormente no se encontraba recogida en nuestra legislación, incorporándose los siguientes supuestos:

- Derecho a permisos retribuidos por accidente u hospitalización de parientes, junto a los ya existentes por nacimiento de hijo o hija o fallecimiento y enfermedad grave de pariente (Art, 37.3 ET).
- Reducciones de jornada para quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar que por diversas razones (edad, accidente o enfermedad) no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida, supuesto que se adiciona al previsto hasta ahora de



reducir la jornada para la guarda legal de menor de 6 años o minusválido (Art. 37.5 ET).

- Se establece un nuevo supuesto de excedencia de duración no superior a un año para el cuidado de los familiares referidos en el apartado anterior (Art. 46.3 ET).
- Se incluye el acogimiento de menores (tanto preadoptivo como permanente) como causa justificativa de la suspensión o excedencia por cuidado de hijos e hijas, con un régimen del todo uniforme con el nacimiento y adopción (Arts. 45.1 d), 46.3 y 48.4 ET), se realizan determinadas puntualizaciones para el caso de adopciones internacionales y se amplía la edad de adoptado a 6 años (hasta ahora era de 5 años) para dar derecho a tales supuestos suspensivos de la relación laboral.

B

Duración de las ausencias:

Este aspecto afecta fundamentalmente a la duración del permiso por maternidad (aunque como veremos este permiso sólo en parte sigue siendo permiso por maternidad pues también es un permiso de paternidad), siendo necesario destacar las siguientes novedades:

- Se amplía la duración del permiso para partos múltiples (incluyéndose los supuestos de adopción y acogimiento múltiples): con anterioridad a la reforma la duración del permiso era de 18 semanas con independencia del número de hijos e hijas, ahora se añaden 2 semanas más por cada hijo o hija, es decir, 18 semanas cuando sean 2, 20 cuando sean 3...
- En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá hacer uso de todas las semanas que queden por disfrutar, no sólo de las seis obligatorias posteriores al parto.
- El periodo de descanso se podrá disfrutar tanto en régimen de jornada completa como a tiempo parcial, con lo cual si bien en cómputo global el tiempo de interrupción de la actividad profesional no varía en cantidad, sí en distribución con lo que sí que se puede extender el número de días o semanas total de descanso: por ejemplo, en lugar de ausencia total del trabajo durante 16 semanas, ausencia del 50% de jornada durante 32 semanas, naturalmente, siendo posible también fases de descanso total y a tiempo parcial. En todo caso la novedad se condiciona al acuerdo previo entre empresa y trabajador/a afectada, y se remite para su concreción a los términos que reglamentariamente se determinen (aunque nada impide e incluso sería aconsejable que tal concreción se articule a través de la negociación colectiva).
- Si el padre y la madre trabajan, podrá el padre disfrutar (a opción de la madre trabajadora) de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, salvo que la incorporación de la madre al trabajo suponga un riesgo para su salud. Este permiso por paternidad ya no hace falta que se limite a las 4 semanas últimas de suspensión, pues respetadas las seis semanas obligatorias en favor de la madre, el resto pueden ser disfrutadas por el padre (Art. 48.4 ET). Se añade ahora al párrafo un nuevo inciso: "bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre" que permite suscitar dudas sobre si el goce por el padre del permiso "por paternidad" sigue excluyendo el goce por la madre del permiso por "maternidad" como venía establecido en la redacción anterior. La legislación no soluciona este problema y parece querer mantener la no acumulación del derecho al descanso, a diferencia de la excedencia por cuidados de familiares (Art. 46.3 ET) o la reducción de jornada (Art. 37.4 y 5 ET).

C

Carácter individual de los derechos a interrupciones de la actividad laboral:

Uno de los rasgos más significativos de la nueva regulación obedece a la configuración que hace la Directiva 96/34/CEE del permiso parental como un derecho individual y no transferible de quienes trabajan, hombres o mujeres. Con ello se trata de propiciar un mejor reparto entre los sexos de las tareas familiares.

