

APUNTES SOBRE LA LEY 39/1999, DE 5 DE NOVIEMBRE, PARA PROMOVER LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS

JAVIER GÁRATE CASTRO

Catedrático de Dereito do Traballo

Universidade de Santiago de Compostela

1. A finales del pasado año tuvo lugar la promulgación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, la cual responde, en buena medida, a la necesidad de transponer a nuestro ordenamiento interno las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CEE, de 3 de junio, la primera relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; la segunda sobre permiso parental (y la ausencia al trabajo para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres).

Dicha Ley introduce, con la finalidad que anuncia su título, cambios de diversa intensidad tanto en la legislación laboral y de seguridad social como en la de funcionarios. Así, por lo que respecta a la primera, a la que limito el análisis que sigue, se modifican determinados preceptos del ET (arts. 37, 45, 46, 48, 52, 53 y 55), de la LPL (arts. 108, 122, 138 bis y 189), de la LPRL (art. 26) y de la LGSS (arts. 38, 106, 133 bis, 134 y 135, entre otros). Sin embargo, una vez leído su contenido, se descubre, con facilidad, que aquella dista mucho de acometer una regulación global y en profundidad de la materia y que lo realizado son cambios puntuales que se presentan **formalmente** como susceptibles de favorecer la equiparación entre trabajadores masculinos y femeninos y un reparto equilibrado entre ambos de las responsabilidades familiares y laborales.

Ciertamente, no parece que las medidas introducidas, la mayoría de las cuales son el resultado de reformar, para ampliar su protección, contenidos que ya preveía nuestro

ordenamiento (permisos por lactancia; reducción de jornada por cuidado de menores o minusválidos; excedencia por cuidado de hijos; suspensión del contrato por parto, adopción o acogimiento), sean materialmente suficientes para conseguir la efectividad o plenitud de ese reparto y de la postulada conciliación de la vida familiar con la laboral; pero, aun así, debe reconocerse que la Ley 39/1999 pone de relieve la intención del legislador de avanzar por tal camino. Se es consciente de que la existencia de responsabilidades familiares constituye un obstáculo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y la plena integración de estas últimas en el mundo laboral. Si hasta épocas relativamente recientes las normas laborales distaban de la adopción de una regulación de condiciones de trabajo que favoreciese la incorporación de la mujer al trabajo a través de un reparto más equilibrado de las responsabilidades familiares, hoy se comprueba como la referida regulación ya no se construye en función exclusiva de un tipo de trabajador carente de esas responsabilidades. Cosa distinta es la eficacia que puedan tener en la práctica las medidas adoptadas y que, probablemente, sus destinatarios se resistan al empleo de algunas de ellas, por la reducción o pérdida de ingresos que suponen (reducción de jornada, excedencia), prefiriendo hacer uso de otras que pueden resultar tanto o más eficaces desde el punto de vista de la conciliación de la vida laboral y familiar, como son las representadas por los diversos servicios de cuidado profesional de personas (niños, ancianos, enfermos), a cuya promoción deben contribuir los poderes públicos, pues constituyen el complemento indispensable de las ya adoptadas en el campo laboral y de seguridad social. No creo que sean muchas las familias que puedan permitirse el prescindir total o parcialmente, no ya de todos los sueldos con los que cuente la unidad familiar, sino de uno de ellos, como ocurre cuando se solicita la reducción de jornada por motivos familiares o la excedencia por cuidado de familiares. Para las familias cuyo nivel de ingresos hace prácticamente inviable el uso de estas medidas legales, que serán, probablemente, la mayoría, la alternativa para una posibilidad efectiva de conciliación de la vida laboral y familiar pasa, necesariamente, por la concesión de facilidades para acceder a los servicios de atención a las personas a los que antes se aludió.

Destinatario de esas medidas laborales y de seguridad social a través de las que se pretende contribuir a impulsar la conciliación entre la vida familiar y el desarrollo de actividades profesionales es el conjunto de los trabajadores asalariados, con independencia de su sexo; con todo, no parece arriesgado pronosticar, a la vista del modelo cultural al que responde nuestra sociedad, en la que la atención al cuidado de la familia gravita de forma principal sobre la mujer, que ésta será, en la práctica, quien hará el principal uso de algunas de aquéllas, lo cual, de confirmarse, minimizaría la contribución de la reforma legal a la buscada promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo. Puede contribuir también al efecto señalado el que el salario que percibe la mujer resulte ser, con frecuencia, inferior al obtenido por el varón; si la medida a la que se precisa recurrir implica una reducción o pérdida de la retribución, parece lógico que opte por su empleo quien tenga los ingresos más reducidos.

El propósito que persigo en las páginas que siguen no es el de realizar un examen minu-

cioso de los cambios que introduce la Ley considerada, sino otro mucho más modesto, consistente en la reseña de algunos de esos cambios y el comentario de algunos de los problemas que presenta la aplicación de aquélla, no todos con fácil o clara solución, lo que me lleva a poner ya de relieve aquí la conveniencia de una nueva intervención legislativa que aborde directamente y corrija las deficiencias y omisiones más graves que se aprecian.

