

FACULTAD  
DE CIENCIAS  
JURÍDICAS



ZIENTZIA  
JURIDIKOEN  
FAKULTATEA

**TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMAIERAKO LANA**  
**RELACIONES LABORALES Y RECURSOS HUMANOS**

.....

**CUESTIONES CONFLICTIVAS EN TORNO A LA EXCEDENCIA POR  
CUIDADO DE HIJOS**

**Irene Perez de Urabayen Solanas**

**DIRECTORA / ZUZENDARIA**

**Beatriz Rodriguez Sanz de Galdeano**

**Pamplona / Iruñea**

**20 de mayo de 2019**

## **RESUMEN Y PALABRAS CLAVE**

### **Resumen**

El ordenamiento jurídico español contempla el derecho a la excedencia por cuidado de hijos (art. 46.3 TRET) como un mecanismo de conciliación de la vida laboral y familiar. Los objetivos de este trabajo son, en primer lugar, analizar la evolución legislativa que ha sufrido este derecho, para, en segundo lugar, estudiar su configuración legal actual, tratando de resolver las cuestiones conflictivas que se han planteado entorno a él. Para ello, se parte del análisis de la doctrina judicial y jurisprudencial de referencia en la materia. El estudio de este derecho ha permitido observar que son las mujeres quienes hacen un uso mayoritario del mismo, y que, a pesar de que las respuestas de los Tribunales han sido garantistas en esta materia, tiene efectos negativos en lo referido a la continuidad en el mercado de trabajo de las mujeres.

### **Palabras clave**

1. Excedencia por cuidado de hijo
2. Discriminación por razón de género
3. Conciliación de la vida laboral y familiar
4. Corresponsabilidad

## **ABSTRACT AND KEYWORDS**

### **Abstract**

The Spanish legal system provides for the right to unpaid leave for child care (art. 46.3 Statute of Workers) as a mechanism to balance work and family life. The goal of this paper is, firstly, to analyse the legislative evolution suffered by this right in order to, secondly, study its current legal regulation, in an attempt to solve the conflicts arising from it. For this purpose, an analysis is made of the relevant case-law pertaining to the matter. The study of this right has led to the conclusion that it is women who primarily benefit from it, and that, although rulings from courts in this matter have tended to guarantee and uphold this right, it still has a negative effect as far as it concerns women's continuity in the labour market.

### **Keywords**

1. Unpaid leave for child care
2. Gender discrimination
3. Work-Life Balance
4. Co-responsibility

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
<b>1. EL MARCO NORMATIVO REGULADOR EN MATERIA DE CONCILIACIÓN: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y RETOS ACTUALES.....</b>	<b>6</b>
<b>1.1. Los diferentes modelos de regulación en materia de conciliación y sus repercusiones en la incorporación de la mujer al mercado de trabajo .....</b>	<b>6</b>
<b>1.2. Los retos actuales de las medidas legislativas en materia de conciliación .....</b>	<b>9</b>
<i>a) La perspectiva europea.....</i>	<i>9</i>
<i>b) La situación en España .....</i>	<i>13</i>
<i>c) El cuidado de hijos como discriminación por razón de género en la jurisprudencia constitucional.....</i>	<i>15</i>
<b>2. MARCO NORMATIVO DE LA EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE HIJOS.....</b>	<b>17</b>
<b>2.1. Titularidad y situaciones protegidas por la excedencia para el cuidado de hijos ....</b>	<b>18</b>
<b>2.2. Duración de la excedencia por cuidado de hijos .....</b>	<b>19</b>
<i>a) Posibilidad de fraccionamiento .....</i>	<i>20</i>
<i>b) Posibilidad de prórrogas .....</i>	<i>21</i>
<b>3. DERECHOS DEL TRABAJADOR DURANTE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS .....</b>	<b>22</b>
<b>3.1. Derecho a reserva del puesto de trabajo durante el primer año de excedencia .....</b>	<b>22</b>
<b>3.2. Derecho a reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo o categoría profesional durante el resto de la excedencia .....</b>	<b>24</b>
<b>3.3. El reingreso .....</b>	<b>25</b>
<i>a) La cuestión del preaviso y el papel de la negociación colectiva.....</i>	<i>25</i>
<i>b) El ejercicio de la acción de despido o la acción de reingreso ante la negativa empresarial a la solicitud de reincorporación .....</i>	<i>27</i>
<b>3.4. El derecho de formación .....</b>	<b>30</b>
<b>3.5. El cómputo de la duración de la excedencia a efectos de antigüedad.....</b>	<b>30</b>
<b>4. EL TRABAJO DURANTE LA SITUACIÓN DE EXCEDENCIA.....</b>	<b>34</b>
<b>5. CONCLUSIONES.....</b>	<b>38</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>41</b>
<b>ANEXO DE JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>43</b>

## INTRODUCCIÓN

A lo largo de este trabajo se realiza un análisis del marco legal español en materia de excedencia por cuidado de hijos. El objetivo principal es tratar de resolver algunas de las cuestiones conflictivas que la configuración de este derecho y su ejercicio plantean ante los tribunales.

En primer lugar, se realizará un análisis de la evolución legislativa que han sufrido, en su composición, los derechos de conciliación. Para ello, se ha pretendido esbozar alguna de las complicaciones que la opción por un modelo u otro tiene en lo relativo a la garantía de igualdad de oportunidades. Se ha examinado cómo los modelos han sufrido una mayor evolución en el caso de la maternidad, pero no ha sido tan pretencioso en lo relativo a la excedencia, a pesar de que su disfrute aparta en gran medida a las mujeres del mercado de trabajo. Además, se ha tratado de estudiar si el hecho de que los permisos de cuidado hayan estado históricamente destinados a la mujer es constitutivo de discriminación por razón de género, analizando para ello la doctrina del Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, se desarrollará un análisis de la configuración legal actual y de las principales dudas que se pueden plantear en materia de excedencia por cuidado de hijos. Para ello, se parte del estudio de la doctrina judicial y jurisprudencia de referencia en la materia. Este estudio permitirá observar como los Tribunales están dando respuestas garantistas ante los conflictos que se han producido en torno a esta materia, tratando de proteger a quienes hacen uso de dicha excedencia, facilitando su uso y fomentando la corresponsabilidad. Además, a lo largo del trabajo, se plantearán algunas posibilidades que incentivarían el uso de la excedencia y la equiparación, en términos de solicitud, entre los titulares de este derecho, los padres y las madres, fomentando la corresponsabilidad y haciendo frente al apartamiento de las mujeres del mercado de trabajo por tener que hacer frente a las tareas de cuidado, que siempre han tenido la consideración de femeninas.

# **1. EL MARCO NORMATIVO REGULADOR EN MATERIA DE CONCILIACIÓN: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y RETOS ACTUALES**

## **1.1. Los diferentes modelos de regulación en materia de conciliación y sus repercusiones en la incorporación de la mujer al mercado de trabajo**

No podemos hablar de antecedentes en materia de regulación de la conciliación laboral y familiar hasta los años 70-80. Esto es así porque la incorporación femenina al mercado laboral no empieza a manifestarse hasta estos años.

Un breve recorrido por el desarrollo legislativo en la materia permite identificar una evolución en el modelo de regulación de las medidas de conciliación laboral y familiar en buena parte motivado por el contexto económico, social y cultural de cada época.

En una primera etapa, muy temprana, el legislador se limitó a reconocer el derecho a la conciliación a las mujeres. Se mostraba con ello una visión de la mujer todavía como cuidadora y de la conciliación laboral como una simple facilitación de medidas que permitieran coordinar sus labores de cuidado con el trabajo fuera del hogar. En este sentido durante la época franquista (1939-1975), en concreto en el artículo 5 del Decreto 2310/1970, fue reconocida por primera vez la posibilidad de acceder a una excedencia por cuidado de hijos. No obstante, esta excedencia sólo podía ser solicitada por la madre y era una excedencia de carácter voluntario, por lo que la única posibilidad existente era la de *“solicitar el reingreso en la empresa, que deberá destinarla a la primera vacante que se produzca de igual o similar categoría”*. El derecho a disfrutar una excedencia por cuidado de hijos fue extendido al padre con la aprobación de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, la cual se corresponde con la primera versión del ET. En esta ley, mediante el uso de la palabra *“trabajadores”* se extiende el derecho al disfrute de la excedencia por cuidado de hijos también al padre (art. 46.3 Ley 8/1980).