La individualización significa tanto el acceso del varón al derecho como a la posibilidad de goce compartido, pudiendo hacerse uso del mismo por el trabajador y la trabajadora de forma separada y acumulativamente (de forma sucesiva o simultánea): Así se ha configurado tanto en la reducción de jornada como en la excedencia (Art. 37.4 y 5 y Art 46.3 ET), no así como hemos visto en el supuesto de suspensión por maternidad (seguramente en este caso porque, a diferencia de aquéllos, tal configuración afectaría a la prestación económica de la Seguridad Social a la que la suspensión da lugar).

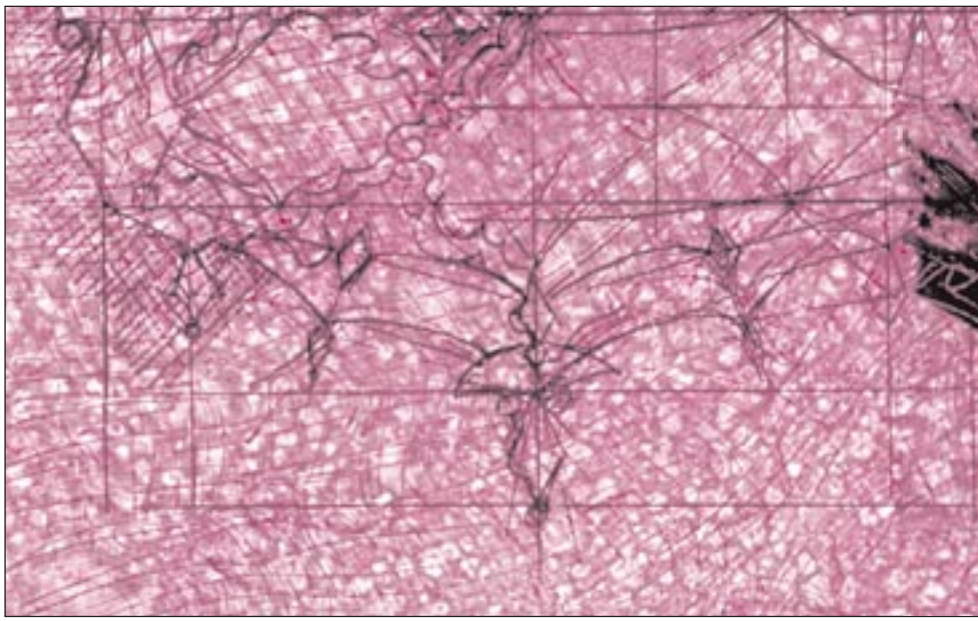
El carácter de derecho individual afecta a su forma de ejercicio, que es directa y no se somete en principio a

licencia o concesión de la empresa. En esta misma línea, se incorpora un nuevo apartado al Art. 37 (el 6) para tratar de resolver viejos contenciosos: me refiero a la concreción horaria y a la determinación del momento del disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de la jornada por motivos familiares, que corresponderá al trabajador/a dentro de su jornada ordinaria, debiendo preavisar su reincorporación a su jornada ordinaria con quince días de antelación. En todo caso, las discrepancias surgidas sobre estas cuestiones serán resueltas por la jurisdicción ordinaria a través del procedimiento establecido en el art. 138 Bis de la LPL.

Si bien, por muy acelerado que sea el proceso laboral en la tramitación de estas discrepancias hubiera sido más acertado el fomento de fórmulas alternativas (medios de solución extrajudicial de conflictos, incluso en el seno de la empresa), a fin de lograr una mayor flexibilidad y eficacia práctica.

La preocupación de la legislación por no causar a la empresa excesivas molestias o cargas en relación con los permisos parentales ha llevado a limitar el ejercicio simultáneo del derecho a reducir la jornada como a disfrutar de la excedencia, cuando dos o más personas trabajadoras de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, pudiendo la empresa limitar el ejercicio simultáneo (no el sucesivo) por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

EL CARÁCTER DE DERECHO INDIVIDUAL AFECTA A SU FORMA DE EJERCICIO, QUE ES DIRECTA Y NO SE SOMETE EN PRINCIPIO A LICENCIA O CONCESIÓN DE LA EMPRESA.