2. Entre las novedades más relevantes o de “tono mayor” que se descubren en la Ley 39/1999 figura, sin duda, la ampliación del supuesto de hecho que permite al trabajador decidir, con carácter **temporal**, el cese **total** o **parcial** en el trabajo con objeto de disponer de más tiempo para la atención de las responsabilidades familiares.

Dejando de momento a un lado el permiso por lactancia (art. 37. 4 ET), antes, la indicada posibilidad se encontraba unida al **nacimiento** o **adopción** de un hijo y al **cuidado directo**, por razón de guarda legal, de un **menor de seis años** o un **minusválido** (“disminuido físico o psíquico”). En el primer caso –nacimiento o adopción– se tenía derecho a una **excedencia** de hasta tres años; en el segundo, a una **reducción de la jornada** de trabajo entre un tercio y la mitad, con reducción proporcional del salario, planteándose la cuestión de si el requisito legal de no desempeñar “otra actividad retribuida” estaba referido al minusválido o al solicitante de la reducción de jornada, en cuyo supuesto quedarían excluidos del beneficio quienes se encontrasen en situación de pluriempleo o pluriactividad. Tal cuestión se resuelve claramente por el nuevo art. 37.5 ET en el primero de los sentidos apuntados; además, de acuerdo con ese precepto y el igualmente nuevo art. 46. 3 ET, también confiere derecho a uno u otro de los beneficios antes señalados, a opción siempre del trabajador interesado, la asunción del **cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que no desempeñe actividad retribuida y que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo**, condición esta última que, a mi juicio, debe interpretarse en el sentido de una dificultad y no una total imposibilidad; en cuanto al requisito de que el sujeto causante no desempeñe actividad retribuida, no cabe asimilar a ésta la percepción por aquél de una pensión o subsidio. Asimismo, permite el acceso a la excedencia aquí examinada el supuesto de **acogimiento permanente** o **preadoptivo** (art. 173 bis C.c.; se excluye tanto el residencial como el familiar simple, de breve duración), equiparado, a tales efectos, al nacimiento y a la adopción; con semejante ampliación, se establece una simetría en el tratamiento de los sujetos causantes de la excedencia y de la suspensión del contrato *ex* art. 48.4 ET, inexistente antes de la reforma.

Mientras que los límites dentro de los que debe quedar comprendida la reducción de la jornada son comunes a todos los casos que dan derecho a ésta, incluidos los de la motivada por la atención de familiares por razón de edad, enfermedad o accidente, la duración máxima “legal” de la nueva situación de excedencia solicitada para cubrir esa misma atención es de un año, sin perjuicio, claro está, de que por convenio colectivo o, aunque no se diga nada, pacto individual, pueda establecerse un plazo superior. Así como la referencia

legal expresa a esa posibilidad de aumento del plazo legal por medio de la negociación colectiva es meramente “declarativa”, pues el convenio colectivo no precisa ninguna habilitación legal para regular el referido extremo, la omisión de igual referencia al pacto individual no puede interpretarse en el sentido que quede excluido el empleo de éste para mejorar lo dispuesto en la norma estatal (o en el convenio colectivo), para lo que sí sería preciso una previsión expresa.

Particular relieve revisten, por la carga y trastornos organizativos que ello puede representar para las empresas, especialmente las de pequeña dimensión y con trabajadores de difícil sustitución por su preparación o cualificación profesional, las posibilidades de **disfrute simultáneo o sucesivo de más de un beneficio por el mismo trabajador** y de **disfrute plural** (por más de un trabajador), también **simultáneo o sucesivo, de un mismo tipo de beneficio**. En concreto: **1)** el permiso por lactancia (art. 37.4 ET) admite que el beneficiario pueda acumularlo a la reducción de jornada por motivos familiares (art. 37.5 ET) y simultañearlo con ésta. **2)** Variando los sujetos causantes, un mismo trabajador puede ejercitar de forma **sucesiva**, por cada uno de ellos, el derecho a disfrutar una reducción de jornada o excedencia, incluso sin solución de continuidad. Y **3)** se permite, bajo ciertas circunstancias, que dos o más trabajadores puedan acceder a la expresada reducción de jornada o a la excedencia por cuidado de familiares por el **mismo sujeto causante**, con lo que el legislador opta ahora por apartarse del criterio contrario seguido en relación con la excedencia por cuidado de hijos en la versión anterior del art. 46.3 ET, según el cual, cuando el padre o la madre trabajasen, sólo uno de ellos podría ejercitar el derecho a aquélla. Las únicas restricciones que se establecen al respecto están previstas para el caso en que los dos o más trabajadores **ligados por parentesco** y con derecho al beneficio de que se trate (reducción de jornada o excedencia) presten servicios para la **misma empresa**, pues entonces “*el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa*” (arts. 37.5, párrafo último, y 46.3, párrafo tercero, ET). En suma: **1)** No existen límites al ejercicio **simultáneo** del mismo tipo de derecho por más de un trabajador y en relación con un único sujeto causante cuando sean **distintas las empresas** en las que los beneficiarios presten servicios. **2)** Aun tratándose de la misma empresa, tampoco hay obstáculo legal que impida el disfrute **simultáneo** de un mismo tipo de beneficio por más de un trabajador cuando **varíe el sujeto causante** de aquél, como sucedería, por ejemplo, si en una misma familia un trabajador lo ejercita para cuidar a su madre, otro para hacer lo propio con su padre y un tercero con su cónyuge enfermo. **3)** Las limitaciones al disfrute **simultáneo** de un beneficio por más de un trabajador están previstas para el caso en que dicho beneficio sea el mismo; nada se establece para cuando, en la misma empresa y respecto a un único sujeto causante, un trabajador solicite la reducción de jornada y otro, vinculado a aquél por parentesco, la excedencia. Si se considera que el problema requiere atender a la desorganización productiva que derive de la situación descrita, la solución será el permitir que también aquí pueda prosperar la oposición justificada del empresario al referido ejercicio simultáneo. Y **4)** aun tratándose de la misma empresa, cabe el disfrute plural de un mismo beneficio (reducción de jornada o

