

**LA EXCEDENCIA POR RAZONES FAMILIARES:
UNA REALIDAD JURIDICA NECESITADA DE
MAYOR PROTECCION SOCIAL**

Susana Rodríguez Escanciano

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de León*

RESUMEN:

El régimen jurídico que el ordenamiento social dispensa a la excedencia por razones familiares no puede valorarse sino de forma positiva por su tendencia a evitar la ruptura de la carrera profesional del trabajador, dotando de estabilidad a su relación laboral. Ahora bien, tampoco cabe magnificar los efectos positivos de la misma, pues la falta de protección económica que acompaña a esta institución constituye el óbice fundamental para materializar la ansiada conciliación de la vida laboral y familiar.

Palabras clave: excedencia – hijos – familiares.

ABSTRACT:

Social Law dispenses a positive legal regime to the extended leave of absence (by family reasons), because it avoids a breakdown in worker's professional career. However, the lack of economic protection constitutes the biggest obstacle to get the longed-for laboral and familiar life conciliation.

Key Words: leave of absence – children – family.

La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social

Sumario: 1.- Las responsabilidades familiares y su atención por el ordenamiento social. 2.- Excedencia por cuidado de los hijos. 2.1.- Naturaleza jurídica. 2.2.- La filiación (en sentido amplio) como causa de disfrute. 2.3.- Titularidad del derecho: la mujer como principal destinataria. 2.4.- Su limitada extensión temporal. 2.5.- Modalidades de ejercicio. 2.6.- Finalidad. 2.7.- Derechos derivados. 3.- Por cuidado de parientes próximos. 4.- Las denominadas prestaciones familiares de naturaleza no económica. 5.- Protección frente al despido. 6.- Reflexiones finales.

1.- LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y SU ATENCIÓN POR EL ORDENAMIENTO SOCIAL

La familia es la forma natural de organización de la especie humana, no en vano el hombre es un ser social que mantiene y ha mantenido siempre a lo largo de la historia relaciones (estables o esporádicas) de convivencia, protección, dependencia y ayuda con sus semejantes. La importancia indiscutible del fenómeno humano de agrupación familiar, así como la cantidad y variedad de cuestiones que plantea (tanto la propia institución social como las relaciones entre sus miembros) explican el relevante papel que ésta desempeña en el conjunto del ordenamiento jurídico¹.

Partiendo del dictado del art. 39.1 de la Constitución (CE), la realidad familiar es objeto de protección a través de muy diversas políticas públicas, que responden a las distintas perspectivas desde las que puede observarse esta institución. Dentro de esta amplia política social en torno a la familia, las normas laborales contemplan medidas para contribuir a la protección de la institución familiar en el marco de la prestación de servicios profesionales, a través de la conciliación de la vida familiar y laboral. Queda, así, delimitada la vertiente específicamente sociolaboral de esta política, constituida — obviamente — por el conjunto de medidas que los poderes públicos arbitran para la protección de la familia en relación con la prestación de servicios².

Bajo tal premisa, no procede olvidar que el protagonismo principal en cuanto a la atención de las tareas domésticas y al cuidado de familiares ha correspondido siempre mayoritariamente a las mujeres. En un reparto de papeles clásico, el hombre era el encargado de trabajar fuera de casa y traer el sustento económico para su familia, mientras que la mujer se ocupaba del cuidado del hogar. Esta concepción tradicional parece estar, sin embargo, en proceso de crisis, debido, principalmente, al acceso de la mujer al trabajo fuera de la sede familiar como consecuencia de un doble cúmulo de factores³:

1 BLASCO RASERO, C.: *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 2003, pág. 19.

2 Sobre políticas públicas de protección a la familia, ABRAHAMSON, P. et alii: *Comparing Social Welfare Systems in Nordic Europe and France*, Copenhagen Conference, V.4, París (Dress), 1998, págs. 141 y ss.; KAUTTO, M. et alii: *Nordic Social Policy*, Londres (Routledge), 1999, págs. 54 y ss.; LOPEZ LOPEZ, T.: *La protección a la familia en España y en los demás Estados miembros de la Unión Europea*, Bilbao (BBV), 1996, págs. 64 y ss. ó FLAQUER, LL.: *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*, Barcelona (Fundación La Caixa), 2000.

3 RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: *La protección jurídico-laboral de la mujer: luces y sombras*, Barcelona (Cedecs), 2001, págs. 31 y ss.

de un lado, la mejor y mayor formación de las féminas, concretada en el acceso de las mismas a los niveles superiores de estudios, que les ha permitido competir en mejores condiciones dentro del mercado de trabajo; de otro, la aparición de técnicas más avanzadas en la realización de las tareas domésticas, que han favorecido el ahorro de tiempo y esfuerzo⁴.

La conjunción de estos elementos ha supuesto una mayor independencia económica y social de la denominada erróneamente, por algunos sectores, “clase débil”, lo cual ha repercutido en la consideración de la familia a nivel social, provocando un cambio sustancial en su configuración. Se observa, así, un alejamiento del modelo tradicional de matrimonio con niños hacia formas domésticas más pequeñas y más cambiantes, tales como parejas sin hijos, personas solteras sin descendencia y familias monoparentales. Junto a ello, la mayor esperanza de vida ha hecho que coincidan dos o tres generaciones y que esto sea cada vez más habitual. Tales circunstancias han facilitado una evolución paralela en lo que se ha venido a denominar “revolución silenciosa dentro de los muros del espacio doméstico”⁵, caracterizada únicamente por un cambio en el papel económico de la mujer, en la autoridad y en las relaciones de poder entre los miembros de la familia, a la vez que por un mayor compromiso del padre en el cuidado de los hijos; esta revolución, sin embargo, no se ha hecho extensiva ni ha alcanzado en igual medida a la redistribución de las tareas domésticas entre los miembros de la unidad familiar, pues son las mujeres las que en la mayoría de los casos concilian —todavía al día de hoy— sus trabajos “reproductivo” y “productivo”⁶, actuando los hombres de forma supletoria⁷.

Así las cosas, el principal perjudicado por esta falta de coherencia no ha sido sólo, pese a lo que pudiera creerse, el colectivo femenino que trabaja y atiende, por añadidura, las necesidades familiares y de los hijos, sino que el desequilibrio de la balanza ha calado, sobre todo, en la propia concepción de la familia y su pretérito modelo. El reconocimiento tardío de un nuevo sistema social no masculinizado ha ocasionado, pues, un freno a la familia como institución y, también, a las nuevas responsabilidades que de la misma derivan para los miembros de aquélla⁸.

Es por ello por lo que, desde el Derecho Laboral, dotado de un marcado carácter tuitivo o compensador, se han empezado a articular mecanismos jurídicos capaces de armonizar el desarrollo de un trabajo asalariado o autónomo, fuera del hogar, con aquel que tradicionalmente ha sido asignado a la mujer, llevado a cabo en el entorno familiar. Para cumplir tal objetivo son numerosas las normas legales que se han encargado de

4 MORGADO PANADERO, P.: “La suspensión del contrato de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2002, págs. 19 y ss.

5 MEIL LANWERLIN, G.: *La postmodernización de la familia española*, Madrid (Acento), 1999, pág. 9

6 LOPEZ LOPEZ, J.: “Corresponsabilidad familiar y políttas legislativas sobre igualdad”, *Temas Laborales*, núm. 67, 2002, pág. 69.

7 Los datos estadísticos son claramente ilustrativos a este respecto: España constituye el país europeo con menor tasa de actividad femenina (el 44,5 %) en comparación con la tasa masculina (el 67,6 %), encontrándose aún muy lejos de los objetivos fijados en la Estrategia de Lisboa para el año 2010, establecidos en una tasa de actividad femenina del 60 %. Es más, el índice de paro femenino sigue doblando al masculino (15,2 % frente a 8%), el de temporalidad sigue siendo más de cinco puntos porcentuales superior (33,2 % frente a 28,4 %) y el salario medio mensual de las féminas continúa cifrado en un 24 % por debajo al de los hombres. Ello sin olvidar cómo el 93,20 de las mujeres abandona el trabajo por razones familiares (frente al 0,49 de los hombres), lo cual contribuye a incrementar la segmentación sexual del mercado laboral, tanto en la segregación ocupacional que llega a ser del 15 %, como en la sectorial que alcanza el 18 %. www.mtas.es

8 MARIN ALONSO, I. y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia (Laborum), 2001, pág. 15.

regular cuestiones como el descanso por maternidad, los permisos para el cuidado de hijos o familiares, las reducciones de jornada por la misma razón, las prestaciones de Seguridad Social destinadas a paliar el descenso de recursos económicos por estas causas, etc. En definitiva, todas estas normas abogan por conseguir la tan necesaria igualdad entre hombres y mujeres, de la que nuestro ordenamiento jurídico tantas veces se ha echo eco, siendo el Derecho del Trabajo un claro exponente en esta lucha, no en vano la corresponsabilidad entre varones y féminas en la atención de la familia ha de ser el punto de partida de las políticas públicas de protección familiar dentro de un modelo social fundado en la igualdad de trato y de oportunidades⁹.

Dentro de todas estas iniciativas cobra singular importancia la regulación de la excedencia por motivos familiares, de la que se puede decir que constituye una categoría jurídica de perfiles unitarios en torno a la suspensión del contrato de trabajo, no en vano su objeto no es sino evitar (o, al menos, restringir) la actuación de posibles supuestos extintivos de la relación contractual que se pondrían en marcha por el mecanismo normal de las obligaciones recíprocas: ante el incumplimiento de uno de los obligados (el trabajador), el perjudicado puede escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación (art. 1.124 CC). Bajo el manto protector de la excedencia quedan cubiertos, por tanto, supuestos de imposibilidad sobrevenida y transitoria de la prestación de trabajo que funcionan bajo un régimen jurídico peculiar: se interrumpen o suspenden los efectos del contrato, sus obligaciones básicas de prestar trabajo y pagar salario, dotando de estabilidad a la relación laboral¹⁰.

Prescindiendo, por superada y prohibida en la actualidad, de la excedencia por estado civil¹¹, cabe centrar en este momento la atención únicamente en el disfrute de la suspensión del contrato por excedencia para el cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, aunque sean provisionales, y para el cuidado de familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, discapacidad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, y no desempeñen actividad retribuida [art. 46.3 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)]. Este tipo de excedencia laboral hace posible, pues, que los trabajadores con responsabilidades parentales se dediquen al cuidado de aquellos familiares más próximos durante cierto período de tiempo sin que su decisión suponga la terminación de sus contratos de trabajo o su exclusión del mercado laboral.

Se trata, por lo demás, de una materia reiteradamente reformada en los últimos años (Leyes 3/1989, 8/1992, 4/1995, 39/1999 y 3/2007) con el fin de extender los beneficios de la excedencia forzosa a la solicitada para fines familiares¹². La mejor comprensión de esta institución aconseja dividir su contenido en los siguientes apartados:

9 LOPEZ LOPEZ, J.: “Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad”, cit., págs. 45 y ss.

10 ALVAREZ DE LA ROSA, M.: “Suspensión y extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y por causas consignadas en el contrato”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pág. 951.

11 BALLESTER PASTOR, M.A.: “Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos”, *Tribuna Social*, núms. 68-69, 1996, pág. 23.

12 SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores”, *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000, pág. 15.

2.- EXCEDENCIA POR CUIDADO DE LOS HIJOS

Una de las medidas que tienen como finalidad ofrecer cauces para prorrogar el tiempo dedicado al cuidado de la prole, una vez finalizados los períodos de descanso por maternidad y las licencias parentales, es la excedencia por cuidado de los hijos. “Sobre el mérito de su finalidad no es necesario insistir: mediante esta figura se intenta establecer una situación de equilibrio entre la relación laboral preexistente y el objetivo que se pretende conseguir, de tal manera que el padre o —mejor— la madre puedan dedicar un tiempo adicional al cuidado exclusivo del hijo, sin que tal situación provoque la pérdida del puesto de trabajo, o dicho con otras palabras, sin que hubiera que acudir a mecanismos extintivos de la relación laboral”¹³.