También fue durante esta época cuando se empezaron a plantear estos derechos a nivel internacional. Nos referimos en concreto, al Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156) el cual en su octavo artículo establece que la responsabilidad familiar no debe constituir una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo.

Con la entrada en vigor de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, se reconoció por primera vez que *“durante el primer año, a partir del inicio de cada situación de excedencia, el trabajador tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo y a que el citado periodo sea computado a efectos de antigüedad”* (art. 1.3 Ley 3/1989). En los años 90 fue aprobada la Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad. Esta ley ratificó el derecho a reserva del puesto de trabajo que desempeñaban durante el primer año de la excedencia y además estableció que *“transcurrido este período, dicha reserva lo será a un puesto en la misma localidad y de igual nivel y retribución”* (art. 2 Ley 4/1995).

En una segunda etapa, fruto en parte de compromisos internacionales, el legislador español comienza a introducir medidas no centradas únicamente en la mujer, salvo cuando se trata de permisos de embarazo, pero que siguen siendo en buena parte deudoras de una visión de la mujer como la principal protagonista del cuidado. Así, de acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 39/1999, para conseguir una incorporación de la mujer en términos de igualdad era esencial *“un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres”* que facilitase *“un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada”*. Esta ley se aprobó en cumplimiento de lo establecido en los artículos 9.2, 14 y 39.1 de la Constitución Española, cuyos objetivos fueron, en primer lugar, acoger en el ordenamiento jurídico español preceptos comunitarios pendientes de transposición. En segundo lugar, se trataba de facilitar que los trabajadores pudieran continuar prestando servicios y al mismo tiempo fuesen capaces de satisfacer sus obligaciones familiares y laborales. En tercer lugar, se buscaba eliminar los obstáculos que impedían acceder a la mujer al empleo. De este modo también se pretendía que determinadas medidas de protección no desincentivasen la contratación femenina. En último lugar, se quería facilitar la responsabilización familiar y doméstica del hombre ya que las obligaciones familiares han de ser compartidas por ambos progenitores, no siendo una responsabilidad única de la mujer. En este sentido, la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral habla de corresponsabilidad.<sup>1</sup>

A pesar de que esta ley fue considerada muy progresista, no lo fue en términos de corresponsabilidad. Buena muestra de esto es su exposición de motivos donde se habla,

---

<sup>1</sup> ALMENDROS GONZÁLEZ, M., *Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Aspectos laborales*, Comares, Granada, 2002, pág.10.

en relación al permiso de maternidad, de conceder a la mujer la opción de que sea el padre el que disfrute de una parte de él. Por lo tanto, mediante la configuración de este permiso de maternidad, se está dando por hecho que las tareas de cuidado corresponden a la madre y lo único que se permite es la transferencia de una parte del permiso al padre, sin que se puedan ver signos que favorezcan la corresponsabilidad ni se pueda hablar de permisos individuales del padre y de la madre que la favorecerían.

Las políticas europeas de conciliación también se empiezan a desarrollar en los años 90, en forma de directivas. Esto es de gran importancia en el caso de España ya que, de acuerdo con el artículo 288 del TFUE, “la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse”. Por lo tanto, estas políticas europeas tendrán efectos en el ordenamiento jurídico español.

Durante los años 90 fueron adoptadas dos directivas europeas de gran relevancia en materia de conciliación de la vida laboral y familiar. En primer lugar, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Esta Directiva obliga a los Estados miembros a disponer de un permiso mínimo de maternidad de catorce semanas y permisos retribuidos en caso de pruebas médicas o realización de un trabajo en condiciones de riesgo para el embarazo. En nuestro país, la incorporación de la directiva se efectuó mediante la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que en su artículo 26, modificado posteriormente por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y, posteriormente, por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, contempla prácticamente la totalidad de las disposiciones de la directiva <sup>2</sup>. En segundo lugar, la Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y las CES, que establece el reconocimiento de excedencias para el cuidado de niños menores de ocho años, con una duración mínima de tres meses y con derecho a mantenimiento del puesto de trabajo. Esta Directiva fue posteriormente

---

<sup>2</sup> Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.



derogada por la aprobación de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental.

En 2007, fue aprobada la Ley para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (Ley 3/2007 de 23 de marzo) que introdujo el derecho a disfrutar de un permiso de paternidad de trece días de duración. De acuerdo con esta ley, se trata de “*un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción o acogimiento*”.<sup>3</sup> Por lo tanto, la aprobación de un permiso de paternidad permite hablar por primera vez de permisos individuales del padre y de la madre. Además, mediante esta ley se amplía de uno a dos años la duración máxima de la excedencia para el cuidado de familiares y se reconoce la posibilidad de que, tanto la excedencia por cuidado de hijos, como la de por cuidado de familiares, puedan disfrutarse de forma fraccionada.

Como se ha podido ver a lo largo del análisis de los diferentes modelos de regulación en materia de conciliación, siempre nos encontramos con la mujer como principal sujeto de estos permisos y es ella la que cede parte de ellos al padre. A pesar de que a lo largo de los años ha existido una ampliación de los derechos de conciliación, el peso sigue recayendo sobre la mujer ya que, en el caso de la excedencia, se siguen reconociendo estos derechos sin distinción para cada progenitor. Por lo tanto, se observa que existe una ausencia de medidas obligatorias de corresponsabilidad.

Así las cosas, se puede concluir diciendo que el reto actual no es ya tanto aumentar los derechos de conciliación como generar políticas de corresponsabilidad, que permitan evitar las posibles discriminaciones y garantizar una reversión del rol de cuidado asociado a la mujer.

## **1.2. Los retos actuales de las medidas legislativas en materia de conciliación**

### *a) La perspectiva europea*

De acuerdo con la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, la legislación comunitaria prevé que los trabajadores, padres y madres, tienen derecho a un permiso parental en caso de nacimiento o adopción de un hijo, con independencia de su tipo de

contrato, de cuatro meses cada uno. Por regla general, los trabajadores no pueden transferir su derecho de permiso parental al otro progenitor. Sin embargo, se acepta que los estados miembros permitan transferir una parte del tiempo que les corresponde, hasta un máximo de 3 meses. De acuerdo la normativa de la UE, los trabajadores pueden disfrutar de este permiso en cualquier momento antes de que su hijo cumpla los ocho años. Sin embargo, la legislación nacional de cada país puede establecer un límite de edad superior, como sucede en el caso de España. La legislación comunitaria también prevé que los trabajadores tienen derecho a volver al mismo puesto de trabajo y si eso no es posible, debe ofrecerles un puesto similar conforme a su contrato de trabajo.

En la actualidad, la legislación comunitaria no exige que sea un permiso remunerado. Sin embargo, el 26 de abril de 2017, se aprobó la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo que modificaría la legislación comunitaria vigente. El 24 de enero de 2019, se alcanzó un nuevo acuerdo, menos pretensioso que el recogido en la propuesta de Directiva de 2017, entre el Consejo de la UE y el Parlamento Europeo sobre la nueva directiva en materia de conciliación de la vida familiar y profesional. Mediante este acuerdo se instauraría un permiso retribuido de al menos cuatro meses para el cuidado de los hijos al que podrán acogerse cada padre y cada madre, de los cuales dos meses no podrán ser transferibles entre los progenitores y estarán retribuidos a un nivel que podrá decidir cada Estado miembro. No obstante, se trata de un acuerdo provisional que debe ser aprobado por el Consejo de la UE y el Parlamento Europeo. En palabras de la comisaria de Trabajo y Asuntos Sociales, Marianne Thyssen, se busca que *“todas las mujeres puedan realizar su potencial y que todos los hombres puedan asumir responsabilidades en el cuidado. Pero solo podemos hacerlo si creamos verdaderas oportunidades de igualdad para que sea posible elegir”*<sup>4</sup>.