excedencia) generado por un único sujeto causante siempre que tal disfrute sea **sucesivo**, con o sin solución de continuidad (por ejemplo, primero disfruta de la excedencia por cuidado de un hijo la madre y posteriormente lo hace el padre, también en relación con igual hijo).

En otro orden de cosas, tanto la reducción de la jornada como la excedencia que se viene considerando son **causales**, esto es, su disfrute está directamente condicionado a la realidad de los motivos familiares invocados para acceder a él. Si esto es así, la inexistencia o desaparición de tales motivos (v. gr., el fallecimiento del familiar causante del derecho o su curación y posibilidad de volver a valerse por sí mismo) debe producir, respectivamente, la consecuencia de impedir que el trabajador pueda pretender con éxito el acceso o la conservación de uno u otro beneficio. Ahora bien, tal consecuencia ha de quedar reservada para los casos de ausencia **total** de causa, en los que conste que no existe ningún tipo de **dedicación personal** al cuidado de los familiares que se configuran legalmente como sujetos causantes del derecho y que el tiempo que se resta al trabajo se va a emplear o se emplea en finalidades que nada tienen que ver con el expresado cuidado.

Si los tres años que puede durar la excedencia por cuidado de hijo se computaban antes, tanto si éste lo era “por naturaleza” como por adopción, desde su nacimiento, actualmente se computan, en el segundo caso y en el nuevo de “acogimiento”, desde la correspondiente resolución judicial o administrativa, permitiéndose, en consecuencia, el disfrute de la excedencia por causa de adopción de mayores de tres años, imposible hasta la reforma operada por la Ley 39/1999.

3. El ejercicio del permiso por lactancia y de la reducción de jornada por motivos familiares cuenta, para la efectividad del correspondiente derecho, con una garantía procesal específica, consistente en el establecimiento de una nueva **modalidad procesal** dirigida a solventar las discrepancias surgidas entre el empresario y el trabajador. Tal modalidad procesal, que regula el nuevo art. 138 bis LPL, se caracteriza por someter aquéllas a un procedimiento “*urgente*” y de “*tramitación preferente*”, en el que la sentencia que dicte el Juez de lo Social es firme y, por lo tanto, como precisa el nuevo art. 189.1 LPL, no admite recurso de suplicación. Sin embargo, el objeto del proceso queda limitado a la resolución de los litigios que versen sobre la **concreción horaria** y la **determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada** (arts. 37.6 ET y 138 bis LPL), por lo que cualesquiera otras cuestiones quedan sometidas a su conocimiento por la vía del proceso ordinario.

La urgencia que se predica de la modalidad procesal no se compagina en absoluto con la sujeción de la tramitación de ésta al intento de conciliación preprocesal o a la reclamación administrativa previa (cuando el empresario demandado resulte ser una Administración), así como a la inhabilidad del mes de agosto para la práctica de las actuaciones procesales que requiera tal tramitación. Ello puede conducir, en determinadas situa-

ciones, a que la solución judicial del conflicto llegue cuando ya ha desaparecido la causa generadora del derecho al beneficio pretendido, sobre todo si aquélla ha aparecido súbitamente y no ha permitido al trabajador hacer con antelación una propuesta de concreción temporal del aludido beneficio. Si, como puede pensarse, el mantenimiento de los indicados requisitos preprocesales y de la inhabilidad del mes de agosto obedece a un descuido del legislador, éste debería proceder con urgencia a corregir el defecto a través de la oportuna modificación de los arts. 64., 70 y 43.4 LPL. Si el expresado mantenimiento se hizo con consciencia, sólo resta criticarlo por inconveniente y postular, *de lege ferenda*, su supresión.