De esta forma, el art. 46.3 ET prevé que “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 aunque sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa”. Sobre tal régimen jurídico, procede efectuar las siguientes consideraciones:

2.1.- Naturaleza jurídica

La excedencia por cuidado de los hijos ha desencadenado una gran polémica doctrinal sobre su naturaleza jurídica, debatiendo aquélla sobre su condición de excedencia forzosa, voluntaria, híbrido de ambas o, finalmente, de categoría autónoma e independiente de las mencionadas¹⁴. El marco de la discusión venía dado por la clara duplicidad de regímenes jurídicos que había establecido la Ley 3/1989 respecto al derecho de reingreso, en virtud de la cual, y durante el primer año de su disfrute, la excedencia podía ser considerada forzosa (reserva de puesto de trabajo y cómputo a efectos de antigüedad) y, durante los dos restantes, las similitudes serían mayores con la excedencia voluntaria (mera preferencia de reingreso)¹⁵.

Tras la reforma operada por la Ley 4/1995, de 23 de marzo, continúa la división doctrinal, esencialmente entre quienes siguen afirmando la continuación de dos períodos diferenciados (excedencia forzosa primero y voluntaria después) y quienes optan por defender una mayor proximidad con la excedencia forzosa¹⁶, si bien en este caso

13 TORTUERO PLAZA, J.L.: “Las excedencias (en torno al artículo 46)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pág. 962.

14 La excedencia para el cuidado de los hijos ha sido interpretada por la SAN de 8 de marzo de 1990 (Ar. 54), comentada por BARREIRO GONZALEZ, G.: “Sobre la excedencia del trabajador para atender al cuidado de los hijos”, *La Ley*, 7 de noviembre de 1990, págs. 5 y ss. Sobre su polémica naturaleza jurídica, PEREZ ALONSO, M^a.A.: *La excedencia laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 1995, págs. 58 y 59.

15 Reconocieron esta dualidad de regímenes, entre otros, ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: “La Ley 3/1989. Una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 1989, pág. 94; SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica”, *Relaciones Laborales*, 1989, T. II, págs. 12 y 13 o GONZALEZ VELASCO, J.: “La ‘excedencia’ para atender al cuidado de hijos, y la Ley 3/1989 de 3 de marzo”, *Actualidad Laboral*, 1989, Tomo II, págs. 255 y ss.

16 Defendiendo la interpretación de la figura del art. 46.3 como excedencia forzosa, entre otros, ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZALEZ, G.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*, 4ª edición, Madrid (Civitas), 1995, pág. 221; BALLESTER PASTOR, M.A.: “Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos”, cit., págs. 23, 24 y 25; GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, Valencia

habría de tratarse, para el segundo período, de una excedencia forzosa “especial”, en la cual “la reserva quedaría referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente”¹⁷.

En cualquier caso, la polémica anterior ha perdido importancia, pues aun cuando la referencia del art. 46.3 ET al “puesto de trabajo” parece excluir el período del primer año (o de los primeros quince o dieciocho meses si la unidad familiar tiene la consideración de familia numerosa de carácter general o especial respectivamente)¹⁸ de excedencia a las reglas de movilidad, de forma tal que transcurrido el mismo debe el trabajador volver a ocupar su puesto de trabajo anterior¹⁹, lo cierto es que un día después el excedente se encuentra sometido nuevamente al poder de dirección empresarial capaz de ordenar un cambio en las funciones encomendadas²⁰. Razón esta última que ha servido para considerar que los efectos derivados de la reserva de puesto de trabajo o la reserva preferente a un puesto del mismo grupo profesional o de categoría equivalente son idénticos²¹, habida cuenta, tanto el poder del empresario en relación a la movilidad funcional, como la capacidad para contratar trabajadores interinos que no ocupen el mismo puesto de trabajo que el excedente sino el de otro trabajador que ha pasado a realizar las funciones de aquél, consiguen anular la posible diferencia entre ambas situaciones²².

2.2.- La filiación (en sentido amplio) como causa de disfrute

El supuesto de hecho que legitima la solicitud de la excedencia es la filiación por naturaleza, por adopción y, como novedad [tras la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOIEMH)], por acogimiento, tanto permanente como preadoptivo aunque sean provisionales, con arreglo lógicamente al tenor que procura el Código Civil en sus arts.

(Tirant Lo Blanch), 1997, págs. 212 a 218; QUINTANILLA NAVARRO, B.: “La excedencia para el cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995”, *Relaciones Laborales*, núm. 20, 1995, pág. 12 o ESCUDERO RODRIGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1995, págs. 101 y 102.

Por lo que respecta a las tesis judiciales, cabe hablar de una excedencia de tintes especiales pero, en todo caso, más próxima a la forzosa, considerando que si antes de la Ley 4/1995, cabía distinguir dos períodos, tras la mencionada, la excedencia para el cuidado de hijos es similar en sus efectos a la forzosa; entre otras, SSTSJ Cantabria 14 marzo 1996 (Ar. 505), Valencia 30 julio 1996 (Ar. 2701) y Navarra 23 diciembre 1996 (Ar. 3949).

17 Sobre tal distinción, PEREZ ALONSO, M^a.A.: *La excedencia laboral*, cit., pág. 67. Respecto a los problemas derivados de la distinción de dos períodos diferentes en ese plazo de tres años, también, RUANO RODRIGUEZ, L.: “Reflexiones críticas sobre la actual regulación de la excedencia para atender al cuidado de los hijos”, *Social mes a mes*, núms. 14-15, 1996, pág. 26. Estos problemas han desaparecido, lógicamente, para quienes, tras la Ley 4/1995, defienden la existencia de excedencia forzosa durante todo el período. GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., págs. 225 y 226.

18 LUJAN ALCARAZ, J.: “La protección de las familias numerosas desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, núm. 19, 2006, págs. 21-22.

19 La no readmisión del trabajador después de la excedencia por cuidado de hijos constituye despido. Entre muchas, SSTS 22 mayo, 18 julio, 30 septiembre, 3 y 23 octubre 1986 (Ar. 2611, 4245, 5215, 5378 y 5886); 17 noviembre 1987 (Ar. 8004); 25 y 28 enero, 14 junio, 14 julio, 4 y 27 octubre 1988 (Ar. 45, 65, 5295, 6143, 7522 y 8167); 6 octubre y 20 noviembre 1989 (Ar. 7123 y 8206); 7 marzo, 28 junio y 11 octubre 1990 (Ar. 1775, 5536 y 7543).

20 SSTSJ Andalucía 2 marzo 1999 (Ar. 1829) y Pamplona 27 marzo 2000 (Ar. 701).

21 BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2000, pág. 57.

22 DE LA VILLA GIL, L.E. y LOPEZ CUMBRE, L.: “Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34, sobre permiso parental”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario, 2000, pág. 62.

172 a 180²³. Con ello se satisfacen las críticas de aquellos autores que manifestaron la insatisfacción de la anterior regulación²⁴, en la medida en que “el acogimiento conlleva los mismos deberes de cuidado y atención hacia el menor que la patria potestad o la adopción”²⁵.

Se excluye, pues, tanto el acogimiento residencial —por su vinculación a una institución ad hoc no individualizada en personas concretas y en todo caso a cargo de profesionales— como el acogimiento familiar simple —por su prevista duración breve, que parece hacer innecesario establecer fórmula alguna de interrupción de la actividad profesional—²⁶. Con todo, pese al acierto en la decisión del legislador de incluir el acogimiento (ahora también provisional) como supuesto de hecho capaz de permitir el disfrute de una situación de excedencia²⁷, no deja de ser criticable el hecho de que no se incluya el acogimiento simple, siempre que su duración no sea inferior a un año, tal y como sucede con el régimen jurídico previsto para la suspensión del contrato por maternidad y con el permiso por paternidad (arts. 48.4 y 48.4 bis ET).

Se ha desaprovechado, además, la oportunidad de incluir otros supuestos legítimos a la hora de justificar el disfrute de una excedencia como pudiera ser, por ejemplo, “el caso de un abuelo respecto a los nietos del hijo en prisión, gravemente enfermo, en el extranjero... o, también, el caso de parejas de hecho con descendencia anterior”²⁸.

Sea como fuere, procede entender cómo la situación de excedencia por acogimiento previo (al tratarse de una situación que generalmente precede a la adopción del acogido) imposibilita —lógicamente— un posterior disfrute de una excedencia por adopción para el mismo sujeto causante; con la salvedad, naturalmente, de que no se haya agotado el plazo máximo de la primera, en cuyo caso podría disfrutarse de la segunda, si bien por el tiempo restante²⁹.

2.3.- Titularidad del derecho: la mujer como principal destinataria

Aun cuando la excedencia para el cuidado de los hijos se reconoce al padre y a la madre indistintamente³⁰, lo cierto es que la posición de este tipo de excedente bien pudiera ser considerada como de discriminación indirecta en tanto, si las estadísticas no

23 HERNANDEZ MARTINEZ, A.: “Acogimiento de menores ¿causa de suspensión del contrato de trabajo o exceso refundidor?”, *Aranzadi Social*, núm. 18, 1997, págs. 23, 24 y 26.

24 En este sentido, GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., págs. 216 y 224; TORTUERO PLAZA, J.L.: “Excedencia por cuidado de hijos: técnica jurídica versus institución jurídica”, en VV.AA.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid (CGPJ), 1994, pág. 268 ó DILLA CATALA, M.J.: “La nueva regulación de la excedencia forzosa por cuidado de hijos (La Ley 4/1995, de 23 de marzo)”, *Actualidad Laboral*, núm. 40, 1995, pág. 694.

25 CORTE HEREDERO, N.: “La atención de las responsabilidades familiares a través de la excedencia laboral: examen del art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores”, *Documentación Laboral*, núm. 59, 1999, pág. 92.

26 CRUZ VILLALON, J. et alii: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (Tecnos), 2003, pág. 580.

27 ALARCON CASTELLANOS, M.: “Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999”, *Aranzadi Social*, 1999, T. V, pág. 1152.

28 CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTIN, M.S.: “Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas”, *Aranzadi Social*, núm. 8, 1998, pág. 561.

29 GORELLI HERNANDEZ, J.: “La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Relaciones Laborales*, núm. 24, 1999, pág. 38.

30 CHARRO BAENA, P. y HERRAIZ MARTIN, M.S.: “Las responsabilidades familiares y el contrato de trabajo. Notas críticas y propuestas”, cit., pág. 559.

son erróneas, son las mujeres las principales destinatarias de sus normas³¹ (el reparto de tareas, de nuevo, dista mucho de ser igualitario en este punto³², “lo cual, en el fondo, tiene que ver con pautas culturales muy arraigadas en nuestra sociedad que tienen como resultado la desigual predisposición de unos y otras a dejar el trabajo en un segundo plano durante el período de crianza de los hijos menores de tres años”³³). Es más, el disfrute de este derecho conlleva claros perjuicios para este colectivo, sobre todo, debido a la ausencia de todo tipo de compensación económica y a los riesgos de no reincorporación, descualificación e inferior promoción profesional futura de las mujeres trabajadoras tras el disfrute de una o varias excedencias, máxime cuando las relaciones laborales aparecen marcadas, cada vez más, por “la competitividad y las exigencias de una permanente formación profesional y cualificación continua”³⁴.

Pese a este inconveniente, desde un punto de vista teórico, el derecho a excedencia para cuidado de hijo constituye ahora un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres³⁵, cumpliendo así con lo dispuesto en la Directiva 96/34, sobre el permiso parental, que insiste en el carácter individual y no transferible de los permisos por razones familiares. Desaparece, pues, la prohibición anterior al ejercicio conjunto del derecho por ambos padres. Así, de ser trabajadores por cuenta ajena, ambos progenitores pueden solicitar la excedencia. “Y por la misma lógica, al configurarse la excedencia como un derecho individual, si uno de los trabajadores es autónomo y el otro lo es por cuenta ajena, o si uno de ellos es funcionario y el otro es un trabajador por cuenta ajena, cabe perfectamente que ambos puedan solicitar la excedencia analizada”³⁶.

No se requiere tampoco un tiempo determinado y anterior de prestación de servicios en la empresa³⁷, ni ésta tiene en su mano oponer obstáculos productivos³⁸. Tan sólo se admite que el empresario limite el ejercicio del derecho, por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, cuando dos o más trabajadores de la misma generen el derecho por idéntico sujeto causante³⁹, lo cual quiere decir, seguramente, que el

31 Tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional —al enjuiciar si las funcionarias interinas tienen o no derecho al reconocimiento del derecho a la excedencia—, “hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos”. SSTCo 240/1999, de 20 de diciembre ó 203/2000, de 24 de julio.

32 STSJ Madrid 3 abril 2002 (Ar. 1832).

33 ESCUDERO RODRIGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo”, *Relaciones Laborales*, 1995, T. I, pág. 1219. Ilustrativo es a este respecto el hecho de que, durante el año 2006, el 97 por 100 de las personas inactivas que no buscan empleo por razones familiares sean mujeres. www.mtas.es.