2

Protección frente al despido.

La medida incorporada consiste en suprimir la posibilidad de declarar un despido como improcedente en los supuestos siguientes:

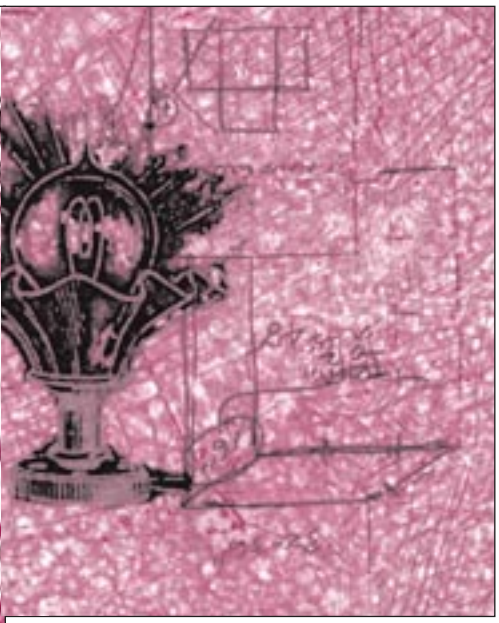
- Personas trabajadoras durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento de menores de 6 años.
- Personas trabajadoras que hayan solicitado o estén disfrutando el permiso de lactancia o la reducción de jornada por motivos familiares así como trabajadoras o trabajadores que hayan solicitado la excedencia prevista en el Art. 46.3.
- Trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión.

Es decir, en caso de que el despido sea ilícito, se ha de declarar como nulo, lo que conduce a la obligada readmisión de la persona trabajadora, sin opción alternativa (ni para quien emplea ni para quien trabaja) por la extinción indemnizada.

Se trata de una medida que procede a trasponer las garantías al respecto previstas en las Directivas comunitarias 96/34 y especialmente las previstas en la 92/85 para el caso de embarazo, siendo éste un aspecto más de esta Directiva (del año 85) que aún se encontraba sin la expresa transposición a nuestro Ordenamiento jurídico.

La forma en que se ha introducido esta medida (en la que sólo cabe declarar la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados) supone, a mi juicio un mayor nivel de protección respecto de los despidos nulos por violación de los derechos fundamentales o libertades públicas, desde un punto de vista procesal: en la nulidad por lesión de los derechos fundamentales, el trabajador/a ha de aportar pruebas indiciarias de que la conducta empresarial es lesiva de los derechos fundamentales, por lo que la decisión judicial debe basarse en la presencia o no de tales conductas ilícitas. En el caso que aquí analizamos, no es preciso aportar elemento indiciario alguno bastando con el dato objetivo de la coincidencia en el tiempo de la decisión extintiva con el ejercicio de algunos de los derechos por parte del trabajador/a para que la empresa haya de demostrar que el despido era procedente (y no sólo que su decisión fue ajena a un entorpecimiento en el ejercicio de tales derechos).

Por último, no se alcanza a comprender la exclusión de este régimen durante el tiempo de disfrute de la excedencia prevista en el art. 46.3 ET, incluyéndose sin embargo el periodo de solicitud previo al disfrute.



3

Riesgo durante el embarazo.

La nueva legislación modifica también el Art. 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley de 8-Noviembre de 1995), en la que se transpone la Directiva 92/85, sobre seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en periodo de lactancia. En efecto, la indicada Ley obligaba (y obliga) al empresario en los supuestos de incompatibilidad entre el puesto de trabajo de la mujer con su situación de embarazo o lactancia (por suponer un riesgo para su salud o para el feto o recién nacido o nacida), a la adaptación provisional de las condiciones de trabajo o en su defecto a un cambio de puesto de trabajo.