Por lo tanto, se puede observar que desde un punto de vista comunitario también se está tratando de adoptar medidas que favorezcan esa corresponsabilidad entre los progenitores, estableciendo, al igual que se ha hecho recientemente en España con el nuevo Real Decreto-ley que regula los permisos de paternidad, permisos distintos para el padre y para la madre. Aunque por ahora se haya limitado a los permisos de maternidad

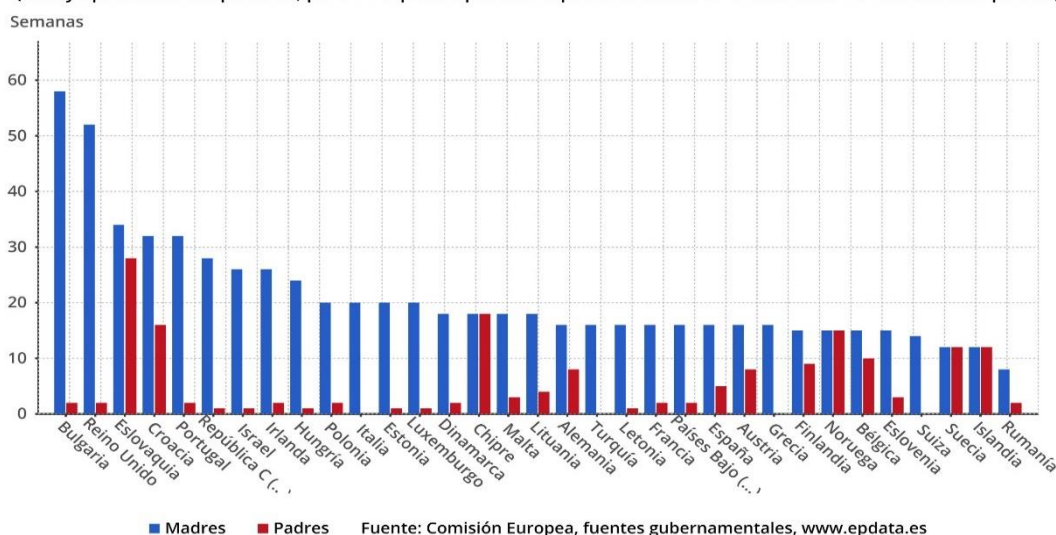
---

<sup>4</sup> Declaración de la Comisión Europea de 24 de enero de 2019 *“Conciliación de la vida familiar y la vida profesional: la Comisión acoge con satisfacción el acuerdo provisional alcanzado hoy”*.

y paternidad, esto permitiría establecer las bases para avanzar también en esa dirección en el caso de las excedencias por cuidado de hijos.

### Así es la duración de los permisos parentales en Europa

(incluye permisos compartidos, pero no aquellos permisos que además del de maternidad se dan a ambos padres)



Al analizar la distribución de la duración de los permisos parentales entre padres y madres en los países europeos, mediante la gráfica anterior (año 2019), observamos que en la gran mayoría de ellos ocurre lo mismo que en España y son mayoritariamente las madres quienes hacen uso de los permisos parentales. Esto ocurre en todos los países excepto en Chipre, Noruega, Suecia e Islandia en los que la duración de los permisos parentales es igual en el caso de las mujeres que en el de los hombres. Esto puede ser explicado, con base en la tabla siguiente, por dos motivos: en primer lugar, se observa que en estos países se establece que una parte del permiso parental no será transferible entre los progenitores; en segundo lugar, en estos países el permiso parental es remunerado. Estos dos factores son opuestos a la regulación que existe en España, como se estudiará a lo largo de este trabajo.

La siguiente tabla nos permite observar la gran variedad que existe en Europa a la hora de configurar los permisos parentales. En primer lugar, atendiendo a la transmisibilidad de estos permisos, observamos que hay países en los que estos permisos son intransferibles, Portugal, Reino Unido y Bélgica, otros en los que son transferibles, Dinamarca, España, Francia y Holanda, y otros en los que solamente es transferible una parte del permiso, Suecia, Noruega, Islandia y Alemania. Resulta sorprendente también que ni si quiera hay unanimidad entre los países a la hora de establecer si debe tratarse de

un permiso retribuido o no. En Reino Unido, Portugal y España, se trata de un permiso no retribuido, mientras que en Alemania, Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Islandia, Noruega y Suecia se trata de un permiso retribuido, al menos, en parte. El límite temporal para el disfrute de estos permisos también es diverso entre los países que se están analizando. En la mayoría se establece el mismo máximo temporal que en España, hasta que el hijo o la hija tenga tres años. Esto es diferente en el caso de Bélgica y Portugal (hasta los 6 años), de Dinamarca (hasta las 48 semanas), de Holanda, Suecia e Islandia (hasta los 8 años) y Reino Unido (hasta los 5 años o los 18 años en caso de discapacidad del hijo o hija).

**PERMISO PARENTAL EN SENTIDO AMPLIO  
(remunerado o no) (Moss net al., 2006)**

<b>Países</b>	<b>Característica</b>	<b>Límite de su disfrute</b>	<b>Remunerado</b>	<b>Opción tiempo parcial</b>
Alemania	Intransferible 2 meses c/u. resto a compartir	Hasta los 3 años del hijo/a	Sí	Más 30 horas/semana
Bélgica	Intransferible	Hasta los 6 años del hijo/a	Sí	6 meses
Dinamarca	Transferible	Hasta las 48 semanas del hijo/a	Sí	Sí
España	Transferible	Hasta los 3 años del hijo/a	No	Derecho a reducción de jornada por hijo/a menor de 8 años con disminución proporcional del salario, mínimo 1/8 y máximo 1/2 de la jornada.
Francia	Transferible	Hasta los 3 años del hijo/a	Sí	Sí
Holanda	Transferible	Hasta los 8 años del hijo/a	Sí	Sí
Islandia	Transferible <sup>1</sup> , 3 meses; además cada progenitor puede tomarse 13 semanas no pagadas	Hasta los 8 años del hijo/a	Sí, 3 meses No, resto	Sí
Noruega	Intransferible 9 semanas para la madre y 6 semanas para el padre; 39 transferibles	Hasta los 3 años	Sí, 54 semanas No, 1 año cada progenitor	Sí
Portugal	Intransferible	Hasta los 6 años del hijo/a	No	Sí
Reino Unido	Intransferible	Hasta los 5 años (18 en caso de discapacidad)	No	Derecho a solicitar flexibilización en el trabajo
Suecia	Intransferible 60 días cada progenitor; resto transferible	Hasta los 8 años del hijo/a	Sí	Sí

## b) La situación en España

El artículo 46.3 del TRET establece que la excedencia por cuidado de hijos “constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”. Se trata de un derecho de titularidad indistinta, que puede ser disfrutado tanto por la madre como por el padre. La opción de decidir quién va a hacer uso de este derecho recae exclusivamente sobre los progenitores.

Este hecho ha creado un gran debate en torno a si realmente se está fomentando un auténtico derecho individual de los trabajadores, como establece el art. 46.3 TRET, o se trata de un derecho que puede ser disfrutado indistintamente por cada uno de los progenitores pero que “ejerce normalmente la mujer”,<sup>5</sup> lo cual dificulta una conciliación en términos equitativos para la mujer.

De acuerdo con los datos presentados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, hasta marzo de 2018, se habían registrado 11.757 excedencias por cuidado familiar, de las que 10.618 correspondían a solicitudes presentadas por mujeres y 1.139 por hombres<sup>6</sup>. Es interesante también, analizar la evolución sufrida por el número de excedencias solicitadas para el cuidado de familiares durante el año 2016 y 2017 representada en el gráfico siguiente (proviene del Ministerio de Empleo) donde lejos de equipararse la situación, sigue viéndose un mayor aumento en las excedencias solicitadas



<sup>5</sup> STSJ (Madrid) de 15 de abril de 2009 (Rec. 1290/2009) y STC 240/1999 de 20 de diciembre de 1999, reconoció que “hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias”

<sup>6</sup> Nota de Prensa presentada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social el 26/04/2018. <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/3269>

por las mujeres que por los hombres. Por lo tanto, queda constatado que a pesar de que la excedencia está constituida como un derecho individual de hombres y mujeres existe una feminización de la misma y recae casi en su totalidad sobre las mujeres. Sin duda alguna, el hecho de que la necesidad de conciliar recaiga sobre la mujer crea un riesgo de discriminación por razón de la vida laboral y familiar. Para evitar esto, el legislador debe dirigir su atención a fomentar la corresponsabilidad entre ambos progenitores.<sup>7</sup>

Esta cuestión ha tenido que ser estudiada por el TC en la STC 26/2011, de 14 de marzo la cual dice lo siguiente, *“la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto, habida cuenta de que el efectivo logro de la conciliación laboral y familiar constituye una finalidad de relevancia constitucional fomentada en nuestro ordenamiento a partir de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que adoptó medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, objetivo que se ha visto reforzado por disposiciones legislativas ulteriores, entre las que cabe especialmente destacar las previstas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuya exposición de motivos se señala que las medidas en materia laboral que se establecen en esta ley pretenden favorecer la conciliación de la vida personal, profesional y familiar de los trabajadores, y fomentar una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de las obligaciones familiares”*.