De acuerdo con el art. 37.6, párrafo primero, ET, la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada por motivos familiares corresponden al trabajador, lo que concuerda con el criterio seguido de forma mayoritaria por los Tribunales laborales con anterioridad a la Ley 39/1999, cuando no existía ninguna previsión legal al respecto. Sin embargo, no parece que la decisión tomada por el trabajador tenga, tras su notificación al empresario, eficacia directamente constitutiva de la modificación del tiempo de trabajo que implica y permita que aquél pueda ya ausentarse del trabajo durante el espacio temporal unilateralmente elegido por él. Me inclino por la anterior conclusión a la vista del art. 138 bis LPL, que parte, al configurar la modalidad procesal para resolver las discrepancias que puedan tener sobre el particular el empresario y el trabajador, de que lo que emite este último es una **propuesta**, cuya efectividad supone la aceptación del primero. De mediar oposición de éste, la posibilidad de que el trabajador pueda disfrutar el permiso o la reducción de la jornada en el horario de su elección queda supeditada a la estimación judicial de la pretensión procesal que el mismo ejercite con tal finalidad, para lo que dispone del plazo de los veinte días (hábiles) siguientes a la comunicación de la disconformidad patronal, transcurrido el cual aquél decae en su derecho de hacer valer otro momento de interrupción del trabajo distinto del alternativo propuesto por la empresa. Hasta que recaiga resolución judicial que confirme la pretensión del trabajador, éste habrá de posponer el ejercicio del derecho u optar por disfrutarlo dentro del espacio temporal que alternativamente hubiera marcado la empresa, sin perjuicio de reclamar la indemnización por los daños (incluidos los “morales”) y perjuicios que tal situación hubiera podido producirle.

En fin, puesto que el trabajador hace uso de un derecho que le confiere el ordenamiento jurídico, debe entenderse que el mismo se ejercita regularmente y que la propuesta realizada por aquél en relación con el momento de su disfrute es la más ajustada a las necesidades familiares a las que se pretende atender. En este sentido, es el empresario el que asume la carga de probar la realidad de las razones en las que fundamenta su disconformidad a la referida propuesta y por las que considera que debe prevalecer la formulada alternativamente por él.

4. Compatibles en cuanto a la posibilidad de su disfrute **sucesivo** por un mismo traba-

jador son las **suspensiones** del contrato de trabajo por **maternidad, situaciones asimiladas y riesgo durante el embarazo**, ésta última siempre previa, cuando proceda, a la primera. También lo son las ya examinadas excedencia por cuidado de familiares y reducción de jornada por motivos familiares, las cuales pueden preceder o seguir a cualquiera de las referidas suspensiones. Por otro lado, nada prohíbe que el disfrute de cualquiera de éstas por uno de los progenitores puede solaparse con el disfrute por el otro de una reducción de jornada o excedencia por cuidado de familiares, y así, por ejemplo, si la madre opta por hacer uso de todo el período de suspensión por maternidad, el padre podría, simultáneamente, disfrutar de una excedencia o reducción de jornada motivada por el cuidado del hijo.

Por lo que se refiere a la **suspensión del contrato por maternidad y situaciones asimiladas**, las modificaciones introducidas por la Ley 39/1999 en el art. 48.4 ET se concretan en:

1) La ampliación del período ordinario de suspensión (16 semanas ininterrumpidas) en los supuestos de **parto múltiple**, en los que el tope deja de estar establecido, cualquiera que sea el número de los hijos nacidos, en 18 semanas y pasa a fijarse en función del expresado número, a razón de 2 semanas adicionales por cada hijo a partir del segundo, inclusive.

2) La clarificación y mejora de las condiciones de la suspensión motivada por la **adopción** y el **acogimiento**. El régimen jurídico de la misma se aproxima ahora al de la suspensión por maternidad a través, en primer lugar, de la permisión de que también el período que corresponda a aquélla pueda distribuirse entre los dos progenitores adoptivos, cuando ambos trabajen (antes sólo uno de ellos podía ejercitar el derecho), y, en segundo lugar, de la **plena equiparación** en lo que respecta a la **duración** de ambos tipos de suspensión, incluida la ampliación del período ordinario cuando medie adopción y acogimiento **múltiples**. Con anterioridad, esta última circunstancia no daba lugar a ampliación alguna y, por otro lado, la duración máxima de la suspensión era de 16 semanas sólo cuando la edad del adoptado o acogido no superase los nueve meses, reduciéndose a un máximo de 6 semanas si el mismo tuviera más de nueve meses y menos de cinco años y no generándose derecho a suspensión por la causa contemplada si aquél ya hubiese cumplido los cinco años. Tales diferencias por razón de la edad del adoptado o acogido se han suprimido y, además, aunque se mantiene un tope de edad a partir de la cual ya no surge el derecho, aquél se eleva a los seis años y deja de ser aplicable cuando el adoptado o acogido sea discapacitado o minusválido o se acredite, “por los servicios sociales competentes”, que el mismo tiene “especiales dificultades de inserción social y familiar” a causa de “sus circunstancias y experiencias personales o ... por provenir del extranjero”.