Sin embargo, desde los inicios de la Ley de Prevención, ya se había advertido de una importante laguna legal, pues faltaba por contemplar una última hipótesis sí contemplada en la Directiva, es decir, para el caso de que no fuera posible destinar a la trabajadora a otro puesto de trabajo no peligroso, prevé la indicada Directiva que "la trabajadora afectada estará dispensada de trabajo, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud", y reconoce el derecho de la trabajadora al mantenimiento de la remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada, equivalente como mínimo a lo que la trabajadora recibiría en caso de interrupción de sus actividades por motivo de salud (Art. 11.2b) y 3).

La falta de regulación específica de esa hipótesis en el Art. 26 de la LPRL suponía un incumplimiento de la Directiva (que le valió al Estado español la incoación por parte de la Comisión europea de expediente por infracción. Informe de 15/3/1999) y que planteaba además el problema de si la cobertura económica de la situación correspondía al empresario o si podía desplazarse a la entidad gestora como un supuesto de incapacidad temporal por enfermedad común (lo que a su vez es contrario al espíritu de las normas comunitarias que tratan de desligar totalmente el embarazo de la enfermedad).

Para solucionar tal vacío legal, la reforma incorpora un nuevo ap.3 al Art. 26 LPRL, de forma que si el cambio no fuera técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo (nuevo supuesto de suspensión contemplado en el Art.45.1.d) del ET) durante el periodo necesario para la protección de su seguridad o de salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado.

Como elemento instrumental al reconocimiento de la situación de suspensión de la relación laboral, se crea una nueva contingencia de Seguridad Social por medio de la que la trabajadora afectada por la suspensión "por riesgo durante el embarazo" percibirá una prestación económica específica que se configura en un nuevo Capítulo IV Ter (Arts. 134 y 135) de la LGSS.

Tal prestación económica se concederá en los mismos términos y condiciones que la prestación de Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común, si bien con las siguientes diferencias:

- Su duración, que la mantendrá lógicamente hasta que se mantenga la situación de riesgo o pase la trabajadora a la situación de baja por maternidad.
- A diferencia de la prestación por IT derivada de enfermedad común, que se inicia a partir del decimosexto día de baja, la prestación por riesgo durante el embarazo se percibe desde el primer día en que se inicie la suspensión: medida acertada a fin de evitar un perjuicio a la trabajadora que se encuentre en esa situación, liberando, a su vez a la empresa de ello.
- Su cuantía consistirá durante todo el periodo en el 75% de la base reguladora correspondiente, sin que se aplique minoración alguna durante los primeros días como ocurre con la IT por enfermedad común.
- El pago de la prestación corresponde a la Entidad Gestora, sin que se desplace en régimen de pago delegado a quien emplea así como la gestión se le asigna en todo caso al INSS, equiparándose en estos aspectos a la prestación por maternidad.

Por lo demás, la Ley de Conciliación establece, al igual que en la suspensión por maternidad, la medida de fomento de empleo que da lugar al tratamiento de cotización "coste cero" (regla de incentivo indirecto) para aquellos contratos de interinidad que vengan a sustituir las vacantes que ocasione este nuevo supuesto de suspensión de riesgo durante el embarazo (Art. 18 de la nueva Ley 39/99). Por lo demás, se mantiene la obligación de cotizar (coste directo) por parte de la empresa durante las situaciones de maternidad y riesgo durante el embarazo, aunque ello suponga causas de suspensión de la relación laboral.

Por último, aunque esta nueva figura suspensiva ha de tener favorable acogida, se detectan las siguientes deficiencias en su regulación:

- No incluye la nueva figura de suspensión la situación de riesgo para la trabajadora en periodo de lactancia: como manifestó el Dictamen del Consejo Económico y Social (y ello no ha sido tenido en cuenta por la versión definitiva de la Ley), si de lo que se trata es de atender a un más preciso cumplimiento de la Directiva 92/85/CEE pues, junto al embarazo, la lactancia también es considerada situación de riesgo con iguales efectos por la indicada norma comunitaria.
- La ley no establece con claridad y precisión a quién corresponde declarar la situación de suspensión por riesgos durante el embarazo (cuando las posibilidades además son múltiples: servicios médicos de la Seguridad Social, declaración unilateral del empresario, mutuo acuerdo con la trabajadora o con los representantes legales de los trabajadores…) cuestión que habrá de resolverse, bien vía reglamentaria, bien vía convencional.