Cuando se habla de la titularidad y del uso de la excedencia por cuidado de hijos, cabe ponerlo en relación con el nuevo Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. De acuerdo con este Real Decreto-ley, *“a partir de 1 de enero de 2021, cada progenitor disfrutará de igual periodo de suspensión del contrato de trabajo, incluyendo seis semanas de permiso obligatorio para cada uno de*

---

<sup>7</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A. “La conciliación de la vida laboral, personal y familiar como estrategia para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, pág. 17.

*ellos*” (Disposición transitoria decimotercera. Aplicación paulatina del artículo 48 en la redacción por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo). Se observa, que tanto en el caso de la excedencia por cuidado de hijos como en el caso del permiso por paternidad y maternidad, desde su nueva redacción, se establecen derechos de titularidad individual de hombres y mujeres. La diferencia radica en que mediante el citado Real Decreto-ley, se establece el uso obligatorio de seis semanas de permiso por cada uno de los progenitores, lo cual busca la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, no permitiendo que todo el peso recaiga sobre las mujeres. Esto no sucede en el caso de la excedencia por cuidado de hijos. Por lo tanto, se observa que a pesar de que en ambos casos hablamos de derechos individuales de hombres y mujeres, o de padres y madres, su articulación desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley es diferente. Mediante este nuevo Real Decreto-ley se consigue equiparar la situación en la que se encuentran el padre y la madre, en términos laborales, tras el parto. Parece necesaria la adopción de medidas en esta línea en el caso de la excedencia por cuidado de hijos para fomentar esa corresponsabilidad entre los progenitores, ya que como se ha visto, al estudiar los diferentes modelos de regulación, el peso del cuidado siempre recae sobre la mujer, a pesar de que se trate de un derecho individual de cada progenitor. Si realmente se quiere avanzar hacia una corresponsabilidad, ésta debe de ser fomentada legislativamente. Una buena forma de hacerlo podría basarse en el establecimiento de un uso obligatorio de la excedencia para ambos progenitores (como sucede actualmente en el caso de los permisos por maternidad y paternidad) al menos transitoriamente, hasta que se consiga dejar atrás el modelo de cuidado femenino que está instaurado en la sociedad actual, permitiendo que en un futuro sean los propios progenitores quienes decidan libremente quien debe hacer uso de él de modo objetivo, sin que el peso recaiga exclusivamente sobre la mujer.

*c) El cuidado de hijos como discriminación por razón de género en la jurisprudencia constitucional*

Como se ha podido observar, a lo largo de la historia y en todos los modelos sociales que se han analizado, las tareas relativas al cuidado de hijo han recaído sobre las mujeres. Además, son ellas quienes hacen uso, casi en su totalidad, de los mecanismos previstos en la ley para facilitar la conciliación de la vida personal y familiar, y en concreto, del derecho a la excedencia por cuidado de hijo.

El hecho de que las responsabilidades de cuidado y el uso de los derechos destinados a facilitar la conciliación recaigan sobre la madre, posicionan a la mujer en

una situación de desigualdad y más desfavorable respecto del hombre. Esta situación da pie a cuestionarse si este hecho es constitutivo de discriminación, y en caso de serlo, si se trata de una situación de discriminación por razón de género o por razones familiares. Por consiguiente, es importante estudiar la dimensión constitucional de los derechos de conciliación y su vinculación con el derecho a la no discriminación recogido en el artículo 14 de la Constitución Española.

El derecho a la conciliación de la vida personal y familiar no aparece recogido en la Constitución Española. Por lo tanto, se debe acudir a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, y en concreto, a la STC 3/2007, de 15 de enero para poder analizarlo. Esta sentencia permitió sentar las bases ya que reconoció que existe una vinculación entre las medidas de conciliación de la vida personal y familiar con el derecho a la no discriminación (art. 14 CE) y el principio de protección a la familia (art. 39 CE). Sin embargo, a partir de este momento, la duda se planteaba en torno a si el ejercicio de los derechos de conciliación supone una discriminación por razón de género o por razones familiares. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en tres ocasiones al respecto. En primer lugar, en la STC 26/2011, de 14 de marzo, el Tribunal interpretó que el hecho de denegar a un trabajador la solicitud que hizo de trabajar en el turno de noche, debía de ser considerada una discriminación por razón de circunstancias familiares. En segundo lugar, en la STC 75/2011, de 19 de mayo, el caso trataba de un padre, trabajador, que al no tener la madre la condición de trabajadora por cuenta ajena, él no tenía derecho a disfrutar de las diez semanas de descanso que puede ceder la madre al padre; se habla de diez semanas porque de las 16 semanas del permiso por maternidad, 6 son de descanso obligatorio para la madre. En este caso, el Tribunal resolvió diciendo que no existe discriminación ya que, el permiso de maternidad no tiene por objeto la protección de la condición femenina, sino de la maternidad, teniendo su fundamento en la protección de las madres y no de la familia. En tercer lugar, se encuentra las STC 111/2018, de 17 de octubre, que resuelve en torno a si el hecho de que el permiso por paternidad (antes de la reciente reforma que ya se ha tratado antes) se limitase a 4 semanas, en lugar de ser igual que el de maternidad, conllevaba la existencia de discriminación por razón de sexo. Esta sentencia resuelve diciendo que el objetivo del permiso por maternidad es el de proteger la salud de la madre y la especial relación entre la madre y el hijo durante ese periodo y que por lo tanto no



existe discriminación. Estos pronunciamientos permiten deducir que el Tribunal Constitucional no ha sentado una doctrina clara y segura en esta materia.<sup>8</sup>

No cabe duda de que la interpretación del Tribunal Constitucional en esta materia es cuestionable. No le falta razón al afirmar que las seis primeras semanas del permiso por maternidad deben estar destinadas a la recuperación de la salud de la madre. Sin embargo, el hecho de vincular las causas biológicas a las diez semanas restantes no parece razonable y contribuye a cargar a la mujer con las responsabilidades de cuidado como se ha venido haciendo a lo largo de los años. Además, no parece tener mucho sentido el hecho de plantear la existencia de un nuevo supuesto de discriminación por razones familiares en el ejercicio de los derechos de conciliación por parte del padre, y debería plantearse como un supuesto de discriminación por razón de género basado en la mujer que se ve cargada de responsabilidades de cuidado mientras se limitan los derechos de conciliación de los hombres, dando pie a una situación continua de discriminación.

## **2. MARCO NORMATIVO DE LA EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE HIJOS**

El artículo 46 del TRET establece que *“Las excedencias podrán ser voluntarias o forzosas”* (art. 46.1 del TRET) y, además, *“los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia [...] para atender al cuidado de cada hijo”* (art. 46.3 del TRET).

Se trata del ejercicio de un derecho de naturaleza voluntaria, ya que se requiere una solicitud por parte del trabajador para que sea efectiva<sup>9</sup>. No obstante, en el ordenamiento vigente, se ha configurado como una excedencia cuyos efectos son los propios de la excedencia forzosa. De acuerdo con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 19 de junio de 2015 (Rec. 1062/2015) *“los efectos jurídicos que despliega la excedencia por cuidado de hijos son los propios de la excedencia forzosa”*. Por lo tanto, esta excedencia se configura como una mezcla entre la excedencia voluntaria y forzosa.

El objetivo de la excedencia para el cuidado de hijos es el de suspender el contrato de trabajo para poder atender al cuidado de cada hijo (art. 46.3 del TRET). Durante este

---

<sup>8</sup> CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E. “Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 10, 2018, págs. 1065-1084.

<sup>9</sup> ROMERO RODENAS, M.J. “La excedencia por cuidado de hijos y familiares” en AA.W. (Coord.: RUIZ PEREZ, E.) *Mujer y Trabajo.*, Ediciones Bomarzo, Albacete, 2003, pág. 80.

periodo de suspensión del contrato de trabajo quedan interrumpidas las prestaciones laborales por ambas partes, es decir, el trabajador en periodo de excedencia deja de prestar servicios para la empresa y la empresa deja de retribuirle por ello.