En otro orden de cosas, junto a la precisión de los tipos de acogimiento que dan lugar a la suspensión, limitados al preadoptivo y al permanente, a los que se refiere el art. 173 bis C.c., se equipara expresamente a ambos y a la adopción aquellas instituciones jurídicas extranjeras que tengan igual finalidad y produzcan similares efectos jurídicos (disp. adicional quinta Ley 39/1999; la equiparación es a los efectos de esta Ley y, por lo tanto, se

aplica también en relación con el acceso a la excedencia por cuidado de familiares). Por último, en los supuestos de **adopción internacional** se permite que el inicio de la suspensión pueda tener lugar dentro de las cuatro semanas anteriores a la resolución por la que se constituye la adopción, “cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado”.

3) La clarificación de la duración del período de suspensión del que puede disfrutar el padre en caso de **fallecimiento de la madre**. De acuerdo con la versión anterior del art. 48.4, párrafo primero, ET, parecía que aquél adquiriría el derecho a la suspensión del contrato sólo por el tiempo que le restase a la fallecida para el término del período obligatorio de descanso posterior al parto (seis semanas). Hoy se precisa que el expresado derecho es utilizable por todo el tiempo de suspensión que no hubiese agotado la madre (“el padre podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión”).

4) **La flexibilización del reparto entre los padres del período de suspensión**, cuando ambos trabajen. En el caso de la suspensión por **maternidad**, frente a la situación anterior, en donde la madre sólo podía trasladar al padre hasta cuatro de las últimas semanas, la nueva regulación de la materia permite el traslado de hasta la totalidad de las semanas que excedan del período descanso obligatorio posterior al parto; por lo tanto, en el supuesto general de parto de un único hijo, el padre podrá disponer de una suspensión de hasta diez semanas. En el caso de la suspensión por adopción y acogimiento, recuérdese que también se permite ahora que los dos progenitores se distribuyan el período correspondiente a aquélla.

Regla igualmente flexible, común a ambos tipos de suspensión, es la relativa a la posibilidad de que ésta se disfrute de forma **simultánea** por los dos beneficiarios. Tratándose del período de **suspensión por maternidad**, como quiera que ese disfrute simultáneo puede producirse desde el momento del parto, el problema que puede plantearse, que ha pasado desapercibido para el legislador, es el de que con posterioridad, ya próximo o llegado el fin de la parte del período que se hubiese reservado la madre, aparezca un riesgo para la salud de ésta incompatible con su incorporación al trabajo. Si el período de suspensión del padre todavía no hubiese concluido, una posible solución podría ser la de seguir una interpretación que corrija y adapte a la situación de disfrute simultáneo la regla que mantiene el art. 48.4, párrafo segundo, inciso final, ET, introducida cuando sólo se admitía el disfrute sucesivo (la madre “podrá optar por que el padre disfrute de una parte ... del período de descanso posterior al parto ..., *salvo que en el momento de su efectividad* la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud”); de acuerdo con la postulada interpretación, el padre habría de poner fin a su suspensión y trasladar el tiempo que restara a la madre. A partir de ahí, una vez agotada esa parte del período recuperada por la madre, si ésta continuara imposibilitada para incorporarse al trabajo habría que entender que su situación pasaría a ser de suspensión por **incapacidad temporal** derivada de enfermedad común. Esto último también se aplicaría al supuesto en que en el momento de aparecer el riesgo para la salud que imposibilita la reincorporación ya hubiera concluido la

parte del período de suspensión del padre.

Por descontado, además de en los casos de períodos de disfrute simultáneo, también en los de disfrute sucesivo, aunque no haya previsión expresa, la suspensión compartida por los progenitores no podrá superar la duración que hubiera correspondido si el derecho lo hubiese ejercitado sólo uno de ellos.

Y 5) la flexibilización de la distribución del período de descanso que representa el consentir que el beneficiario pueda disfrutarlo en régimen de jornada a **tiempo parcial**. Semejante fórmula, que permite una prolongación del descanso a costa de una menor intensidad del mismo, da lugar, en rigor, a una reducción de jornada caracterizada por no haber pérdida económica, pues el tiempo en que no hay prestación de servicios (ni, por lo tanto, se percibe el salario), queda cubierto por el subsidio que abona la seguridad social, cuyo régimen jurídico habrá de acomodarse a la posibilidad que se comenta. Semejante acomodación la prevé, sin duda, el nuevo art. 48.4, párrafo penúltimo, ET, cuando remite el empleo de aquella a “los términos que reglamentariamente se determinen”, los cuales despejarán, quizás, la duda de si existe algún supuesto en que una parte del período de descanso deba ser disfrutado necesariamente a tiempo completo (pienso, en concreto, en las seis semanas que corresponden al descanso obligatorio de la madre posterior al parto), aspecto sobre el que omite pronunciarse el ET, lo que, ciertamente, condiciona el espacio en el que puede actuar el reglamento. Si se compara este disfrute del descanso a tiempo parcial con el supuesto de reducción de jornada *ex* art. 37.5 ET, las diferencias con el mismo no terminan en la expuesta (cobertura por la seguridad social de la pérdida de ingresos); en efecto, aquél requiere, en todo caso, el “previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados”, sin el cual sólo cabe el disfrute a tiempo completo.