34 RUANO RODRIGUEZ, L.: “Reflexiones críticas sobre la actual regulación de la excedencia para atender al cuidado de los hijos”, cit., págs. 26 y 27.

35 LOPEZ AHUMADA, J.E.: “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Documentación Laboral*, núm. 60, 1999, pág. 280.

36 VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Madrid (Colex), 1999, pág. 62.

37 STSJ Valencia 25 noviembre 1997 (Ar. 4030), en la que se reconoce el derecho a la excedencia a una trabajadora contratada temporalmente.

38 Línea continuista de algunas decisiones judiciales previas en las que ya se garantizaba cómo “la concesión de este derecho no depende de la voluntad de la empresa, sino que constituye un derecho del trabajador cuando concurren las circunstancias legalmente exigidas, bastando la notificación a la empresa para situarse en la misma y quedar suspendido el contrato, de manera que este derecho no puede ser objeto de condicionamiento alguno por parte de la entidad empresarial”. STSJ Andalucía 28 abril 1998 (Ar. 2194).

39 CAVAS MARTINEZ, F.: “Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Aranzadi Social*, 1999, T.V, pág. 106.

empresario puede negar su ejercicio en un determinado momento o posponerlo a otro posterior⁴⁰. En tanto en cuanto una interpretación demasiado estricta de esta posibilidad empresarial permitiría que el empleador fuera el encargado de administrar el ejercicio de un derecho que se enraíza de forma harto clara con la vida privada del trabajador⁴¹, procede entender, de un lado, que esta limitación sólo puede tener lugar cuando los trabajadores de la misma empresa pretendan un disfrute simultáneo y no sucesivo respecto del mismo sujeto causante, y, de otro, que el titular de la organización productiva no podrá oponerse al disfrute simultáneo de los dos trabajadores de la misma empresa cuando los sujetos causantes que originen el derecho sean distintos⁴².

Con todo, se trata de una posibilidad de intervención empresarial de escasa incidencia dado el carácter no retribuido que acompaña a toda situación de excedencia y las bonificaciones del 95% (durante el primer año), 60% (durante el segundo) o 50% (durante el tercero) en las cuotas empresariales a la Seguridad Social por la contratación de interinos desempleados para cubrir las plazas vacantes en estos supuestos⁴³.

Lo que está claro es que el art. 46.3 ET no limita su operatividad a los trabajadores contratados por tiempo indefinido; cabe, en consecuencia, su aplicación también a los contratos temporales (ocupados mayoritariamente por mujeres), siempre que de las peculiaridades de su relación sea ello posible⁴⁴. Cabría distinguir dos posibles hipótesis: la primera, consistente en el disfrute de una excedencia por cuidado de hijos de duración inferior a la del contrato (en tal caso, concluido el período de excedencia, el trabajador se reincorporaría al trabajo hasta la llegada del término estipulado en el vínculo contractual); la segunda, consistente en el disfrute de una excedencia por cuidado de hijos de duración superior a la estipulada para el contrato de trabajo (aquí, salvo pacto en contrario, el transcurso del tiempo, aún constante la situación de excedencia, abocaría inexorablemente a la extinción de la relación laboral, que se produciría llegado el término final⁴⁵; en otras palabras, “no será posible que la suspensión se extienda más allá de la duración del contrato”⁴⁶.

Con mayor detalle, por lo que afecta a los trabajadores interinos, “no existe obstáculo legal alguno para que puedan solicitar y obtener una excedencia para el cuidado de hijos menores, siempre que limiten tal derecho a un año; puesto que durante ese período tendrán derecho a reserva de su puesto de trabajo, a salvo naturalmente de que sobrevenga alguna causa de extinción de la relación jurídica; en tanto que no podrán solicitar dicha excedencia como tal, más allá de dicho período, al ser sus efectos incompatibles con la naturaleza específica del contrato de interinidad”⁴⁷.

Por lo que respecta a trabajadores contratados para obra o servicio determinado, “no parece que exista justificación para restringir el derecho a la excedencia para cui-

40 GARCIA MURCIA, J.: “La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Justicia Laboral*, núm. 1, 2000, pág. 27.

41 LOPEZ LOPEZ, J.: “Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad”, cit., pág. 66.

42 MARIN ALONSO, I. y GORELLI HERNANDEZ, J.: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Murcia (Laborum), 2001, pág. 61.

43 BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 60.

44 SSTSJ Valencia 13 abril 1999 (Ar. 5006) y 14 julio 2000 (Ar. 503).

45 GARRIGUES GIMENEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, Madrid (CES), 2004, pág. 121.

46 FERNANDEZ LOPEZ, M.F.: “Protección antidiscriminatoria y prevención de riesgos laborales: la protección de la mujer embarazada”, *Temas Laborales*, núm. 79, 2005, pág. 53.

47 STSJ Castilla-La Mancha 23 octubre 1998 (Ar. 3968).

dado de hijos a los trabajadores cuyos servicios se regulan por este tipo de contrato temporal, sin perjuicio de que producido el fin de la obra o servicio objeto del contrato se extinguiera el mismo, por lo que no cabe interpretar el precepto en el sentido de que produzca la exclusión señalada, dado el tenor del art. 46.3 ET, que no establece restricción alguna a su operatividad en razón a la temporalidad del vínculo contractual⁴⁸. Tampoco se exige ningún tipo de antigüedad en el trabajador, “permitiendo que el recién incorporado a la empresa se beneficie de este derecho”⁴⁹.

Bajo tales premisas, no puede extrañar que el Tribunal Constitucional, haciendo gala de una interpretación jurídica impecable, haya reconocido el derecho al disfrute de la excedencia a las funcionarias interinas⁵⁰. Así —y en palabras del Máximo Intérprete de la Constitución—, “en el caso aquí enjuiciado la situación de grave desventaja que afecta a las mujeres no deriva de un hecho biológico incontrovertible...; sin embargo, por imposición de la realidad social, no por coyuntural menos incontrovertible en la actualidad, la situación de desventaja es análoga, puesto que al ser mayoritariamente las mujeres las que en la práctica se ven en la necesidad de solicitar la excedencia para el cuidado de los hijos, si no se les concede por no ser funcionarios de carrera, de forma abrumadoramente mayoritaria sólo ellas se ven obligadas a salir del mercado de trabajo”.

2.4.- Su limitada extensión temporal

La excedencia por cuidado de hijos se configura como un instituto jurídico dotado por el legislador de una suerte de “fecha de caducidad”, cuyo cómputo se inicia paralelamente al hecho de la filiación (o del acogimiento en su caso) y, cuya posible operatividad decae, autónoma e irremediadamente, a los tres años de dicha fecha, siendo posible solicitar una duración inicialmente más breve y luego ir prolongándola, salvo que haya ejercicio abusivo del derecho (por ejemplo, realizar solicitudes de semana en semana)⁵¹.

Ello no implica, empero, la necesidad de pedir la excedencia inmediatamente después del hecho causante, pudiendo iniciarla en cualquier momento posterior al nacimiento del hijo⁵² o a la fecha de la resolución administrativa o judicial de adopción o acogimiento, si bien, en tal caso, su período de disfrute se verá reducido⁵³.

No cabe duda tampoco de que un nuevo hijo da derecho a un nuevo período de excedencia, pero sí, por contra, que pondrá fin al período en curso⁵⁴. Ahora bien —y como crítica—, el legislador ha perdido la oportunidad de haber regulado, en los supuestos de parto múltiple o de discapacidad del infante, la posibilidad de aumentar

48 STSJ Valencia 25 noviembre 1997 (Ar. 4030).

49 ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2001, pág. 94.

50 SSTCo 240/1999, de 20 de diciembre ó 203/2000, de 24 de julio.

51 El art. 46.3 ET reconoce un derecho a los trabajadores que podrán ejercitar en la forma que más se ajuste a sus intereses particulares. STSJ Cataluña 19 noviembre 1999 (TOL 257331).

52 STCT 27 marzo 1984 (Ar. 2796).

53 SSTSJ Baleares 27 diciembre 1991 (Ar. 7078), País Vasco 9 diciembre 1993 (Ar. 5394) y Andalucía/Sevilla 14 julio 1994 (Ar. 3113). BARREIRO GONZALEZ, G.: “Sobre la excedencia del trabajador para atender al cuidado de hijos”, *La Ley*, 7 noviembre 1990, pág. 7; PEREZ ALONSO, M^a.A.: *La excedencia laboral*, cit., pág. 64 ó GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., pág. 237.

54 Respecto a la expresión “cada hijo”, no parece correcta ni racional una interpretación literal que llevara a sostener la posibilidad de excedencias consecutivas en caso de parto múltiple. GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., pág. 225.

este plazo de excedencia, de manera que, a falta de previsión convencional, se ha de seguir interpretando que en tales casos no se aumenta el período de disfrute⁵⁵.

Además, el legislador español no ha observado tampoco los períodos marcados por la Directiva 96/34, sobre el permiso parental. Por un lado, porque nada se establece sobre el período mínimo de tres meses de disfrute del permiso, concretando la norma española los límites máximos pero no los mínimos. Por otro y lo que aún es más grave, no fija edad límite del hijo para acogerse a este permiso y, si bien es cierto que la Directiva admite que sean los Estados miembros y/o los interlocutores sociales quienes la delimiten, parece obligar (“deberán definir”) a los mismos a realizar tal precisión⁵⁶.

Un límite implícito deriva, empero, de computar tres años “desde el nacimiento del hijo” de modo que: a) se solapan el permiso por maternidad de disfrute obligatorio tras el parto, derecho indisponible que convierte al padre en el único posible beneficiario de la excedencia por cuidado de hijos desde el nacimiento de los mismos y tras el disfrute del permiso por paternidad; b) la petición se puede producir en cualquier momento entre el nacimiento del hijo y el cumplimiento de los tres años por parte de éste; y c) en relación con la adopción o el acogimiento, la edad de tres años indicada resulta anulada ya que tanto una como otro pueden tener como sujeto destinatario a un niño/a mayor de esa edad⁵⁷. En este último supuesto el período de tres años a computar desde la resolución judicial o administrativa no predetermina la edad máxima o mínima del adoptado o acogido. Y tan sólo en este caso puede entenderse cumplida, bien que con carácter relativo, la referencia a la edad de ocho años que contempla la Directiva como límite posible para disfrutar de esta excedencia para el cuidado de hijos⁵⁸.

En fin, el cómputo de la duración máxima de la excedencia (tres años) se inicia en la fecha del nacimiento, caso del hijo natural, o desde la resolución judicial o administrativa, en los supuestos de adopción y acogimiento, con lo que se equiparan los derechos de los padres biológicos y de los padres adoptivos. Esta regulación es mucho más coherente con la finalidad de la institución, que no es sino atender al cuidado de cada hijo⁵⁹ y facilitar, en los supuestos de adopción o acogimiento, la adaptación a un nuevo entorno familiar⁶⁰.

2.5.- Modalidades de ejercicio

Nada señala el ET sobre la forma de disfrutar el permiso parental ya sea en jornada completa o en jornada parcial, razón por la cual hay que entender que acoge el disfrute a jornada completa y sin ninguna modalidad adicional, a no ser —como excep-

55 VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 66.

56 DE LA VILLA GIL, L.E. y LOPEZ CUMBRE, L.: “Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34, sobre el permiso parental”, cit., pág. 59.

57 “Obsérvese que, al no distinguir la Ley, el derecho a la excedencia se genera sea cual sea la edad del adoptado o acogido”. LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre”, cit., pág. 445.

58 DE LA VILLA GIL, L.E. y LOPEZ CUMBRE, L.: “Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34, sobre el permiso parental”, cit., pág. 60.

59 CAVAS MARTINEZ, F.: “Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, cit., pág. 106.

60 GORELLI HERNADEZ, J.: “La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, cit., pág. 38.

ción— la posibilidad del fraccionamiento del período de excedencia permitida tras la entrada en vigor de la LOIEHM. Pese a esta novedad (admitida judicialmente, en algún caso, ya con anterioridad)⁶¹ que no puede valorarse sino como acertada, debería haberse aprovechado la oportunidad del contexto de esta reforma para permitir un modo más flexible de disfrutar este permiso, máxime cuando el empresario está obligado a integrar en sus cursos de formación al trabajador/a excedente durante todo el período en que el mismo permanezca ausente⁶².