## **2.1. Titularidad y situaciones protegidas por la excedencia para el cuidado de hijos**

La excedencia por cuidado de hijos *“constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”* (art. 46.3 párr. 3 del TRET). Esto quiere decir que se trata de un derecho individual del padre o de la madre que podrán disfrutarlo indistinta o simultáneamente. *“No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”* (art. 46.3 párr. 3 del TRET). El empresario no puede denegar el disfrute de ninguna de las excedencias, lo que puede hacer es aplazar el disfrute de una de ellas por razones debidamente justificadas.

Además, cabe destacar que en el artículo 46. 3 párrafo 3 del TRET se emplea la palabra “trabajadores” sin atender ni a la modalidad contractual ni al tipo de relación contractual que exista. Por lo tanto, el derecho a solicitar la excedencia por cuidado de hijos corresponde tanto a los trabajadores fijos como a los trabajadores temporales, con independencia de su antigüedad.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 46.3 del TRET son dos las situaciones protegidas que dan derecho al disfrute de una excedencia para el cuidado de hijos:

- a. En primer lugar, cuando se corresponda con el cuidado de un hijo tanto natural como adoptivo.
- b. En segundo lugar, cuando se corresponda con el cuidado de un menor en situación de acogimiento permanente, preadoptivo o provisional. Cabe mencionar que no se incluye el acogimiento simple.

Llama la atención que para poder disfrutar del derecho a la excedencia por cuidado de hijos se requiera que se trate de un acogimiento permanente. Por lo tanto, se excluye la posibilidad de disfrutar de esta excedencia cuando se trate de un acogimiento temporal o urgente.

La única forma de justificar esta distinción entre el acogimiento permanente y el temporal o urgente es la que alude a la duración del mismo, es decir, los casos de

acogimiento temporal y urgente se corresponden con situaciones de carácter no definitivo, con una duración máxima de seis meses y dos años respectivamente (art. 173 bis. 2 a) y b) CC) y podrían suponer un uso abusivo de este derecho.

No obstante, no parece tener mucho sentido el pensar que vaya a realizarse un uso abusivo de este derecho ya que durante la duración de la excedencia, los trabajadores dejan de percibir su salario y, además, si su duración es superior al año, como se estudiará más adelante, ni si quiera tendrán la garantía de poder reingresar en el mismo puesto de trabajo que poseían con anterioridad a la solicitud de la excedencia, ya que esta garantía se limitará a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Así las cosas, pienso que también deberían tener la consideración de situaciones protegidas a efectos de hacer uso del derecho a la excedencia por cuidado de hijos el acogimiento temporal o urgente, ya que mientras tengan lugar, acarrear las mismas obligaciones que un acogimiento permanente. Por lo tanto, es necesario que se fomenten mecanismos para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar de estas personas, en el caso que nos atañe, permitiéndoles el derecho al disfrute de la excedencia por cuidado de hijos.

## **2.2.Duración de la excedencia por cuidado de hijos**

El periodo de la excedencia para el cuidado de hijos no será superior a tres años (art. 46.3 del TRET). El cómputo de esos tres años ha de hacerse desde el momento del nacimiento, en caso de maternidad o paternidad natural, o desde la fecha de la resolución administrativa o judicial por la que se constituye el acogimiento o la adopción (art. 46.3 TRET).

Es interesante analizar la configuración del derecho a la excedencia por cuidado de hijos cuando haya existido un periodo previo de baja por maternidad o paternidad. En estos casos, se puede plantear una duda en torno a cuál es el día desde que comienza a computarse ese periodo de tres años, si lo será desde el día en que finalice el permiso por maternidad o paternidad o lo será desde el hecho causante. En estos supuestos, el día a partir del cual comenzará a computarse el periodo de tres años para poder disfrutar de la excedencia no será el día en el que finalice el permiso por maternidad, sino que se hará desde el hecho causante (el nacimiento, adopción o acogimiento). Esto es así porque el periodo máximo para disfrutar de la excedencia se extiende hasta que el hijo cumpla los

tres años<sup>10</sup>. Por lo tanto, no se alarga el tiempo de excedencia, siendo inviable en la práctica el disfrute íntegro en su duración máxima<sup>11</sup>.

Como se verá más adelante, durante el primer año de excedencia, el trabajador excedente tendrá el derecho a que se le reserve su puesto de trabajo. Es preciso aclarar que para el cómputo de este primer año durante el cual el trabajador excedente contará con esta garantía, se tendrá en cuenta el momento en el que el trabajador comience a disfrutar de la excedencia y en su caso, cuando finalice la baja por maternidad o paternidad, no teniéndose en cuenta, a estos efectos, la fecha del hecho causante.

Se han suscitado dudas en torno a si, una vez superada la duración máxima de tres años contemplada para el caso de la excedencia por cuidado de hijos, es posible solicitar una nueva excedencia por cuidado de familiares a efectos de continuar con el cuidado del hijo. Una sentencia bastante reciente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1 de marzo de 2017 resuelve denegando esta posibilidad. Esto lo fundamenta en la exposición de motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre de Conciliación de vida familiar y laboral por la que fue implantada la excedencia por cuidado de hijos y la cual justifica este tipo de excedencias en el cuidado de “*personas mayores y enfermas [...] que por razón de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida*”. Se puede observar como el cuidado de un hijo menor no se encuadra dentro del objeto para el que está destinada la excedencia por cuidado de familiares y, por lo tanto, no será posible su solicitud a estos efectos.

#### *a) Posibilidad de fraccionamiento*

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en el artículo 46.3 del ET, nada se regulaba en relación con la posibilidad de disfrutar la excedencia por cuidado de hijos de forma fraccionada por lo que esta cuestión fue motivo de diversos debates. De hecho, podemos encontrar sentencias que rechazaban expresamente esta posibilidad. Ejemplo de esto es la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 31 marzo de 1997,

---

<sup>10</sup> ROMERO RÓDENAS, M.J. “La excedencia por cuidado de hijos y familiares” en AA.W. (Coord.: RUIZ PEREZ, E.) *Mujer y Trabajo.*, Ediciones Bomarzo, Albacete, 2003, págs. 81-82.

<sup>11</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Excedencias” en AA.W. (Coord. NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.) *Igualdad y conciliación de la vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas: (tras las modificaciones introducidas por la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley 7/2007, del Estatuto básico del empleado público)*, Dykinson S.L., Madrid, 2008, págs. 165-166.

la cual *“atendidos los términos literales de la norma y del pacto”* entiende que la excedencia por cuidado de hijos no puede ser disfrutada de forma fraccionada. Resuelve en la misma línea la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 11 de octubre de 2005 (Rec. 1647/2005) la cual deniega el disfrute fraccionado de la excedencia por cuidado de hijos y dice que la norma se refiere a un único periodo y no a varios periodos hasta tres años y entiende que no puede dejarse en manos del trabajador la decisión relativa a los periodos de disfrute ya que *“complicaría la cobertura del puesto de trabajo por parte de la empresa, sin conocer previamente en qué periodos desea la trabajadora solicitar los fraccionamientos de la excedencia”*.

No obstante, también encontramos sentencias de esa época, anteriores a la Ley Orgánica 3/2007, que parecían decantarse hacia la opción de permitir el fraccionamiento de la excedencia. Ejemplo de esto es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 12 de marzo de 2001 (Rec.1080/2000), la cual admite que una primera lectura del precepto legal que regulaba la excedencia por cuidado de hijos podría dar a entender que el trabajador sólo podía estar en situación de excedencia una sola vez, sin tener la opción de disfrutar de la excedencia de forma fraccionada. Sin embargo, dice que no es esa la única interpretación posible y que *“si el trabajador tiene derecho a situarse en excedencia voluntaria durante tres años continuados, debe concluirse, “a fortiori”, que, dentro de los menos, puede optar también por que la vigencia de su contrato de trabajo se suspenda por tramos de tiempo inferiores, aunque sean varios y separados, si así lo requieren la atención y cuidado del hijo”* STSJ (Murcia) de 12 de marzo de 2001 (Rec.1080/2000).

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, se modificó el artículo 46.3 del ET, permitiéndose expresamente que el período de duración de la excedencia por cuidado de hijos se pueda disfrutar de forma fraccionada (art. 46.3 párr. 3 del TRET). Para ello, se incluyó en la redacción del mencionado artículo la siguiente frase *“cuyo periodo de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada”* lo cual permitió dar fin a las dudas que se planteaban en esta materia.