Cualquiera que sea el beneficiario y tenga lugar o no a tiempo completo, continua exigiéndose que el disfrute del período de suspensión se produzca, una vez iniciado, de forma ininterrumpida.

5. La adaptación de las condiciones de trabajo y el cambio de puesto o de funciones ya figuraban en la versión inicial del art. 26 LPRL como medidas que debe adoptar la empresa, temporalmente y de modo progresivo, en orden a evitar la exposición de la trabajadora embarazada o en situación de parto reciente a riesgos laborales que puedan influir negativamente sobre su salud, la del feto o la del hijo lactante. Sin embargo, restaba por regular el modo de proceder en los casos en que no aparecieran puestos o funciones libres de riesgos en los que ocupar a la afectada. La medida que para esos casos prevé la Directiva 92/85/CEE, de 19 octubre, consiste en la dispensa de trabajo (art. 5º.3), a cuya transposición pretende dar cumplimiento la Ley 39/1999, al modificar el citado art. 26 LPRL y, en concordancia con ello, otros artículos del ET y de la LGSS. La solución adoptada es la de disponer el pase de la trabajadora a la **situación de riesgo durante el embarazo**, que se añade a la relación de supuestos de suspensión que contiene el art. 45.1.d) ET y que dura-

rá hasta que “se inicie la suspensión del contrato por maternidad biológica o desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado” (art. 48.5 ET). Sin embargo, se deja fuera del ámbito de aplicación de la medida la situación de riesgo durante el período de **lactancia** (art. 26.2, 3 y 4 LPRL), lo cual no encaja bien con la Directiva 92/85/CEE, que no excluye que pueda resultar necesario acudir durante aquél a la dispensa de trabajo que contempla.

La pérdida de rentas salariales que conlleva la suspensión que se comenta es atajada mediante la configuración de la situación como nueva contingencia protegida por la seguridad social [arts. 38.1.c), 134 y 135 LGSS], a cargo de la cual se establece el abono de un subsidio económico desde el día en que se inicie la referida suspensión y hasta el término de la misma (nuevo art. 135.2 LGSS). Puesto que el art. 135.1 LGSS dispone que dicho subsidio “se concederá ... en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica de incapacidad temporal derivada de enfermedad común”, sin más particularidades que las que a continuación determinan los restantes apartados del precepto, debe entenderse, al no aparecer incluido lo contrario entre tales particularidades, que la extinción del contrato de trabajo durante el transcurso de la suspensión no impide la subsistencia del derecho al subsidio hasta el acaecimiento de cualquiera de las dos circunstancias previstas legalmente para su extinción ordinaria, tal y como prevé, en relación con el subsidio por incapacidad temporal, el art. 222.1 LGSS. Con todo, debería contemplarse expresamente la posibilidad de enlazar, en la situación expuesta, el término del disfrute del subsidio por riesgo durante el embarazo con el comienzo del disfrute del subsidio por maternidad.

Muchas son las cuestiones que plantea la nueva causa de suspensión y la protección de seguridad social durante la misma. Probablemente, una buena parte de ellas se resuelvan a través del desarrollo reglamentario de aquélla y de ésta. Entre tales cuestiones figura la de quién decide y cómo se decide la inexistencia de un puesto exento de riesgo determinante de la suspensión del contrato y del nacimiento del derecho a la protección de seguridad social. Precisamente, la gestión de ésta se remite, en el nuevo art. 135.4 LGSS, al “procedimiento que reglamentariamente se establezca”.

6. La influencia de las Directivas 92/85/CEE, de 19 octubre, y 96/34/CEE, de 3 junio, se descubre fácilmente en la **protección especial** frente al **despido** que se produzca: **1)** durante el embarazo; **2)** en el transcurso del período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento y riesgo durante el embarazo; **3)** a partir de la solicitud o durante el disfrute del permiso por lactancia o de la reducción de jornada por motivos familiares (art. 37.4 y 5 ET); y **4)** a partir de la solicitud de la excedencia por cuidado de familiares (art. 46.3 ET). En cualquiera de los casos a los que acaba de hacerse referencia, de no apreciarse por el juzgador la presencia de elementos que evidencien la procedencia del despido, éste será declarado **nulo** (arts. 53.4 y 55.5 ET; arts. 108.2 y 122.2 LPL) o, lo que es igual, queda excluida la posibilidad de calificar el mismo como improcedente.

Puesto que la declaración de procedencia se condiciona en nuestro derecho al cumplimiento de ciertos requisitos de forma y fondo, la nulidad contemplada alcanza, incluso, *prima facie*, a aquellos supuestos en que la ilicitud del despido derive, no de su causa, que puede ser real y suficiente para justificar la decisión de la empresa, sino de la mera inobservancia de los requisitos formales legal o convencionalmente exigibles; o en que el empresario, aun habiendo cumplido tales requisitos formales, haya basado su decisión en motivos que, aunque reales y ajenos a todo propósito discriminatorio, contrario a derechos fundamentales o relacionado con el embarazo o el ejercicio de los derechos antes reseñados, se consideran, simplemente, insuficientes, por su entidad, para servir de fundamento al despido. El efecto asociado a la mencionada declaración de nulidad no difiere del previsto con carácter general; esto es, consistirá en la condena a la readmisión del trabajador en iguales condiciones que las existentes antes del despido, así como al pago de los salarios de tramitación.