De todas maneras, cabe la posibilidad de disfrute sucesivo de la situación de excedencia entre ambos progenitores, lo cual permite que se aplique el tratamiento privilegiado del primer año [reserva del puesto de trabajo y consideración, de un lado, como tiempo cotizado (ahora elevado a dos años —nuevo art. 180 LGSS—) a efectos de todas las prestaciones (art. 16 RD 356/1991 y art. 2 RD 1335/2005) excepto la de desempleo (art. 4 Ley 4/1995) y, de otro, como asimilado al alta a efectos de todas las prestaciones excepto la de incapacidad temporal (art. 17 del Real Decreto 356/1991)]⁶³, en primer lugar, a uno de los padres (o beneficiarios) y, luego, al otro. Previsiblemente esta posibilidad facilitará la asunción de responsabilidades familiares por parte de algunos hombres⁶⁴.

Por lo que hace al modo y momento de la oportuna solicitud de la excedencia aquí analizada⁶⁵, procede entender que si bien legalmente no se establece ningún requisito al respecto, parece conveniente que sea pedida por escrito, con clara indicación del momento de inicio y duración de la misma⁶⁶. Procede llamar la atención, además, sobre el hecho de que, en realidad, no se trata de una solicitud propiamente dicha, pues el empresario está obligado a concederla en todo caso⁶⁷; no es menos cierto, sin embargo, que el trabajador no puede abandonar sus tareas productivas por mucho que reúna todos los requisitos si el empresario previamente no le ha concedido el permiso (lo contrario podría suponer abandono del trabajo⁶⁸).

2.6.- Finalidad

Pese a estar concebida la excedencia para cumplir el fin último del efectivo cuidado de los hijos⁶⁹, no exige una dedicación total, directa e ininterrumpida a tal tarea; si

61 STSJ Baleares 29 noviembre 1999 (*apud Carta Laboral*, núm. 37, 2000, págs. 97 y ss.). En el mismo sentido, SSTSJ Cataluña 19 noviembre 1999 (Ar. 3966), Andalucía 30 marzo 2000 (Ar. 3113) ó Murcia 12 marzo 2001 (Ar. 493). En la doctrina, GONZALEZ DIEZ, F.A.: “El disfrute fraccionado de la excedencia para el cuidado de hijos”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2003, págs. 42 y ss.

62 DE LA VILLA GIL, L.E. y LOPEZ CUMBRE, L.: “Adaptación de la legislación española a la Directiva 96/34, sobre el permiso parental”, cit., pág. 60.

63 Por extenso, QUINTANILLA NAVARRO, B.: “La excedencia para el cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995”, cit., págs. 17 y ss. ó LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Permiso parental y Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 83, 1997, págs. 381 y ss. En la doctrina judicial, SSTS 14 noviembre 2002 (TOL 304399) y 15 diciembre 2003 (TOL 352653).

64 BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 61.

65 SSTSJ Murcia 28 enero 1993 (Ar. 5394) y País Vasco 9 diciembre 1993 (Ar. 5394).

66 SSTSJ Baleares 7 diciembre 1995 (Ar. 4698), Valencia 30 julio 1996 (Ar. 2701) y Andalucía 24 abril 1998 (Ar. 2194).

67 STSJ Andalucía 24 abril 1998 (Ar. 2194).

68 DILLA CATALA, M^a.J.: “La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (La Ley 4/1995, de 23 de marzo)”, cit., pág. 697.

69 El centro de protección de esta excedencia radica en el cuidado de los hijos no tanto en la maternidad, si bien parece indudable la íntima relación con ésta, en cuanto “mecanismo de atención a los hijos

es necesaria —claro está— cierta dedicación, pues en caso contrario la conducta del trabajador sería claramente fraudulenta por haber alegado tal causa para lograr suspender su contrato sin utilizarla a tal fin⁷⁰. Así, la Ley no impone que el cuidado deba ser “directo”, esto es, no exige la presencia física del padre o de la madre junto al niño durante las veinticuatro horas del día para atender todas y cada una de sus necesidades; antes al contrario, el término “cuidado” ha de ser objeto de una interpretación amplia, como provisión de todas las medidas que sean precisas para que el hijo esté perfectamente atendido, aunque, por ejemplo, permanezca unas horas en la guardería⁷¹.

Naturalmente, la interpretación no ha de ser tan elástica como para comprender aquellos supuestos en los cuales el trabajador, durante el horario coincidente con el de su jornada laboral, no tenga ningún contacto con el niño, pues entonces la excedencia es ciertamente innecesaria y no cumpliría en ningún caso su finalidad principal⁷².

Bajo tales premisas, cabe plantear también la posible compatibilidad entre el disfrute de este tipo de excedencia con otros derechos relacionados con el cuidado de la prole, como, por ejemplo, con el permiso de maternidad o incluso de lactancia cuando la excedencia por cuidado de hijos es disfrutada por el otro progenitor. Procede afirmar al respecto que cuando el ordenamiento español ha querido que determinados beneficios relacionados con la maternidad o cuidado de hijos fueran incompatibles entre sí lo ha hecho constar expresamente —por ejemplo, suspensión por maternidad y lactancia—, lo cual no sucede respecto a la excedencia por cuidado de hijos, a resultas de lo cual cabe inferir, por ende, que la compatibilidad entre maternidad/excedencia y lactancia/excedencia serían perfectamente posibles⁷³.

En cuanto a la compatibilidad de la excedencia con la realización de trabajos remunerados —y en la línea de lo argumentado anteriormente—, la doctrina legal ha entendido mayoritariamente que la prohibición de realizar cualquier actividad lucrativa durante el tiempo de la excedencia se aplica sólo cuando exista expresa prohibición de concurrencia en convenio o contrato o cuando la prestación de trabajo remunerado suponga competencia desleal contraria al deber de buena fe contractual⁷⁴, pudiendo, por tanto, realizar otro trabajo que le deje más tiempo libre o le cree menos estrés que el que desempeñaba antes⁷⁵. La actividad lucrativa realizada durante la

recién nacidos”; de hecho, el plazo comienza a computar desde el nacimiento del hijo y suele consistir en una prolongación del período de suspensión por maternidad. GORELLI HERNANDEZ, J.: *La protección por maternidad*, cit., págs. 203 y 204 ó TORTUERO PLAZA, J.L.: “Excedencia por cuidado de hijos: técnica jurídica versus institución jurídica”, en VV.AA.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid (CGPJ), 1994, pág. 265.

70 FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B.: “Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿discriminación, protección o razón?”, *Revista General del Derecho*, núm. 644, 1998, págs. 5831-5832.

71 STSJ Valencia 31 enero 1994 (Ar. 372).

72 Se mantiene, asimismo, durante el período de excedencia la obligación laboral de no competencia con la empresa. NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Pamplona (Aranzadi), 1997, págs. 324 y ss.

73 BALLESTER PASTOR, M.A.: “Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos”, cit., pág. 27.

74 En la doctrina judicial, SSTSJ Valencia 31 enero 1994 y 4 de abril 2000 (Ar. 372 y 4111) y Madrid 21 enero 2003 (Ar. 1757). *Contra*, entendiendo que si la finalidad de la norma al crear esta figura y darle identidad propia y diferenciada no fue sino proporcionar a los progenitores la oportunidad de abandonar el trabajo durante un plazo de tiempo para facilitar de ese modo la crianza, educación y dedicación al hijo, es lógico que la realización de un trabajo en este período dificulte este objetivo, lo cual puede suponer un incumplimiento de la obligación de buena fe a la que debe atenerse el trabajador durante el período de excedencia. STSJ País Vasco 26 octubre 1999 (Ar. 3569).

75 RODRIGUEZ COPE, M.L.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid (CES), 2004, pág. 181.

excedencia no tiene por qué contradecir el propósito que tuvo el legislador al prever la figura. Por el contrario, puede beneficiar no sólo al progenitor, que no se desvincula del mundo laboral, sino también a la situación familiar en general, en cuanto que la economía doméstica no se ve afectada por la falta de ocupación, lo que, sin duda, va a redundar en beneficio del hijo⁷⁶.

2.7.- Derechos derivados

El establecimiento, para la situación de excedencia, de un derecho a la reserva de puesto de trabajo en la empresa supone un incentivo importante para que los trabajadores puedan ejercitar este derecho que la normativa laboral les reconoce. Los efectos negativos que por motivo de este tipo de excedencia se pudieran producir en la relación laboral se ven eliminados, en gran parte, al establecerse una serie de garantías legales que tienen como finalidad asegurar el puesto del trabajador en excedencia, evitar su progresiva pérdida de cualificación durante el tiempo que aquélla dure y reconocerle beneficios tales como su cómputo a efectos de antigüedad. Una mejor comprensión de cada una de las consecuencias jurídicas que la excedencia genera para el trabajador obliga a descender al detalle de las siguientes cuestiones:

1.- Según el art. 46.3 ET, el período en el que el trabajador permanezca en situación de excedencia será computable a efectos de antigüedad en la empresa. La importancia de esta última dentro de la relación laboral es enormemente significativa y no sólo porque podrá dar derecho al cobro de un determinado complemento salarial⁷⁷, sino también porque se tendrá en cuenta en cuestiones tales como ascensos⁷⁸, cálculo de indemnizaciones por despido⁷⁹, o legitimación para participar en las elecciones a representantes de los trabajadores⁸⁰. La plena equiparación con lo establecido, de modo general, para la excedencia forzosa y la consiguiente y absoluta erradicación en este punto de los esquemas de la de carácter voluntario son más que evidentes⁸¹.

2.- El reconocimiento del derecho a la “asistencia de cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación”, tiene como finalidad evitar la eventual pérdida de cualificación del trabajador, la merma de su aptitud y capacitación profesionales para desempeñar el conjunto de cometidos que definen el oficio o trabajo desempeñados hasta solicitar la excedencia. De este modo, se pretende que su ausencia prolongada de la actividad laboral no repercuta negativamente en su formación profesional y pueda justificar la extinción de su contrato laboral, sobre todo en aquellas actividades en las que es preciso una continua preparación y puesta al día del trabajador para que no quede anquilosado u obsoleto; riesgos estos que se ven extraordinariamente agravados en épocas, como las actuales, de intensos cambios técnicos y de modificaciones organizativas con las consiguientes alteraciones de los contenidos ocupacionales.

76 BALLESTER PASTOR, M.A.: “Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijo”, cit., pág. 26.

77 STS 28 junio 2002 (Ar 9080) ó STSJ Madrid 3 abril 2002 (Ar. 1832).

78 STSJ Baleares 20 diciembre 1991 (Ar. 7085).

79 SSTSJ Baleares 29 noviembre 2000 (Ar. 4476) ó Cataluña 31 enero 2003 (Ar. 453).

80 CORTE HEREDERO, N.: “La atención de las responsabilidades familiares a través de la excedencia laboral: examen del art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores”, *Documentación Laboral*, núm. 59, 1999, pág. 80.

81 ESCUDERO RODRIGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo”, *RL*, 1995, T. I, pág. 1219.

La fórmula legal empleada al respecto es diáfana al establecer que la carga de la convocatoria recae sobre el empresario especialmente con ocasión de la reincorporación. Parece, por tanto, que el trabajador no queda obligado a aceptar la asistencia al curso propuesto por el primero. Pese a la aparente claridad de esta afirmación, cabe preguntar qué pasa si el trabajador se opone a la iniciativa empresarial y se niega a realizarlo, ya sea por entender que no le conviene al considerarlo inadecuado a su perfil o a su profesionalidad, ya sea por considerarlo incompatible con las responsabilidades que justificaron la excedencia o, en última instancia, por otro motivo personal. A tales efectos, es preciso distinguir tres supuestos: el primero, si el trabajador está en pleno período de suspensión contractual, el segundo, si está al final del mismo, y, el último, si el contrato de trabajo se acaba de reactivar tras el fin de la excedencia. Las consecuencias de la negativa van a ser distintas en cada uno de ellos. Así, en los dos primeros, el trabajador podría oponerse a realizar el curso, sin que fuera posible una sanción impuesta por el empresario por tal comportamiento. Y ello, aunque el interés objetivo de aquél o la inminencia del reingreso pudiera hacer aconsejable la aceptación del mismo por el trabajador. Y, en el tercer supuesto, habría que estar a las reglas generales de un contrato que está ya en activo, por lo que el tema se reconduciría a determinar si se está o no ante el ejercicio regular del poder de dirección⁸².