#### *b) Posibilidad de prórrogas*

La posibilidad de solicitar prórrogas no aparece expresamente regulada en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores por lo que es preciso acudir a la jurisprudencia para poder analizar este supuesto.

No abundan las sentencias que resuelven sobre esta materia lo cual permite deducir que no se trata de un tema que haya planteado grandes controversias y debates. Al analizar la jurisprudencia de referencia en esta materia, cabe destacar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 20 de diciembre de 1991 (Rec. 363/1991). Se trata de una sentencia antigua pero que parece haber sentado las bases en cuanto a la posibilidad de prorrogar la excedencia por cuidado de hijos. Esta sentencia resuelve favorablemente respecto de esta posibilidad argumentando que en los casos en los que el trabajador haya fijado un plazo de disfrute en el momento de solicitud de la excedencia, existe la posibilidad de prolongarlo hasta el máximo legal. *“El art. 46.3º del Estatuto de los Trabajadores permite que el trabajador pueda prolongar hasta tres años la excedencia por cuidado de un hijo, quedando a su voluntad el período durante el que hará uso de este derecho; este precepto no impone obligación alguna para fijar «a priori» el plazo de duración en el momento de solicitarla o serle concedida por la empresa, ni tampoco de pedir expresamente ulteriores prórrogas, sin que en el caso de autos el convenio colectivo establezca requisito alguno al respecto”*.<sup>12</sup>

### **3. DERECHOS DEL TRABAJADOR DURANTE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS**

#### **3.1. Derecho a reserva del puesto de trabajo durante el primer año de excedencia**

El trabajador en situación de excedencia por cuidado de hijos tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo en los mismos términos que la excedencia forzosa durante el primer año. Además, cuando el trabajador en situación de excedencia sea miembro de una familia que tenga legalmente reconocida la condición de familia numerosa, en los términos regulados en la Ley 40/2003, de 18 noviembre, la reserva del puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de 15 meses, en los casos de familias numerosas de categoría general, o 18 meses, en los casos de familias numerosas de categoría especial (art. 46.3 párr. 6 del TRET). Este precepto ha sido modificado mediante el nuevo Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, el cual establece que *“cuando la persona ejerza este derecho con la misma duración y régimen que el otro progenitor, la reserva de puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de dieciocho meses”*.

---

<sup>12</sup> Resuelve en el mismo sentido la STSJ (Cataluña) de 19 de noviembre de 1999 (Rec. 6228/1999).

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, *“La excedencia por cuidado de hijo garantiza al trabajador el derecho a la reserva del puesto de trabajo en la empresa, no nos encontramos ante un derecho potencial o expectante que depende de la existencia de vacantes en la empresa, sino ante un derecho ejercitable en el momento en que el trabajador excedente solicita su reincorporación a la empresa, al tener ésta la obligación de reservarle (conservarle) su puesto de trabajo durante el primer año o un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente si la excedencia se prolonga transcurrido el año, de manera que la negativa empresarial al reingreso alegando la inexistencia de vacante, lleva como consecuencia que la decisión empresarial sea calificada como un despido, sin necesidad de considerar si existe o no puesto vacante, ya que el puesto de trabajo del excedente, en los términos ya indicados ha de existir por imperativo legal”* STS de 21 de febrero de 2013 (Rec. 740/2012). Este pronunciamiento es muy claro e ilustrador, el puesto de trabajo del trabajador excedente tiene que ser reservado durante el primer año de excedencia sin que pueda alegarse la falta de vacantes para justificar la negativa empresarial al reingreso<sup>13</sup>. Por lo tanto, se trata de una garantía plena y absoluta que trata de proteger la continuidad laboral de los progenitores que hacen uso de la excedencia por cuidado de hijos sin que ese hecho pueda suponer un perjuicio para ellos. Además, *“el reingreso se debe producir en la categoría y retribuciones correspondientes y atribuibles al anterior puesto de trabajo”* STSJ (Balears) de 20 de diciembre de 1991 (Rec. 363/1991)<sup>14</sup>.

El cómputo del plazo de este primer año durante el cual el trabajador tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo comienza una vez que la excedencia haya sido solicitada por el trabajador y concedida por la empresa, no desde la fecha de nacimiento del hijo o desde la fecha de la resolución administrativa o judicial<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> STS de 21 de febrero de 2013 (Rec. 740/2012).

<sup>14</sup> Lo mismo se fundamenta en sentencias más recientes como, por ejemplo, la STSJ (Canarias) de 28 de agosto de 2017 (Rec. 713/2017) y la STSJ (Andalucía) de 13 de mayo de 2010 (Rec. 2528/2009).

<sup>15</sup> STSJ (Castilla y León) de 1 de febrero de 2000 (Rec. 2189/1999) y STSJ (Cataluña) de 29 de noviembre de 1999 (Rec. 4755/1999)

### **3.2.Derecho a reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo o categoría profesional durante el resto de la excedencia**

Una vez finalizado el primer año, la reserva se circunscribirá a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Por lo tanto, la protección o garantía se aminora en comparación con la regulada para el primer año, ya que no existe una reincorporación automática y el reingreso está condicionado a la existencia de vacantes. Lo que se reconoce es un derecho de reingreso preferente<sup>16</sup>.

Los Tribunales han resuelto en esta materia aclarando que no existe reserva del puesto de trabajo, sino una obligación de reingreso en la misma o similar categoría a la que poseía el trabajador en el momento de solicitar la excedencia. De acuerdo con una sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2013 (Rec. 740/2012), si el periodo de excedencia se prolonga durante un tiempo superior al año, la reserva queda referida *"a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. A juicio de la Sala, existe pues siempre reserva del puesto de trabajo, y en su consecuencia, por imperativo legal, la empresa está obligado a reservarlo, si bien durante el primer año la reserva es del mismo puesto de trabajo que el trabajador venía desempeñando, y una vez superado el primer año, la reserva queda referida un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, lo que, evidentemente, implica, que siendo incondicionado el reingreso en los dos casos, es decir, de manera automática, sin supeditación a la existencia de vacante, en el primer caso, durante el primer año de excedencia, el empresario deberá reservar el puesto de trabajo que ocupaba el trabajador en el momento de acceder a la excedencia y, en el segundo caso, si la excedencia se prolongase, al propio tiempo que el beneficio del trabajador es indudablemente menor, pues la reserva ya no es del puesto de trabajo que ocupaba, sino que la reserva es de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o equivalente, el empresario tiene una mayor capacidad de respuesta, ya que si bien está obligado al reingreso del trabajador cuando éste lo solicita, puede ofrecer al trabajador, no necesariamente su puesto de trabajo, sino uno de los puestos de trabajo que conforman*

---

<sup>16</sup> GARRIGUES GIMÉNEZ, A., "Excedencias" en AA.W. (Coord. NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.) *Igualdad y conciliación de la vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas: (tras las modificaciones introducidas por la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley 7/2007, del Estatuto básico del empleado público)*, Dykinson S.L., Madrid, 2008, pág. 169.



*el grupo profesional al que estaba adscrito el trabajador en excedencia o de categoría equivalente”.*

Por lo tanto, en ambos casos, tanto durante el primer año como a partir de ahí, el empresario está obligado a la readmisión del trabajador sin que en ninguno de los dos casos pueda alegar la falta de vacantes. Así pues, la diferencia radica en el tipo de puesto en el que está obligado a readmitir al trabajador el empresario. Como ya se ha visto, durante el primer año esta obligación de readmisión se refiere al mismo puesto de trabajo que tenía el trabajador antes de la excedencia mientras que durante los dos años restantes, esta obligación se limita a un a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Para estudiar concretamente a qué se refiere el legislador cuando habla del mismo grupo profesional o categoría equivalente es interesante analizar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de octubre de 2010 (Rec. 586/2003). Se trata de una trabajadora que solicitó una excedencia por cuidado de hijo y una vez solicitado el reingreso, fue readmitida en un puesto de trabajo en turnos de la misma categoría y retribución que el que tenía anteriormente, pero la jornada semanal en este caso es de lunes a domingo mientras que anteriormente era de lunes a viernes. El Tribunal resolvió diciendo que el empresario había cumplido totalmente con su obligación de ofrecer a la trabajadora *“el puesto vacante que existía en ese momento, sin que le sea exigible mantener a la trabajadora en el mismo puesto y condiciones de trabajo que tenía anteriormente (retribución, jornada, horario, turnos), ya que no existe reserva de puesto de trabajo sino obligación de reingreso en la misma o similar categoría”*<sup>17</sup>.