No cabe duda de que la medida comentada constituye una garantía de la efectividad de los derechos sobre los que se proyecta y guarda directa correspondencia con las previsiones de las Directivas a las que antes se hizo referencia, al menos en cuanto a la finalidad perseguida por tales previsiones, de las que aquélla viene a ser transposición. Lo pedido por la normativa comunitaria es que no se consienta un despido por la solicitud o disfrute de un permiso parental (cláusula 2.4, Directiva 96/34/CEE) o durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad” (art. 10.1, Directiva 92/85/CEE) y, en consonancia con lo anterior, que se adopten las “medidas necesarias” para proteger a quien sea objeto de ese despido, que sería ilícito (art. 10.3, Directiva 92/85/CEE y, de nuevo, cláusula 2.4, Directiva 96/34/CEE). Pues bien, para conseguir esa protección parece suficiente la mencionada declaración de nulidad del despido, por suponer el pleno restablecimiento de la relación laboral. Sin embargo, ello no significa que la configuración legal de la medida sea la más apropiada; lejos de ello, plantea importantes dudas sobre el ámbito y los efectos de ésta.

La declaración de nulidad de que se trata no es nueva en el derecho español, sino que cuenta con el precedente de la contemplada en la versión inicial del art. 55.6, ET, que unía aquélla a los despidos no procedentes producidos durante cualesquiera tipos de suspensiones del contrato de trabajo. En comparación con tal precedente, la Ley 39/1999, de un lado, reduce el ámbito de la medida a unas concretas suspensiones (por maternidad y situaciones asimiladas, riesgo durante el embarazo y, acaso, excedencia por cuidado de familiares); de otro, extiende la aplicación de la misma a un momento previo al comienzo de éstas (despido producido desde el inicio del embarazo y antes de la suspensión por maternidad o entre la solicitud y el inicio del disfrute de la excedencia por cuidado de familiares) o, incluso, a supuestos en donde no va a mediar ninguna suspensión del contrato, como sucede en el caso del despido decidido tras la solicitud o durante el disfrute de un permiso por lactancia o de una reducción de jornada por motivos familiares. No pongo objeción alguna al hecho de que se haya apreciado que la extensión de la medida a esos supuestos en donde no media suspensión del contrato constituye una forma adecuada de transposición de las exigencias de las Directivas 92/85/CEE y 96/34/CEE; sin embargo, sí me parece criticable el que se

haya ceñido aquélla a unos concretos supuestos de suspensión, pues también en cualesquiera otros cabe descubrir la presencia de intereses del trabajador que no se entiende por qué deben ser objeto de la protección inferior que implica el permitir que el despido producido durante su transcurso admita la calificación de improcedente. Es de lamentar que el legislador no haya actuado más que guiado por el propósito de transposición de las indicadas Directivas y que ello le haya impedido ver que hubiera sido más coherente y razonable, en términos jurídicos, la adopción de una medida común para todos los supuestos de suspensión, como se hizo en la primera versión del ET, en 1980.

Repárese en que no se está ante una declaración de nulidad del despido necesariamente asociada al hecho de que éste haya respondido a una reacción patronal frente al embarazo o al ejercicio de alguno de los derechos que son objeto de protección a través de la indicada declaración. Si así fuera, la posibilidad de la misma no hubiese precisado una reforma del ET y la LPL, pues quedaría cubierta por la regla tradicional, no modificada, que califica de nulo al despido “que tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley” o se hubiera producido “con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador” [arts. 53. 4, y 55.5, ET; arts. 108. 2, y 122. 2. c), LPL]. El espacio en el que se desenvuelve la nulidad aquí contemplada es, pues, diferente, comprendiendo también los casos en que, sin mediar vulneración de derechos fundamentales o un móvil discriminatorio, el motivo determinante del despido se revela insuficiente para justificar la procedencia de éste o, aun apreciándose la suficiencia de aquél, aparece que el despido se ha realizado con inobservancia de los preceptivos requisitos formales (téngase en cuenta, a este respecto, que el art. 10.2 de la Directiva 92/85/CEE prevé, en relación con el despido de la trabajadora embarazada o que se encuentre disfrutando del permiso por maternidad, que el empresario aporte por **escrito** los motivos justificativos del cese) o se basa en faltas ya prescritas. Respondería a la primera de las situaciones apuntadas, por ejemplo, un despido por circunstancias objetivas fundado en inasistencias al trabajo que no alcanzan el volumen requerido, una vez excluidas las motivadas por dolencias asociadas al embarazo de la trabajadora afectada, computadas, indebidamente, por la empresa.