En fin, aun cuando se trata de una norma que pretende instaurar una formación preventiva de carácter necesario⁸³, lo cierto es que, en la práctica y más allá de la formulación legal, el empresario no tiene por qué organizar cursos específicos para los excedentes que vayan a reincorporarse en breve a la empresa, sino que su obligación se limita a admitir a estos trabajadores en el caso en que hayan organizado cursos de formación. De este modo, quienes presten sus servicios en las pequeñas empresas tendrán más problemas a la hora de evitar los hipotéticos desfases formativos, ya que la realidad demuestra sobradamente que los cursos son más infrecuentes en ellas. Una vez más, las diferencias entre trabajadores según el tamaño de la entidad productiva pueden incidir, de hecho, en la efectividad de ciertos derechos que la ley proclama de modo indiscriminado⁸⁴.

3.- El hecho de que el trabajador tenga asegurado su reingreso en estos casos de excedencia constituye el incentivo más importante para su utilización, que de otra forma correría el peligro de caer en desuso ante el temor de que la reincorporación fuera inviable, pero no significa que el empleado posea un “derecho en propiedad” sobre el puesto que ocupaba, sino simplemente el derecho a obtener uno “análogo”, con las mismas condiciones de trabajo e, indudablemente, con la misma categoría profesional y posición que tenía en el momento de producirse la excedencia⁸⁵. De este modo, el empleado no tiene un derecho absoluto e intemporal a reincorporarse en su “mismo puesto” de trabajo —en sentido topográfico—, entre otras razones porque tras varios años de ausencia, ese mismo puesto puede haber desaparecido por necesidades de la empresa⁸⁶. Los términos del derecho a la reincorporación se cumplirán, por tanto, si se respeta la posición profesional alcanzada por el trabajador en la empresa, si bien no deja de ser

82 ESCUDERO RODRIGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijo”, cit., pág. 1221.

83 STSJ Cantabria 29 marzo 1999 (Ar. 676).

84 ESCUDERO RODRIGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo”, cit., pág. 1222.

85 PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, Madrid (Montecorvo), 1983, pág. 365.

86 CORTE HEREDERO, N.: “La atención de las responsabilidades familiares a través de la excedencia laboral: examen del art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores”, cit., pág. 84.

evidente que cabría impedir un cambio en el contenido ocupacional del trabajador fundamentado en una represalia encubierta o, incluso, explícita, por el hecho de haber disfrutado de una excedencia⁸⁷.

En fin, aun cuando el ET no establece ningún requisito respecto a la obligación del trabajador de comunicar la intención de reingresar, lo cierto es que sería conveniente que el trabajador avisara de su futura reincorporación por dos motivos fundamentales: primero, por razones de organización empresarial, y segundo, porque el puesto de trabajo reservado puede estar ocupado por un interino, al que procede notificar, si se considera necesario, la extinción del contrato⁸⁸.

3.- POR CUIDADO DE PARIENTES PRÓXIMOS

El art. 46.3 ET (tras la redacción incorporada al mismo por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar —LCVLF—, por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, y por la LOIEMH) implanta un nuevo supuesto de excedencia forzosa, la causalizada por las necesidades de cuidado de familiares hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, discapacidad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida⁸⁹.

La incorporación de los familiares como causantes de la excedencia con derecho a reserva del puesto pretende dar respuesta a una necesidad social apremiante, que el legislador no pudo desconocer, ya que no se trata de conceder una ventaja o privilegio al trabajador, sino de permitirle conciliar sus obligaciones laborales con la atención que necesitan sus parientes más directos a su cargo⁹⁰. Se opta por una mayor valoración de la vida familiar del empleado y se toma conciencia de la necesidad que éste puede tener de atender no sólo a los hijos menores, sino también a toda una serie de personas como el cónyuge, padres, suegros..., que precisan de cuidados especiales por motivos de enfermedad o de edad y que requieren atenciones incompatibles o difícilmente compatibles en ocasiones con el trabajo⁹¹.

Aunque el tenor legal sólo atribuye el derecho aquí analizado en aquellos supuestos en los que la relación entre el pariente y el trabajador sea hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad, no mencionando aquellos vínculos que tienen su origen en la adopción o acogimiento, lo cierto es que tal lapsus legal no debe interpretarse sino como un mero descuido del legislador, no en vano la filiación por adopción y acogimiento provocan las mismas obligaciones mutuas y bilaterales que la filiación natural. Con esta misma flexibilidad deben interpretarse los requisitos exigidos a los familiares (edad, accidente, enfermedad o discapacidad), pues lo verdade-

87 ESCUDERO RODRIGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R.: “Nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo”, cit., pág. 1225.

88 DILLA CATALA, M.J.: “La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (la Ley 4/95 de 23 de marzo)”, *Actualidad Laboral*, 1995, T. III, pág. 698.

89 QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: “La excedencia para el cuidado de familiares mayores”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 214, 2001, págs. 63 y ss.

90 RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)”, *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1999, pág. 7.

91 CORTE HEREDERO, N.: “La atención de las responsabilidades familiares a través de la excedencia laboral: examen del art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores”, cit., pág. 92.

ramente relevante es que el pariente en cuestión necesite la ayuda de otros (en este caso de aquel que solicita la excedencia)⁹².

Lo que no deja de ser criticable es que para el disfrute de este derecho el legislador siga imponiendo, como requisito, que las personas discapacitadas (enfermas o ancianas), objeto de cuidado, no desempeñen actividad retribuida, pues se olvida la situación de necesidad que la familia está atendiendo, siendo claramente una medida que no sólo no facilita la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores, sino que además atenta contra el derecho de inserción laboral de las personas con disminución física o psíquica⁹³. Tampoco debe considerarse acertada la exigencia de que la persona necesitada de cuidados “no pueda valerse por sí misma”, equiparando tal exigencia con la situación de gran invalidez configurada por la legislación de Seguridad Social, motivo por el cual la doctrina ha venido entendiendo necesario sustituir la causa que podía justificar al obtención de la excedencia por la siguiente expresión: “que tengan dificultad para valerse por sí mismos”⁹⁴.

En cualquier caso y dejando de lado estas críticas, se trata de un derecho dirigido a la protección del familiar y no sometido a la voluntad o arbitrio empresarial en su concesión, de tal forma que “existiendo un sujeto causante del derecho y solicitándolo el trabajador, el empresario no puede negar la excedencia, ni tampoco, lógicamente, puede aplazar el disfrute de la misma, por cuanto su cómputo viene determinado por la edad, el accidente o la enfermedad del causante y, por tanto, el derecho de éste comienza en ese mismo momento y no permite dilaciones contrarias a su propia finalidad”⁹⁵. Únicamente, en aras a no distorsionar en exceso la actividad productiva, el ET establece —en excepción conocida— que 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 justificadas de funcionamiento de la entidad productiva. No queda claro quién decide cuál es el sujeto que puede disfrutar del derecho y cuál no, pero parece que la norma atribuye tal facultad a la propia pareja de trabajadores; dado que ello afecta a su vida familiar, son ellos quienes deben decidir qué salario es el que se deja de percibir si el superior o el inferior, es a ellos a quien la norma reconoce el derecho a la excedencia por lo que basta con que se pongan de acuerdo en quien de los dos formula la solicitud en la empresa⁹⁶.

No procede insistir en el régimen jurídico de este tipo de excedencia, pues se asimila a la tradicional (y ya estudiada) excedencia por cuidado de hijo con una única salvedad: en materia de duración se estima por el legislador que su tiempo de disfrute debe ser más reducido; mientras que se mantiene la duración máxima de la excedencia por cuidado de hijo, fijada en tres años, respecto de la nueva excedencia familiar el tope se estableció, en un principio, en el año (ampliable, no obstante, por convenio colectivo)⁹⁷, lo cual no dejó de ser criticado por la doctrina al entender que hubiera sido convenient-

92 MORGADO PANADERO, P.: “La excedencia laboral por cuidado de familiares: claves para un debate”, *Actualidad Laboral*, núm. 7, 2007, pág. 840.

93 LOPEZ LOPEZ, J.: “Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad”, cit., pág. 66.

94 ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*, Granada (Comares), 2002, pág. 67.

95 SSTSJ Madrid 27 septiembre 2000 (Ar. 4143) y 10 enero 2001 (Ar. 857).

96 CRUZ VILLALON, J. et alii: *El Estatuto de los Trabajadores comentado*, Madrid (Tecnos), 2003, pág. 581.

97 CRUZ VILLALON, J.: “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extraordinario, 2000, pág. 84.

te la equiparación de la duración de ambos tipos de excedencia, pues tienen una finalidad común: la asistencia a personas necesitadas de atención⁹⁸. Quizá, atendiendo, en parte, a tales razones, la LOIEMH adopta la solución de elevar (pero sólo) a dos años la duración de la excedencia aquí analizada. Una mayor dosis de generosidad no hubiera estado desaconsejada.

En todo caso, cabe preguntarse si la excedencia por cuidado de familiar puede reiterarse en el tiempo, mediante sucesivos períodos, dado que, en principio, no está condicionada por la acotación temporal típica de la excedencia por cuidado de hijo (al nacer o, en su caso, al adoptarlo, no después de ese período). En una primera interpretación la respuesta debería ser negativa, ya que se trata de un derecho que, a diferencia de la simple excedencia voluntaria, va acompañado de una garantía especial (reserva de puesto de trabajo y cómputo de antigüedad)⁹⁹. Por tal razón, puesto que el legislador ha dispuesto un tiempo máximo de duración, no podría admitirse el caso de dos excedencias que se suceden en el tiempo sin solución de continuidad para el mismo sujeto y por la misma causa. Se podría, no obstante, plantear la posibilidad de acceder a una misma excedencia por un mismo sujeto y causa, siempre que estuviesen separadas en el tiempo, si bien el problema ahora se centra en determinar si, al igual que ocurre con la excedencia voluntaria, la solicitud de la nueva excedencia debería estar sometida a un período de espera¹⁰⁰.

En cambio, a tenor de la literalidad del precepto nada impide que tras el disfrute de la excedencia por cuidado de hijos se pase al disfrute de la excedencia por cuidado de familiares por el mismo causante, de manera que pueda alargarse la situación de excedencia hasta los cinco años. Parece, por tanto, que el disfrute sucesivo es compatible¹⁰¹, tal y como ha reconocido algún pronunciamiento judicial¹⁰². Sin embargo, habría que preguntarse si realmente en estos casos ambas medidas no tendrían el mismo objetivo: facilitar al hijo los cuidados durante los primeros años de la vida; de manera que la excedencia por cuidado de familiares no sería sino una simple prolongación de la excedencia por cuidado de hijos. Si se concluye que ambas medidas están destinadas al mismo fin, parecería inoportuna la compatibilidad, no en vano el legislador ha establecido un plazo máximo para la excedencia por cuidado de hijos¹⁰³. Ahora bien, tampoco hay que olvidar, en contrapartida, que, durante los primeros años de la infancia, los niños padecen numerosas enfermedades, que obligan a los padres a ausentarse del puesto de trabajo para atenderlos, razón por la cual sería necesario apostar — una vez más — por el incremento del lapso temporal del permiso aquí analizado, sobre todo si se tiene en cuenta la paradoja de que en los supuestos de adopción o acogimiento el límite de los tres años se computa a partir de la sentencia o resolución admi-

98 ALARCON CASTELLANOS, M.: “Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999”, cit., pág. 1153.

99 GARCIA MURCIA, J.: “La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, cit., págs. 27-28.

100 RODRIGUEZ COPE, M.L.: *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., pág. 185. Admitiendo la posibilidad de utilizar una excedencia por cuidado de familiares para atender hijos mayores de tres años, STSJ Navarra 23 febrero 2006 (TOL 857041).

101 GARRIGUES GIMENEZ, A.: *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de Seguridad Social*, cit., pág. 119.

102 STSJ Navarra 23 febrero 2006 (TOL 857041).

103 GORELLI HERNANDEZ, J.: “La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, cit., pág. 41. Sobre la conexión de la excedencia por cuidado de hijos con la excedencia por cuidado de familiares, RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona (Aranzadi), 1999, págs. 253 y ss.

nistrativa que declara el inicio de la relación parental, lo que supone que los adoptados o acogidos puedan tener edades superiores¹⁰⁴.

Con todo, resulta sorprendente que sea éste uno de los pocos casos en los que se realiza una referencia explícita a la autonomía colectiva (“salvo que se establezca una duración mayor por la negociación colectiva”)¹⁰⁵, ya que, evidentemente, por esta vía, todos los derechos reconocidos son mejorables en cuanto a sus efectos laborales¹⁰⁶, no así respecto de los que se refieren a la Seguridad Social que constituye una de las carencias más notables del instituto aquí analizado.