### **3.3.El reingreso**

#### *a) La cuestión del preaviso y el papel de la negociación colectiva*

En primer lugar, cabe analizar si el trabajador excedente, cuando quiera ejercitar su derecho al reingreso, debe notificarle esta situación a la empresa con antelación o no. La norma no establece un plazo de preaviso durante el cual el trabajador deba notificar a la empresa su intención de reincorporarse. Por lo tanto, la duda radica en si mediante la

---

<sup>17</sup> Lo mismo se establece en sentencias más recientes como STSJ (Asturias) de 19 de junio de 2015 (Rec. 1062/2015) y STSJ (Castilla la Mancha) de 9 de enero de 2017 (Rec. 1561/2014).

negociación colectiva puede establecerse un plazo de preaviso durante el cual el trabajador debe notificar a la empresa su intención de reincorporarse.

Mediante la negociación colectiva no se pueden establecer previsiones que condicionen la concesión y el ejercicio de la excedencia por cuidado de hijos o familiares. Por lo tanto, debemos estudiar si el establecimiento de un plazo de preaviso supone un condicionante para el ejercicio de la excedencia por cuidado de hijos.

Es interesante, en primer lugar, determinar cuál es el papel que puede adoptar la negociación colectiva a la hora de configurar el derecho a la excedencia por cuidado de hijos recogido en el artículo 46.3 del TRET. Al tratarse este precepto legal de un régimen jurídico de mínimos, puede ser mejorado mediante la negociación colectiva. No obstante, *“una abrumadora mayoría de los convenios reproducen lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores”*<sup>18</sup>.

La negociación colectiva puede mejorar lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRET pero no puede *“establecer previsiones relativas a esta excedencia que pudieran condicionar su concesión o ejercicio”*<sup>19</sup>. *“Ni la negociación colectiva ni el contrato de trabajo podrán limitar el ejercicio de estos derechos imponiendo requisitos procedimentales para su ejercicio que impliquen una restricción de los amplios términos legales, tampoco exigiendo una determinada antigüedad [...], ni la necesidad de convivencia del familiar dependiente con el trabajador solicitante”*<sup>20</sup>. Es aquí donde se plantea el problema ya que no es fácil delimitar cuáles son esas previsiones que pueden condicionar la concesión y el ejercicio de la excedencia por cuidado de hijos o familiares.

La doctrina del Tribunal Supremo reconoció, en el supuesto de excedencia voluntaria, la validez y eficacia de la cláusula de un Convenio que determinaba la extinción del contrato por voluntad del trabajador si no se preavisaba por el trabajador de la reincorporación con un plazo de antelación determinado. Sin embargo, esto no resulta

---

<sup>18</sup> SANCHEZ TRIGUEROS, C. “Presentación introductoria”, en AA.W. (directora: SANCHEZ TRIGUEROS, C.) El principio de igualdad en la negociación colectiva, MTAS, Madrid, 2016, pág. 32.

<sup>19</sup> GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares. Puntos críticos”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, pág. 231.

<sup>20</sup> ROJAS RIVERO, G.P. “Excedencia para cuidado de hijos y familiares”, en AA.W. (Coord.: GOERLICH PESET, J.Mº.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 885.

de aplicación en este caso ya que no nos referimos a la excedencia voluntaria, sino que nos referimos a la excedencia por cuidado de hijos.

La excedencia por cuidado de hijos tiene su fundamento en la protección de la familia y de la infancia (art. 39 CE) y, por lo tanto, está sometida a un régimen distinto al de la excedencia voluntaria, encontrándose más próxima a la excedencia forzosa. Por lo tanto, y atendiendo a la doctrina jurisprudencial<sup>21</sup>, no puede establecerse por convenio colectivo la necesidad de que el trabajador excedente solicite con un plazo de antelación su intención de reincorporarse. En los casos en los que mediante convenio colectivo se requiera dicho plazo de notificación y éste no sea respetado por el trabajador, este hecho no podrá tener como consecuencia la extinción del contrato de trabajo por la voluntad del trabajador. De modo que la falta de preaviso no cabe entenderla como una renuncia del trabajador a la pervivencia de la relación laboral.

Así las cosas, mediante la negociación colectiva puede establecerse un plazo y la forma de preaviso para el reingreso del trabajador, pero esto se limitará a meras pautas orientativas<sup>22</sup> ya que la falta de cumplimiento no puede “*conllevar el no ejercicio en tiempo del derecho de reingreso y, en consecuencia, [...] una renuncia del trabajador a su reincorporación a la empresa*”<sup>23</sup>. Además, de acuerdo con diferentes sentencias<sup>24</sup>, el incumplimiento de los plazos de preaviso previstos mediante la negociación colectiva no puede ser sancionado con la pérdida del derecho a la reincorporación. En caso de suponer la pérdida del derecho a la reincorporación, tendrá la consideración de despido nulo.

*b) El ejercicio de la acción de despido o la acción de reingreso ante la negativa empresarial a la solicitud de reincorporación*

Ante la cuestión que consiste en determinar si en el supuesto de excedencia por cuidado de hijo la empresa puede oponerse a la solicitud de reingreso alegando la inexistencia de vacante, y en su caso, las consecuencias que han de ligarse a dicha negativa a la reincorporación, la respuesta tradicional de la Sentencia del Tribunal

---

<sup>21</sup> STSJ (La Rioja) de 1 de enero de 2010 (Rec. 255/2010), STSJ (Islas Baleares) de 9 de octubre de 2014 (Rec. 283/2014) y la STSJ (Canarias) de 28 de febrero de 2001 (AS 2001\3213).

<sup>22</sup> GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares. Puntos críticos”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, pág. 233.

<sup>23</sup> GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares...”, op. cit., pág. 233.

<sup>24</sup> STSJ (Canarias) de 28 de febrero de 2001 (Rec. RSU-944/2000), STSJ (Castilla la Mancha) de 11 de octubre de 2005 (Rec. 1209/2005) y STSJ (Baleares) de 4 de julio de 2007 (Rec. 241/2007).

Supremo de 21 de febrero (Rec. 740/2012), fue la de reconocimiento del derecho a la ocupación efectiva, si el empresario pospone la reincorporación demorándola injustificadamente, de manera que la negativa empresarial al reingreso alegando la inexistencia de vacante, lleva como consecuencia que la decisión empresarial sea calificada como un despido, sin necesidad de considerar si existe o no puesto vacante y que, en consecuencia, procede declarar la nulidad del despido STS de 21 de febrero de 2013 (Rec. 740/2012). De acuerdo con dicha sentencia, la reserva del puesto de trabajo debe darse durante toda la excedencia. La diferencia radica en que, durante el primer año, el trabajador tiene derecho a la reserva de *"su puesto de trabajo"* y a partir de ese momento, la reserva queda referida *"a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente"*. Por lo tanto, en aplicación del artículo 55.5 b) del TRET, la negativa empresarial al reingreso alegando la inexistencia de vacante será calificada como despido nulo.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2013 (Rec. 2043/2012), corrige el criterio anterior y aplica el criterio tradicional en base al cual se establece que, si el trabajador en situación de excedencia recibe una respuesta negativa frente a su intención de reincorporarse al trabajo, tiene dos formas de reclamar dependiendo de cual haya sido la respuesta de la empresa. En caso de recibir una negativa contundente por parte de la empresa ante la intención del trabajador de reincorporarse, la acción que deberá interponerse es la correspondiente al despido. Sin embargo, para las situaciones de simple omisión de respuesta a la solicitud de reingreso o de aplazamiento de este último para el momento en que se produzca vacante adecuada para la categoría y puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador excedente, deberá formularse la acción de reconocimiento del derecho al reingreso por el procedimiento ordinario<sup>25</sup>.