ESTAMOS ANTE UNA REGULACIÓN SUMAMENTE INTERESANTE Y COMPLEJA QUE SUPONE UN IMPORTANTE AVANCE EN LA NECESIDAD DE CONCILIACIÓN DEL TRABAJO Y LA FAMILIA COMO UNA CONDICIÓN VINCULADA DE FORMA INEQUÍVOCA A LA NUEVA REALIDAD SOCIAL, PERO CUYO TÍTULO ES EXCESIVAMENTE AMBICIOSO Y VA MUCHO MÁS ALLÁ QUE LO QUE REALMENTE SUPONE SU CONCRETO CONTENIDO.

CONCLUSIONES

En definitiva, estamos ante una regulación sumamente interesante y compleja que supone un importante avance en la necesidad de conciliación del trabajo y la familia como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social, pero cuyo título es excesivamente ambicioso y va mucho más allá (lo que puede ser equívoco) que lo que realmente supone su concreto contenido. Y ello, por diversas razones que podrían resumirse de la siguiente manera:

- La norma afecta exclusivamente a la legislación laboral y de Seguridad Social, cuando la complejidad de la materia requiere de actuaciones en ámbitos más variados y diversos que se integren en una más amplia política familiar.
- La reforma afectará a los costes (no tanto económicos como organizativos y de gestión de personal) de la empresa; ello unido a que el ámbito subjetivo de aplicación de la nueva norma será mayoritariamente la mujer, puede ocasionar el denominado efecto boomerang.
- Dentro del contenido de la nueva Ley, se han de destacar como deficiencias más relevantes en la figura de la suspensión por maternidad el que se hubiere regulado (como ocurre con otros permisos e interrupciones) como un derecho individual, separado e intransferible tanto del padre como de la madre.

Igualmente, podría haberse aprovechado la ocasión para clarificar el ejercicio del derecho a las vacaciones anuales y el derecho a la suspensión por maternidad cuando ambos coinciden.

De otra parte, y como ya se ha analizado, en la nueva figura suspensiva por riesgo durante el embarazo falta por incluir el supuesto de riesgo durante el periodo de lactancia (teniéndose aquí en cuenta fundamentalmente la salud del recién nacido).

En conclusión, estamos ante una materia sumamente compleja que afecta a diversas políticas, que exige un tratamiento global e integral de todos los aspectos, carencias y necesidades que sean preciso cubrir. Todo ello unido a una mayor concienciación social y de los poderes públicos facilitará el camino hacia una sociedad más avanzada, justa, libre e igualitaria, en la que se verán beneficiados todos sus componentes:

- Se beneficiará la propia unidad familiar a través de un reparto más equitativo de las tareas que de la misma se derivan y se logrará una mayor y mejor atención a los miembros que necesitan de ayuda.
- La mujer, sin duda, alcanzará una mayor y más completa realización humana y vital, al permitírsele ejercer plenamente sus capacidades, tanto en el esfera laboral como en su vida privada y familiar.
- Pero también de tales cambios se beneficiarán los hombres, lográndose un modelo masculino más completo y realizado, al permitírseles su participación en las tareas del hogar y la familia. Como se ha afirmado (Tribe) "el derecho antidiscriminatorio no sólo beneficia a la mujer (que se ve liberada de antiguos roles sociales que la ligaban al hogar y a la familia) sino también al hombre (que se ve también liberado de esos mismos antiguos roles que lo vinculaban al trabajo extra doméstico de un modo tal que se le impedía la vida familiar".
- Considero que son los hijos e hijas, los menores, los que más beneficiados van a salir en esta evolución, reclamando desde aquí el derecho de los hijos e hijas a ser atendidos, educados y cuidados no sólo por sus madres sino también por sus padres.