4.- LAS DENOMINADAS PRESTACIONES FAMILIARES DE NATURALEZA NO ECONÓMICA

Despojar la excedencia y, por ende, la necesaria atención de familiares, de efectos negativos para el trabajador no sólo requiere preservar el derecho al reingreso en la empresa y las condiciones laborales alcanzadas, sino también los derechos de Seguridad Social ya adquiridos o en curso de adquisición. Así, la situación de la relación jurídica de Seguridad Social durante la excedencia aquí analizada viene contemplada en el art. 180 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley General de Seguridad Social (LGSS). Como regla general, el excedente se encuentra en situación asimilada al alta para obtener determinadas prestaciones, considerándose como período efectivamente cotizado a determinados efectos parte del período de suspensión.

Esta imprecisa afirmación obliga a efectuar una serie de precisiones, atendiendo a la evolución normativa obrante sobre este precepto¹⁰⁷:

Hasta 1989, los trabajadores en excedencia por cuidado de hijos que querían mantener su vinculación con el sistema de Seguridad Social tenían que recurrir a los denominados convenios especiales. La Orden Ministerial de 1 de septiembre de 1973 permitía a las mujeres trabajadoras que se hallaban en excedencia voluntaria por alumbramiento suscribir dos tipos de convenios especiales: uno, con las Mutualidades Laborales del régimen general, de carácter genérico, común al resto de empleados; y otro, con el Instituto Nacional de Previsión, de carácter específico y exclusivo de estas trabajadoras. A continuación, la Orden Ministerial de 30 de octubre de 1985 supuso la desaparición de este régimen dual y la configuración de una única posibilidad de convenio especial, común a todos los excedentes voluntarios¹⁰⁸.

Esta situación se mantuvo hasta la aprobación de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, que dio nueva redacción al art. 167

104 MORGADO PANADERO, P.: “La excedencia laboral por cuidado de familiares: claves para un debate”, cit., pág. 841.

105 Lo cual tal vez refleja “una mala conciencia del legislador” por no equiparar ambas excedencias. PASCUAL ALLEN, C.: “Comentarios a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Información Laboral*, núm. 26, 1999, pág. 28.

106 ARROYO GONZALEZ, M.: “La contribución de la negociación colectiva a la conciliación de la vida laboral y familiar. Un análisis en determinados sectores con mayor presencia femenina”, *Documentación Laboral*, núm. 74, 2005, págs. 105 y ss.

107 FERNANDEZ PROL, F.: “Excedencia por cuidado de familiares y Seguridad Social”, *Revista de Derecho Social*, núm. 21, 2003, págs. 98 y ss., autora a quien se sigue en la presente exposición.

108 BARRIOS GAUDOR, G.: *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de Seguridad Social*, Pamplona (Aranzadi), 1997, págs. 263 y ss.

LGSS de 1974, en el sentido siguiente: “las prestaciones de protección por hijo a cargo, en su modalidad contributiva, consistirán en la consideración, como período de cotización efectiva, del primer año con reserva de puesto de trabajo del período de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con la legislación aplicable, disfruten por el cuidado de cada hijo”.

En desarrollo de la mencionada Ley 26/1990, fue aprobado el Real Decreto 356/1991, de 15 de marzo, sobre asignaciones por hijo a cargo, cuyo art. 17 establecía que “el período considerado como de cotización efectiva surtirá efectos tanto para la cobertura del período mínimo de cotización, como para la determinación de la base reguladora y porcentaje aplicable en su caso para el cálculo de la cuantía de aquéllas (las prestaciones del régimen general de la Seguridad Social), considerándose a los beneficiarios en alta, para acceder a las prestaciones de Seguridad Social, salvo en lo que se refiere a la (entonces) incapacidad laboral transitoria”.

Completó la regulación de la situación del excedente por cuidado de hijos en el ámbito de la Seguridad Social, la Ley 4/1995, de 23 de marzo, la cual, en su art. 4, disponía lo siguiente: “la situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo. Dicho período no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo”¹⁰⁹.

Lo dispuesto en el art. 36.1.3º del Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, constituyó otra de las aportaciones más significativas al respecto, pues establecía la consideración como “situación asimilada al alta en el régimen de Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, quienes, de conformidad con la legislación aplicable, se hallen en excedencia para atender al cuidado de un hijo con reserva del puesto de trabajo”.

Por su parte, la Ley 39/1999, a partir de la cual se introdujo en el ordenamiento jurídico español la modalidad de excedencia por cuidado de otros familiares diferentes de los hijos, tan sólo recogía una ínfima mención a estas cuestiones en su disposición adicional segunda, a cuyo tenor “la legislación de la Seguridad Social en materia de convenios especiales se adaptará a las modificaciones previstas en la presente Ley, en el plazo de un año contado a partir de su entrada en vigor”, adaptaciones operadas, con un leve retraso sobre la previsión inicial, por la Orden de 9 de enero de 2001, de modificación parcial de la Orden de 19 de julio de 1991, en referencia exclusiva a los supuestos de reducción de jornada al amparo del art. 37.5 ET, pero no de excedencia.

El legislador, sorprendentemente, se olvidó en aquel momento de ampliar al supuesto de excedencia por cuidado de parientes próximos la consideración del período de disfrute del derecho reconocido como de cotización efectiva (aun cuando cabía la lógica posibilidad —casi inaccesible— de suscribir convenio especial)¹¹⁰, tal y como hizo en el caso de la excedencia para el cuidado de hijos¹¹¹, “con lo que ello supuso a

109 QUINTANILLA NARVARO, B.: “La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995”, *Relaciones Laborales*, 1995, T. II, págs. 331 y ss.

110 Se trata de una solución muy cara para un trabajador ordinario. LOPEZ GANDIA, J.: “Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencias”, *Aranzadi Social*, núm. 15, 2004, pág. 44.

111 Más bien se configura como una situación asimilada a la de alta a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. PANIZO ROBLES, J.A.: “La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la Seguridad Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 201, 1999, pág. 93.

efectos de ruptura de la carrera de seguro de la trabajadora cuidadora (o del trabajador en muchos menos supuestos)”¹¹². Afortunadamente, el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre y, con posterioridad, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, y el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, entienden como período de cotización efectiva el tiempo de excedencia dedicado también al cuidado de familiares¹¹³.

Con mayor contundencia, la LOIEMH considera como período de cotización efectiva tanto los dos primeros años (no sólo uno como anteriormente sucedía) de las excedencias para el cuidado de hijos o menores acogidos (con un mínimo de treinta meses y máximo de treinta y seis por familia numerosa de categoría general o especial respectivamente —en lugar de los quince o dieciocho anteriores—) cuanto el primer año de excedencia para el cuidado de otros familiares (nuevo art. 180.1 y 2 LGSS), cotización que surte efectos para las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad¹¹⁴. No hubiera estado de más, sin embargo, haber ampliado la consideración como período de ocupación cotizada al disfrute íntegro de la excedencia y a todo tipo de prestaciones, ya que quedan excluidas la incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y desempleo.

En fin, otro importante avance que la LOIEMH ha introducido en el instituto jurídico aquí analizado radica en la consideración como cotizada de la totalidad de la jornada de trabajo en los supuestos de excedencia por cuidado de hijos o familiares inmediatamente posteriores a una reducción de jornada por esas mismas circunstancias (nuevo art. 180.4 LGSS). Tal previsión es perfectamente coherente con la nueva redacción que la LOIEMH proporciona, igualmente, al art. 180.3 LGSS, en virtud de la cual las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años de reducción de la jornada laboral (con disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella —art. 37.5 ET—) por cuidado de hijo y el primer año en los supuestos de cuidado de familiares se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha minoración.

112 PEREZ DEL RIO, T.: “La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate”, *Temas Laborales*, núm. 52, 1999, pág. 53.

En España la distribución de cuidadores es la siguiente: el 61 por 100 son hijas y nueras (43,5 hijas y 7,5 nueras) y el 6 por 100 son hijos y yernos (5,8 hijos y 0,2 yernos). INSERSO: *Cuidados en la vejez. El apoyo informal*, Madrid (INSERSO), 1995, págs. 55-56.

Sobre la necesidad de establecer bonificaciones por cuidado de otras personas destinadas a poner fin a las desventajas que sufren las mujeres por dedicarse a una actividad no remunerada, LUCKHAUS, L.: “Igualdad de trato, protección social y seguridad de ingresos de las mujeres”, *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 119, núm. 2, 2000, pág. 195. Por extenso, GONZALEZ ORTEGA, S.: “La protección social de las situaciones de dependencia”, *Relaciones Laborales*, núms. 17-18, 2004, págs. 59-60.

113 ALONSO RODRIGO, E.; SERRANO ARGUESO, M. y TOMAS MARTINEZ, G.: “Mujer y trabajo: el cuidado de la familia como cuestión social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 261, 2004, pág. 45. En la doctrina judicial, por todas, STS 14 noviembre 2001 (Ar. 3042) y SSTSJ Aragón 23 julio 2003 (Ar. 1067), Madrid 12 enero 2004 (Ar. 666), Cataluña 16 julio 2004 (Ar. 2689) ó Valencia 30 noviembre 2004 (Ar. 3715).

114 La consideración como de cotización efectiva afecta a las prestaciones señaladas en los aspectos siguientes: a) la cobertura del período mínimo de cotización para acceder a las prestaciones; b) la determinación de la base reguladora; c) la determinación del porcentaje aplicable para el cálculo de la cuantía de las prestaciones; e) el mantenimiento del derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social. PANIZO ROBLES, J.A.: “Igualdad de género, conciliación familiar y laboral y Seguridad Social (a propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 290, 2007, pág. 90.

5.- PROTECCION FRENTE AL DESPIDO

La finalidad tuitiva que la excedencia por motivos familiares trata de materializar en favor del trabajador podría verse obstaculizada si no se contara con el amparo y el refuerzo derivado del hecho de que el propio legislador prohíba que la extinción del vínculo contractual, en particular, mediante el despido, pueda tener lugar cuando el trabajador se encuentre disfrutando de la misma¹¹⁵.

Tal afirmación obliga a abrir un breve paréntesis con el fin de alertar sobre la importancia de las modificaciones introducidas por la LCVLF y la LOIEMH en los arts. 53.4 y 55.5 ET, el primero dedicado al despido por causas objetivas nulo, y el segundo al despido disciplinario nulo¹¹⁶. A ambos preceptos se les incorpora una redacción simétrica que tiende a otorgar esta calificación a los despidos por una u otra clase de motivos producidos durante el ejercicio de los derechos de maternidad o —por lo que aquí interesa— de permisos parentales. En concreto, se consideran viciadas de nulidad las extinciones o despidos durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia, adopción o acogimiento o los notificados en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice durante dicho período, y los de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de las suspensiones por “riesgo durante el embarazo, lactancia o por maternidad”, así como de los trabajadores que hagan uso o hayan solicitado los derechos de lactancia, nacimiento de hijo prematuro o reducción de jornada por guarda legal, o hayan solicitado o estén disfrutando de excedencia por cuidado de familiares¹¹⁷. Igualmente, hay que entender incluidos dentro de la categoría de la nulidad los despidos de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos previstos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOPIVG).

Dicho de forma más clara, se reconocen específicamente como nulos (con la consecuencia de la readmisión inmediata del trabajador/a y el abono de los salarios dejados de percibir) aquellos despidos, ya sean por causas objetivas o por razones disciplinarias, que afecten a: a) trabajadores con suspensión del contrato por maternidad o paternidad; b) trabajadores con suspensión del contrato por adopción o acogimiento; c) trabajadoras con suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural; d) trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión por maternidad; e) trabajadores que han solicitado permiso por lactancia o por nacimiento de hijo prematuro, desde dicha solicitud hasta que

115 ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*, cit., pág. 282.

116 MOLINA GONZALEZ-PUMARIEGA, R.: “El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999”, *Aranzadi Social*, 1999, T. V, pág. 1173.

117 CABEZA PEREIRO, J.: “Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, *Documentación Laboral*, núm. 61, 2000, pág. 35.

Es más, habida cuenta el despido disciplinario comprende cualquier extinción del contrato de trabajo decidida unilateralmente por el empresario aun cuando la misma no responda a una finalidad disciplinaria, como reiterada jurisprudencia viene explicando (SSTS 29 diciembre 1992 —Ar. 10378—, 27 julio, 23 octubre y 29 noviembre 1993 —Ar. 5992, 8060 y 9091—, 2 marzo y 20 julio 1994 —Ar. 2046 y 6688— ó 23 diciembre 1996 —Ar. 9839—), queda indirectamente aumentado el radio de la protección frente a toda extinción injustificada. SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores”, *Aranzadi Social*, núm. 201, 2000, pág. 25.