Ya advertí anteriormente acerca de las dudas que suscita la determinación del ámbito y efectos de la medida. En este sentido:

1) Aunque las nuevas reglas sobre la nulidad del despido se refieren directamente al *disciplinario* y al sustentado en *causas objetivas*, resultan también aplicables a cualesquiera otras extinciones producidas por voluntad unilateral (expresa o tácita) del empresario y asimiladas, por la doctrina y los Tribunales laborales, al primero de esos tipos de despido en cuanto a la calificación y efectos de las mismas. Sería el caso, por ejemplo, del cese producido durante la suspensión por maternidad y basado en una pretendida llegada del término del contrato que se revela inexistente. Probablemente, el legislador está pensando en la expresada asimilación cuando establece, no ya en los preceptos correspondientes al despido por causas objetivas, en el que ha de existir un preaviso, sino en los nuevos arts. 55.5

ET y 108.2 LPL, que es nulo el despido que afecte a quien esté disfrutando de una suspensión por riesgo durante el embarazo, maternidad o situaciones asimiladas si aquél se ha notificado “en una fecha tal que el plazo de *preaviso* finalice” durante ese disfrute. Como se sabe, dicho preaviso es exigible, además de para el despido por causas objetivas, para la extinción por término.

2) Los términos empleados por el legislador pueden inducir a pensar que, en el caso de la excedencia por cuidado de familiares, la particular declaración de nulidad del despido comentada procede únicamente frente al producido entre la solicitud de la excedencia y el comienzo del disfrute de ésta, con lo que quedaría excluido el acaecido durante ese disfrute. En efecto, la norma estatal hace referencia, exclusivamente, a la nulidad del despido de quienes “*hayan solicitado* la excedencia” considerada, fórmula que difiere de la empleada en los supuestos de permisos de lactancia, reducción de jornada por cuidado de familiares y suspensión por maternidad y situaciones asimiladas y riesgo durante el embarazo, en los que se especifica, expresamente, que el tipo de nulidad que se examina es aplicable al despido producido durante la suspensión de que se trate, a partir de la solicitud del permiso o reducción de jornada o en el curso del disfrute de estos dos últimos derechos (es nulo el despido de “los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o **estén disfrutando de ellos**”). A mi juicio, se está, probablemente, ante una deficiencia de redacción de los correspondientes preceptos; esto es, no me parece que la intención del legislador haya sido la de excluir el juego de la medida cuando el despido tiene lugar una vez comenzado el disfrute de la excedencia. En consecuencia, la indicación de que es nulo el despido de los trabajadores que “**hayan solicitado la excedencia** prevista en el apartado 3 del artículo 46” ET debe entenderse referida a los despidos producidos a partir del momento de esa solicitud y hasta el término de la suspensión. De rechazarse la anterior interpretación, no dejaría de ser posible que el despido de quien ya se encuentre disfrutando de la excedencia sea declarado nulo por razones de fondo; ahora bien, dicha calificación sólo podría obtenerse si el supuesto reuniera los elementos necesarios para su inclusión en el ámbito de aplicación de la regla general que atribuye el indicado efecto al despido con móvil discriminatorio o que viole derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

3) Frente a la nulidad del despido discriminatorio o contrario a derechos fundamentales y libertades públicas, donde el trabajador debe aportar indicios de la discriminación o vulneración del derecho fundamental que invoque, el nuevo supuesto de despido nulo tiene la ventaja de que exime de tal prueba indiciaria. Basta con que el trabajador pruebe que se encuentra en alguna de las situaciones a las que se asocia ese nuevo supuesto para que el empresario tenga que acreditar, si quiere evitar la declaración de nulidad del despido, que concurren motivos lícitos y suficientes para admitir la procedencia de éste. A diferencia de lo que sucede cuando se pretende la declaración del primer tipo de nulidad, no es posible eludir la del nuevo y obtener una declaración de improcedencia del despido probando que la actuación patronal, aun irregular, en modo alguno respondió al propósito de lesionar el

ejercicio de los derechos que trata de garantizar la medida estudiada. Así las cosas, es evidente la superior intensidad de la protección dispensada a través de dicha medida.

Y 4) puesto que la nulidad del despido puede venir determinada, según se señaló, por simples razones de forma, es razonable que se permita al empresario, una vez declarada judicialmente aquélla, proceder a efectuar un nuevo despido por igual causa y con observancia de todos los requisitos formales exigibles. Sin embargo, hubiera sido deseable la modificación del art. 53.4, párrafo primero, ET y 110.4 LPL para ajustar expresamente lo dispuesto en ellos a la situación ahora examinada, pues, a falta de tal modificación, la admisión de esa posibilidad de realizar un nuevo despido puede no resultar pacífica.

7. Aunque menos relevante, constituye también una medida protectora frente al despido la introducida a través de la modificación del art. 52.d) ET, consistente en la expresa exclusión, a efectos de la causa objetiva de extinción del contrato que contempla este precepto, de las ausencias por enfermedades causadas por el embarazo, el parto o la lactancia o motivadas por la suspensión por riesgo durante el embarazo.