La protección, como es lógico, se extiende al ámbito de la función pública. STCo 20/2001, de 29 de enero, que declara discriminatorio el cese de una funcionaria interina durante el período en que se encontraba disfrutando del permiso por maternidad.

dejan de disfrutarlo; f) trabajadores que han solicitado la reducción de su jornada por cuidado de familiares o por nacimiento de hijo prematuro, igualmente desde su solicitud hasta que finaliza su disfrute; g) trabajadores excedentes por cuidado de hijos; h) trabajadores excedentes por cuidado de familiares¹¹⁸; i) trabajadoras víctimas de violencia de género que hagan uso del derecho de reducción o reordenación del tiempo de trabajo, movilidad geográfica o suspensión contractual; j) trabajadoras afectadas por enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural; k) trabajadores que se han reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha del nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Como es lógico, esta declaración de nulidad tiene una lógica salvedad: “que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados”¹¹⁹; esto es, se requiere que “el órgano judicial (llegue) a la convicción de que el despido o la extinción no haya tenido que ver con el embarazo o con el permiso parental”¹²⁰.

De esta forma, y dentro del período protegido, la presunción de nulidad del despido opera automáticamente y con independencia de la existencia de un móvil discriminatorio, por lo que la única posibilidad de destruir dicha presunción es acreditar suficientemente la procedencia de la decisión extintiva, esto es, la concurrencia de alguna de las causas legalmente previstas para ello¹²¹. Por lo tanto, cuando el despido coincide con la situación de embarazo, maternidad o ejercicio de derechos de conciliación, el empresario deberá probar que las causas que alega tienen entidad suficiente para justificar la procedencia del despido; de no ser así, prevalecerá la sospecha sobre el empleador de que ante un determinado incumplimiento del trabajador/a o ante la concurrencia de determinadas circunstancias objetivas en la empresa, ha elegido la sanción más grave (despido disciplinario) o la solución más drástica (despido por causas objetivas) en lugar de optar por otras menos extremas (movilidad funcional, modificación sustancial de condiciones de trabajo...) y que, además, lo hecho como represalia por el ejercicio de los derechos en cuestión¹²². A diferencia, pues, de lo que ocurre en el despido discriminatorio, en los despidos aquí analizados (que se pueden calificar como cuasi prohibidos) toda la carga probatoria recae sobre el empleador, ya que al trabajador/a le bastará con demostrar que el despido coincide con alguno de los períodos o derechos protegidos para que entre en juego inmediatamente la presunción. E, igualmente, el esfuerzo probatorio no debe circunscribirse únicamente a la existencia o no de circunstancias que puedan implicar discriminación, sino que será preciso acreditar también la suficiencia de la causa que se esgrime para la extinción del contrato, quedando, así, configurada una suerte de inmunidad frente a la extinción contractual en tales momentos¹²³.

118 ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: aspectos laborales*, cit., págs. 292-293.

119 RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)”, *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1999, pág. 4.

120 SSTSJ Cataluña 8 enero 1998 (Ar. 462), Galicia 26 enero 1999 (Ar. 45), Madrid 26 enero 1999 (Ar. 92), La Rioja 25 marzo 1999 (Ar. 440) y Cataluña 22 junio 1999 (Ar. 4751).

121 STCo 175/2005, de 4 de julio.

122 CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “La ‘nueva’ prohibición de despedir durante las situaciones de embarazo, maternidad y ejercicio de los derechos de conciliación”, *Revista General de Derecho y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 12, 2006, pág. 5.

123 SENRA BIEDMA, R. y SANCHEZ TORRES, E.: “Aspectos sustanciales y procesales de los despidos antifamiliares. A propósito de las SSTC 41/2002, de 25 de febrero, y 17/2003, de 30 de enero”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2005, págs. 57 y ss.

Por ello, y aun cuando no llega a establecerse una prohibición absoluta de despido, lo cierto es que, salvo que se pruebe adecuadamente la existencia de una causa lícita para la ruptura del vínculo laboral, ésta no podrá materializarse ni siquiera acudiendo a la vía de la extinción indemnizada¹²⁴.

Estas previsiones poseen —como es obvio— una “incuestionable envergadura”¹²⁵ en aras a la pretendida estabilidad en el empleo de la mujer trabajadora o, desde una perspectiva más neutra, de los empleados que asumen ciertas responsabilidades familiares, si bien no dejan de presentar algunos flancos abiertos a la crítica, especialmente significativos en los supuestos de excedencia por razones familiares. Cierto es que se recupera la figura del despido nulo para calificar legalmente la extinción contractual incidente en una relación laboral en suspenso desaparecida tras la reforma de 1994¹²⁶, pero sólo cuando la suspensión del contrato de trabajo se deba al disfrute de alguno de los derechos por circunstancias familiares del trabajador supra enunciados¹²⁷. Aun cuando esta medida merece, sin duda, una valoración positiva en cuanto supone una “garantía de indemnidad o cláusula de blindaje”¹²⁸, lo cierto es que resulta “insuficiente, presentando algunas carencias difícilmente comprensibles tanto respecto del tipo de medida discriminatoria cubierta por la tutela especial, como en lo referente a los períodos de tiempo cubiertos por la misma”¹²⁹:

1.- Cabe destacar, así, cómo esta especial protección del despido opera sólo en ciertos momentos temporales, que varían, además, en función del derecho de que se trate: para la maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia, se circunscribe al tiempo durante el cual se ejercitan los mismos¹³⁰; para el embarazo, desde su inicio hasta que comience la suspensión por riesgo o por maternidad; para la lactancia, guarda legal y nacimiento de hijo prematuro, desde que se soliciten los permisos hasta que finalice su ejercicio; y para la excedencia desde que se solicite y mientras se disfrute.

Esta divergencia, en función de la circunstancia atendida, no parece justificada, pues pueden detectarse algunas insuficiencias de protección, como, entre otras —y por

124 LOPEZ ALVAREZ, M.J.: “La protección frente al despido de los trabajadores con responsabilidades familiares”, en VV.AA (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid (La Ley), 2004, pág. 620.

125 CABEZA PEREIRO, J.: “Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, cit., pág. 35.

126 GORELLI HERNANDEZ, J.: “La reciente Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, cit., pág. 47.

127 CABEZA PEREIRO, J.: “Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, cit., pág. 35. De este modo y como ya consta, se expande el ámbito de la categoría o institución del despido nulo, que la Ley 11/1994 vino a estrechar notablemente al privar de tal calificación a los despidos producidos durante la suspensión del contrato, o con defectos de forma (salvo para los objetivos), reservando el radical efecto de la nulidad para los despidos animados por móviles discriminatorios o que supongan lesión de derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador. CAVAS MARTINEZ, F.: “Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, cit., pág. 113.

128 MOLINA NAVARRETE, C.: “La garantía de indemnidad de la trabajadora embarazada frente a los despidos injustificados”, *La Ley*, núm. 6615, 2006, pág. 7.

129 PEREZ DEL RIO, T.: “La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate”, cit., pág. 63.

130 Aun cuando algún pronunciamiento judicial ha extendido la declaración de nulidad a aquellos despidos que “traen como causa de un permiso de paternidad, pero que no tiene lugar durante el período de disfrute del mismo, sino posteriormente”. STSJ Castilla y León/Valladolid 24 julio 2000 (Ar. 4314).

solo mencionar un ejemplo—, la del trabajador que ha notificado al empresario el ejercicio de la suspensión contractual por adopción o acogimiento, pero aún no lo ha hecho efectivo en tanto en cuanto solvente la preceptiva tramitación burocrática. Tal desprotección fue particularmente manifiesta —por lo que aquí interesa— tras la promulgación de la LCVLF, respecto del trabajador que hubiera iniciado el disfrute de una excedencia por razones familiares¹³¹, provocando una preocupante paradoja, hoy afortunadamente superada. “Lo absurdo del caso era que la norma sí protegía al trabajador que hubiera solicitado esta excedencia hasta que pasara a tal situación, pero no a partir del instante en que comenzara a disfrutar de la misma. A pesar de que la Exposición de Motivos de la LCVLF se refería genéricamente al ‘despido de los trabajadores con contrato de trabajo suspendido’, la dicción legal era tan clara al respecto que excluía sin duda la excedencia por cuidado de familiares desde el inicio de la suspensión del contrato: el contraste era claro entre, de un lado, los permisos de lactancia y de reducción de jornada —donde la referencia era explícita al tiempo de disfrute— y, de otro lado, la excedencia —donde sólo se atendía al período de solicitud previo al inicio”¹³².

Dicho en otros términos, la reserva del puesto de trabajo establecida en el art. 46.3 ET durante el primer año, y de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente hasta el resto del período máximo de tres años, como garantía de reincorporación efectiva, quedaba en aquel momento claramente en entredicho, al no extenderse la tutela del nuevo supuesto de nulidad hasta el referido momento de la reincorporación¹³³. Desgraciadamente tal dicción legal “permitía al empresario esperar al goce del derecho para ‘represaliar’ al trabajador, siendo entonces improcedente el despido, pero no nulo”, lo cual contradecía, dicho sea de paso, lo dispuesto en la cláusula 2, apartado cuarto, del Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental, aplicado por la Directiva 96/34, según el cual “con el fin de garantizar que los trabajadores puedan ejercer su derecho al permiso parental, los Estados miembros y/o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra el despido por haber ‘solicitado la solicitud’ o cogido un permiso parental, conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales”¹³⁴. Como no podía ser de otra manera, tales deficiencias han sido de facto corregidas, atendiendo a una interpretación flexible de la norma, materializada en virtud de la reforma introducida en los arts. 43.4 y 55.5 ET por la LOIEMH, que protege con la nulidad del despido tanto a los trabajadores que “hayan solicitado” como a los que “estén disfrutando” de una excedencia por razones familiares.

2.- Desde una óptica más técnica, la manera de definir el período cubierto por la prohibición de despido, o mejor, por la presunción de nulidad de la extinción en situación de suspensión del contrato (por embarazo o por maternidad), no es precisamente demasiado afortunada; señala la norma que será nulo el despido de los trabajadores

131 CABEZA PEREIRO, J.: “Notas sobre la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras”, cit., pág. 37.

132 CRUZ VILLALON, J.: “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)”, cit., pág. 96.

133 AGUSTI MARAGALL, J.: “La tutela anti-discriminatoria en las extinciones contractuales resultante de la Ley 39/1999: apuntes críticos”, en VV.AA (LOPEZ LOPEZ, J., Coord.): *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D’Antona*, Madrid (Marcial Pons), 2001, pág. 136.

134 CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La flexibilización del despido disciplinario, en sus vertientes legal y jurisprudencial, en el contexto de una economía globalizada (I)”, *La Ley*, núm. 5138, 2000, pág. 4. De esta interpretación integradora se hace eco la STSJ Castilla y León 24 julio 2000 (Ar. 4314).

durante el período de suspensión “... o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho período”; “ello, a sensu contrario, podrá significar que el despido notificado dentro del período de suspensión pero cuya efectividad se posponga a un momento posterior a éste, que podría incluso ser el día siguiente, escapar injustificadamente de la presunción de nulidad, a menos que se entrara en otra situación protegida, por ejemplo, la lactancia o la reducción de jornada”¹³⁵. Tal tenor parece quedar superado con una importante novedad introducida por la LOIEMH, referida a una especie de garantía de estabilidad tras el uso de los permisos por paternidad, maternidad, adopción o acogimiento, pues se establece, igualmente, la nulidad de las decisiones empresariales de despido cuando no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la reincorporación [nuevos arts. 53.4 c) y 55.5 c) ET]. Ahora bien, se trata de una garantía sólo parcial, pues protege únicamente la reincorporación tras el disfrute de la suspensión contractual por maternidad, adopción o acogimiento y paternidad, sin extenderse a otros supuestos necesitados igualmente de tutela como pudiera ser la excedencia por razones familiares. Por tal razón, no estaría de más introducir la oportuna modificación legislativa o, cuando menos, “de jurisprudencia ferenda, resucitar, a estos efectos, la doctrina abandonada del despido nulo por fraude de ley”¹³⁶.

3.- Aun cuando finalizada la excedencia, el trabajador tiene derecho a reincorporarse inmediatamente a la empresa, en virtud de la reserva de puesto de trabajo que tiene lugar durante aquélla, no es infrecuente, sin embargo, que en tal momento el empresario pretenda negarse a tal reingreso o que, no oponiéndose, permita únicamente una reincorporación irregular al trabajo.

La negativa injustificada del empresario de readmitir al trabajador excedente constituye un despido “tácito”¹³⁷, que no cabe calificar sino de nulo. Habida cuenta el ET no fija un período de tiempo determinado en el que deba procederse a la reincorporación tras el disfrute de los permisos, ni requisitos previos de solicitud, cabe entender que basta “el reingreso de hecho a la empresa de manera inmediata concluido el plazo de suspensión...; de este modo, una negativa empresarial a la readmisión, finalizada la baja por maternidad (o la suspensión del contrato en los términos antes expuestos), sería también técnicamente un despido nulo”¹³⁸. Por tanto, si, ante una solicitud de reingreso por parte del trabajador, el empresario no contesta a la misma o la rechaza de una forma rotunda e inequívoca, éste debe interponer la oportuna demanda por despido¹³⁹, el cual deberá merecer, sin ningún tipo de dudas, la calificación de nulo por discriminatorio.

Ahora bien, en el supuesto de que la reincorporación se efectúe de forma irregular, es decir, provoque una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el trabajador únicamente podrá utilizar el proceso urgente y de tramitación preferente regulado en el art. 138 Real Decreto Legislativo 2/2005, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). Si la sentencia que pusiese fin al proceso declarase injustificada la medida empresarial, reconocerá el derecho a ser repuesto en sus anteriores condiciones de trabajo, de tal forma que si el empresario no cumpliera su condena, el trabajador podrá solicitar la ejecución del fallo ante

135 BALLESTER PASTOR, M.A.: *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral*, cit., pág. 53.

136 ALBIOL MONTESINOS, I.: *La modificación del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2001, pág. 103.

137 SSTSJ Murcia 28 enero 1993 (Ar. 253) y Madrid 4 noviembre 1994 (Ar. 4585).

138 VALLE MUÑOZ, F.A.: *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, cit., pág. 77.

139 STS 22 octubre 1997 (Ar. 7548).

el Juzgado de lo Social (arts. 277 y ss. LPL) y, en el peor de los casos, la extinción de su contrato en virtud del art. 50.1 c) ET con derecho a una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio.

Es más, cuando se produzca simplemente un retraso en la reincorporación del trabajador imputable a un incumplimiento doloso, negligente o moroso del empresario, aquél tendrá derecho únicamente a reclamar de este último la reparación de daños y perjuicios (a modo de salarios devengados y no percibidos), que la readmisión tardía le ocasiona. En el caso de que no se produjese tal reincorporación por culpa del empresario y la conducta de este último mostrase, no una voluntad inequívoca de extinguir el contrato, sino simplemente de posponer el reingreso, el trabajador podría ejercitar una acción declarativa para el reconocimiento de su derecho a la reincorporación inmediata, solicitando, al tiempo, la oportuna indemnización de daños y perjuicios correspondientes¹⁴⁰.

4.- Quizá la vinculación de la institución con la protección de la maternidad más que con la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, y no a la par como debiera, determina la limitación, frontalmente criticable, de la prohibición al despido, no abarcando otras actuaciones empresariales unilaterales como pudieran ser los supuestos de modificaciones funcionales, geográficas o de condiciones de trabajo, ausencia de promoción, etc¹⁴¹. Aunque tales supuestos merecen la oportuna sanción de nulidad de conformidad con lo previsto en el art. 17.1 ET, lo cierto es que “en estos casos, la protección debe solicitarse —como única vía de solución— a través del procedimiento de tutela antidiscriminatoria con los problemas de demostración de indicios racionales de discriminación por parte del trabajador”¹⁴².

6.- REFLEXIONES FINALES

La protección estatutaria del disfrute de una excedencia para el cuidado de hijo o de otros familiares próximos (hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad) es susceptible de ser valorada de una forma globalmente positiva por su tendencia a evitar la ruptura de la carrera profesional del trabajador excedente, en aras a la ansiada armonización de las responsabilidades laborales y familiares. Ahora bien, hecha tal aseveración, cabe afirmar que no parece oportuno magnificar los efectos positivos de la misma, pues ello podría suponer la postulación de bondades que la práctica puede encargarse de contradecir con mayor o menor contundencia, a saber:

Habida cuenta la desprotección social de tipo económico que rodea, en primer lugar, a la excedencia por cuidado de hijo (también por cuidado de familiares —como después se verá—), el problema no es sólo que los padres tengan que ser autosuficientes para poder gozar de este permiso parental, lo que no es la regla no sólo en el caso de las crecientes familias monoparentales, sino que de ser así supone una opción para la pareja por el mantenimiento de la renta salarial de uno de ellos, lo que, con mucha probabilidad, jugará “a favor” de que sea la madre la que goce del permiso, dejando, al menos tempo-

140 CORTE HEREDERO, N.: “La atención de las responsabilidades familiares a través de la excedencia laboral: examen del art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores”, cit., pág. 90.

141 CABEZA PEREIRO, J. y LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La flexibilización del despido disciplinario, en sus vertientes legal y jurisprudencial, en el contexto de una economía globalizada”, cit., pág. 4.

142 PEREZ DEL RIO, T.: “La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate”, cit., pág. 65. Por todas, STSJ Navarra 30 junio 2005 (TOL 691736).

ralmente el trabajo. Con ello no sólo no se consigue el objetivo igualatorio, sino que en la práctica se acentúa el goce desigual del permiso aquí analizado, con el consiguiente efecto de desigualdad en el empleo de las mujeres y la confirmación de la tendencia a considerar el cuidado de la prole como una función fundamentalmente femenina.

Así pues, nuestro régimen de protección social no sólo no favorece, como debiera, la posibilidad de suspender temporalmente el trabajo para poder dedicarse a la atención de los hijos, sino que además fomenta de hecho el mantenimiento del reparto tradicional de los roles atribuidos a cada cónyuge en el seno de la familia y contribuye a perpetuarlo. La falta de protección social de este tipo de permisos parentales es, pues, el límite fundamental para hacer posible la conciliación del trabajo y la vida familiar.

Al objeto de prevenir los efectos de discriminación indirecta en una excedencia mayoritariamente femenina, facilitando el efectivo goce del derecho a la licencia parental y la igualdad de acceso al mismo tanto de los padres como de las madres, no faltan propuestas ordenadas a garantizar un sistema de protección social adecuado que compense la pérdida de los salarios por el tiempo en que se goza de esos permisos, lo que significa socializar los costes de una opción que rebasa la esfera meramente privada, pues tiene efectos favorables sobre la familia y el cuidado de los hijos que son bienes constitucionales que deben ser adecuadamente atendidos¹⁴³. Desde igual perspectiva de lege ferenda, sería harto conveniente completar la propuesta anterior con la creación de servicios sociales suficientes para la sustitución efectiva y digna de las trabajadoras en el cumplimiento de sus responsabilidades familiares, que hicieran innecesario el disfrute de la excedencia (para evitar las posibles secuelas de desadaptación y descualificación profesional), debiendo asimismo garantizarse, más en general, la libertad de las personas para elegir el momento más oportuno y el número de hijos que desean tener —derecho derivado del de libertad general constitucionalmente reconocida—, poniendo a su alcance los medios de información y control de la natalidad necesarios y suficientes para tal fin, financiados por la Seguridad Social.

En este sentido, la lucha contra la marginación laboral de la mujer, y más aún de la madre, hacen necesario la puesta en práctica de una serie de instrumentos para que ambos miembros de la pareja (o la mujer con hijos a su exclusivo cargo, en una sociedad donde se multiplican las familias monoparentales) puedan desarrollar sus respectivas actividades laborales, comenzando, por ejemplo y entre otras medidas, por corregir la insuficiente dotación pública (aun cuando también se puedan financiar o cofinanciar por las empresas) de guarderías (sobre todo para niños menores de tres años), actualmente solventada a través de la insatisfactoria fórmula de acudir a la ayuda de familiares, pues un importante contingente de las familias no puede permitirse la alternativa (que ciertamente tiene el efecto de crear empleo, aun cuando muchas veces éste sea al margen de la Ley) de contratar a alguna persona para desempeñar aquellas funciones; en este sentido, es de destacar “la utilidad de la tan estudiada fórmula francesa de asistencia familiar supervisada de las “crèches colectivas o crèches familiares”, con figuras paralelas en Suecia, Dinamarca o Alemania, que anticipan el más acabado modelo de asistencia comunitaria con la que solventar la escasez de plazas en las guarderías o su excesivo coste¹⁴⁴.

Es más, si el panorama es harto deplorable en relación con la excedencia por cuidado de hijo, no menos preocupante es el diseño del régimen jurídico protector de la

143 FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *La mujer ante el derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, Madrid (La Ley), 1999, pág. 118.

144 FERNANDEZ DOMINGUEZ, J.J.: *La mujer ante el derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, cit., pág. 120.

excedencia para el cuidado de familiares. Así, no cabe olvidar que aun cuando la titularidad en esta segunda modalidad de excedencia se reconoce como “un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”, lo cierto es que se trata de un mero reconocimiento formal, pues la mujer sigue siendo en este caso la verdadera protagonista, razón por la cual cobra especial relevancia —tal y como ha sido manifestado por algún sector de la doctrina— potenciar la figura del “cuidador (familiar o ajeno) a efectos laborales, fiscales y de Seguridad Social como elemento promocional indirecto de empleo” en la línea diseñada por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; ello sin desmerecer la importancia de otras iniciativas como, de un lado, el establecimiento de “planes integrales de apoyo a la familia” donde el Estado y las Comunidades Autónomas aporten servicios sociales de apoyo y de ayuda a domicilio con la puesta en práctica de un amplio servicio de teleasistencia domiciliaria; o, de otro, el establecimiento de compensaciones fiscales para aquellos empresarios que ofrezcan a sus empleados centros de día gratis o a precio reducido¹⁴⁵.

En este sentido, se puede decir que el legislador se ha quedado nuevamente a las puertas de implantar una verdadera “revolución doméstico-familiar” en el seno del hogar, ya que para intentar hacer más efectivo el uso masculino de la excedencia por cuidado de familiares debería haber dispuesto, como mínimo, el disfrute obligatorio o al menos preferente de la misma por el trabajador varón cuando entre éste y el familiar necesitado de cuidados exista relación de consanguinidad, siempre y cuando queden cubiertas mínimamente las necesidades de manutención de la familia con los ingresos obtenidos por el trabajo de la mujer o de otros integrantes de la misma. Tal previsión, sin embargo, entroncaría más, si cabe, en el carácter simbólico de la medida que en la verdadera incidencia práctica de la misma, pues la mentalidad socio-familiar de nuestro país no ha evolucionado a la par de los vertiginosos cambios que se han producido en nuestra sociedad. Insistiendo sobre esta misma idea, la importancia social de las actividades de cuidado y atención de la familia que se llevan a cabo en el hogar, pese a que su valor económico y social se ha ignorado por completo, debe justificar que el tiempo dedicado a la atención de la familia sea capaz de generar derechos propios de protección social, como alternativa a los derechos de prestación social de carácter derivado. Por ello, la consideración en la carrera “asegurativa” del tiempo dedicado al cuidado familiar resulta indispensable para asegurar una igualdad laboral real de las mujeres. El reconocimiento de modalidades no contributivas de la prestación por hijo a cargo o de las prestaciones de pago único por nacimiento de hijo a partir del tercero o por parto múltiple, muestran una interesante línea de tendencia que ha llevado a la Ley 39/2006 a una incipiente consideración autónoma de la protección social de las tareas del hogar¹⁴⁶. Es de indudable interés la sensibilidad que ha empezado a demostrar el legislador en tutelar al cuidador familiar, minorando los efectos negativos que el mismo pueda sufrir en relación con el empleo y con la protección social a que pudiera tener derecho, debiendo computar ese tiempo de cuidados a efectos de la generación del derecho a futuras prestaciones de Seguridad Social y reconociéndole la posibilidad de disfrute de una prestación económica por cuidados familiares¹⁴⁷. Urge, pues, seguir avanzando en esta idea, diseñando los mecanismos jurídicos oportunos para dotar de efectividad a la misma.

145 RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “Seguridad Social, maternidad y familia”, *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2000, pág. 3.

146 RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “La cobertura de la situación de dependencia”, *RL*, núm. 5, 2007, pág. 7.

147 BARCELON COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M.G.: “Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el sistema de protección social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 60, 2006, págs. 13 y ss.