Esta doble posibilidad de actuación está fundamentada en el hecho de que el despido *"siempre tiene como elemental presupuesto la voluntad extintiva unilateralmente decidida por el empresario, cualquiera que sea la forma en que la misma se manifieste"* y esto no se cumple cuando de la respuesta del empresario no se desprenda esa posibilidad ya que en esos casos *"no se niega la reincorporación en sí misma, sino su posibilidad actual; lo que no es extinguir el contrato de trabajo"* STS de 23 de septiembre de 2013 (Rec. 2043/2012). Además, de acuerdo con la sentencia citada, la reincorporación tardía

---

<sup>25</sup> GIL PLANA, J. "La excedencia para el cuidado de hijos y familiares. Puntos críticos", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, pág. 258.

del trabajador excedente da lugar a una indemnización de daños y perjuicios cuya cuantía se cifra, en principio, en los salarios dejados de percibir a causa de la conducta de incumplimiento

Así las cosas, parece obvio el hecho de que la declaración de nulidad del despido conlleva la readmisión del trabajador demandante, así como el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido y hasta su readmisión o reincorporación, con base en el artículo 55 del TRET. Es por eso, por lo que resulta verdaderamente sorprendente y no ajustada a derecho la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 1 de junio de 2017 (Rec. 34/2016) condenó al demandado a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido, pero sin derecho a salarios de tramitación por encontrarse la trabajadora en situación de excedencia por cuidado de hijos. Eso lo fundamenta en que durante *“la situación de excedencia no da lugar a percibir salarios, ya que el contrato de trabajo se encuentra suspendido hasta que finalice el período de la expresada excedencia, tampoco procede el abono de salarios de tramitación, pues los mismos no se han devengado, los cuales comenzarán a devengarse a partir de la fecha de reincorporación a su puesto de trabajo”*.

Otra cuestión que se debe analizar es la de si existe la posibilidad de que el trabajador se reincorpore de forma anticipada al trabajo. En este sentido, debe de ser el propio trabajador en situación de excedencia quien tenga la opción de decidir cuando quiere poner fin a dicha situación, con base en la flexibilidad que se otorga en el régimen jurídico de la excedencia por cuidado de hijos debido a su concreta y especial finalidad. Por lo tanto, al igual que se permite al trabajador excedente tanto el disfrute fraccionado de la excedencia por cuidado de hijos, como sus prórrogas, se le debe permitir la posibilidad de poner fin a la misma en el momento que estime oportuno. Por lo tanto, y con base en los pronunciamientos de los Tribunales,<sup>26</sup> se permite al trabajador el reingreso a su puesto de trabajo con anterioridad a la fecha prevista inicialmente, es decir, de forma anticipada.

Por lo tanto, la facultad de decidir el momento en el que se pondrá fin a la excedencia queda en manos del trabajador pudiendo hacerlo tanto antes de la duración máxima como antes de la fecha de reingreso prevista en el momento de la solicitud.

---

<sup>26</sup> STSJ (Cataluña) de 13 de julio de 2004 (Rec. 1565/2002) y STSJ (Cataluña) de 19 de noviembre de 1999 (Rec. 6228/1999).

### **3.4.El derecho de formación**

El trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación<sup>27</sup>. Esta obligación empresarial constituye una norma de derecho necesario.

Este derecho está destinado a mantener la capacitación profesional del trabajador y prepararlo para el momento de su reincorporación en la empresa ya que en caso de no ser así podría darse el caso de que éste tuviera dificultades de adaptación a la empresa ante posibles cambios técnicos, productivos u organizativos introducidos durante el periodo de excedencia<sup>28</sup>. Con esta previsión se trata de prevenir la extinción del contrato del trabajador que vuelve de disfrutar un periodo de excedencia basada en su inadaptación al puesto.

Nos encontramos ante un derecho del trabajador y no ante una obligación de hacer uso de él. Por lo tanto, al trabajador se le reconoce el derecho de asistir a los cursos de formación convocados por el empresario pero no puede ser obligado a ello. El hecho de no estar obligado a ello supone que tampoco puede ser sancionado en caso de no asistir.

### **3.5.El cómputo de la duración de la excedencia a efectos de antigüedad**

De acuerdo con el art. 46.3 párrafo final del TRET, todo el período que el trabajador permanezca en situación de excedencia será computable a efectos de antigüedad, hasta ese máximo de los tres años desde el nacimiento del hijo.<sup>29</sup>

El cómputo de la antigüedad protege al trabajador en un doble ámbito. Por un lado, garantiza la promoción profesional del trabajador (en el sistema de ascensos), ya que en la mayor parte de los casos el elemento a tener en cuenta cuando se habla de promoción es la antigüedad de los trabajadores y de este modo, el periodo durante el cual

---

<sup>27</sup> Art. 46.3 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores

<sup>28</sup> GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares. Puntos críticos”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, pág. 258.

<sup>29</sup> ROMERO RÓDENAS, M.J. “La excedencia por cuidado de hijos y familiares” en AA.W. (Coord.: RUIZ PEREZ, E.) *Mujer y Trabajo.*, Ediciones Bomarzo, Albacete, 2003, pág. 83.

el trabajador esté disfrutando del derecho a la excedencia será computado a estos efectos<sup>30</sup>.

*“La norma establece un derecho para el trabajador excedente para el cuidado de un hijo que se incorpora a su relación de trabajo y que consiste en que el tiempo que pase en ella se ha de entender que produce efectos equivalentes a la permanencia real en la empresa, con proyección por tanto en la antigüedad. No cabe entender que la norma estatutaria admita que ese reconocimiento de antigüedad lo sea a los solos efectos de acumulación del tiempo de trabajo a que se refiere el artículo 25 del Estatuto de los Trabajadores, al no contener distinción alguna, y no producirlos en otros ínsitos en el propio concepto como es el "premio de antigüedad" STS de 28 de junio de 2002 (Rec.1274/2001).*

Lo mismo sucede en el caso de la Administración Pública donde, la STSJ (Comunidad Valenciana) de 20 de noviembre de 2018 (520/2018, Sala Contencioso – Administrativa), estimó el recurso interpuesto contra una relación individualizada de méritos generales de las personas funcionarias. En dicha relación se excluía del cómputo como periodo de servicio activo el concedido por excedencia por cuidado de hijos. Dicha relación fue anulada en base a la discriminación por razón de género que supone la exclusión como periodo computable el referido a la excedencia por cuidado de hijo.

Por otro lado, se garantiza también la promoción económica del trabajador. El cómputo de la antigüedad a estos efectos, *“debe afectar no solo al complemento salarial sino también a cualquier otro derecho donde sea utilizada la antigüedad”*<sup>31</sup>.

La duda radica en si el periodo de la excedencia para el cuidado de hijos puede computarse a efectos del cálculo de la indemnización por despido. Esto sucede porque el artículo 56.1 del TRET emplea el concepto de “años de servicio” para el cálculo de la indemnización lo cual es diferente del concepto de “antigüedad” que se acaba de analizar.

Debido al empleo de dos términos diferentes, “años de servicio” y “antigüedad”, podríamos llegar a pensar que el periodo de excedencia no debería ser computado a efectos indemnizatorios ya que la excedencia no son años de servicio. Además, si

---

<sup>30</sup> ROMERO RODENAS, M.J. “La excedencia por cuidado de hijos y familiares” en AA.W. (Coord.: RUIZ PEREZ, E.) Mujer y Trabajo, Ediciones Bomarzo, Albacete, 2003, pág. 83.

<sup>31</sup> GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares. Puntos críticos”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, pág. 260.

analizamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el caso de las excedencias forzosas se establece “*que el módulo de cuarenta y cinco días de salario (actualmente, de acuerdo con el art. 56.1 del TRET son treinta y tres días) que establece el artículo 56.1.a) del Estatuto actúa sobre el tiempo de servicios prestados y no sobresobre la mayor antigüedad reconocida. Este criterio jurisprudencial tiene carácter consolidado. [...] “Una cosa es el derecho al cómputo de la antigüedad en la excedencia forzosa, y otra la determinación del tiempo de servicios en la empresa a efectos del artículo 56.1,a) del Estatuto. Suspendido el contrato por la excedencia forzosa, ésta exoneró de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo (artículo 45.2 del Estatuto)”* STS de 26 de septiembre de 2001 (Rec. 4414/2000).

Por lo tanto, teniendo en cuenta que los efectos jurídicos que despliega la excedencia por cuidado de hijos son los propios de la excedencia forzosa, como se ha explicado al inicio de este trabajo, podría entenderse que el tiempo durante el cual el trabajador se encuentre en situación de excedencia no será computable para el cálculo de la indemnización.

No obstante, hay que tener en cuenta que la excedencia por cuidado de hijos es un derecho que tienen los trabajadores como instrumento de conciliación de la vida laboral y familiar y el hecho de que la duración de la misma no fuese computable a efectos indemnizatorios actuaría como un factor desincentivador del uso de este derecho STS de 26 de septiembre de 2001 (Rec. 4414/2000).

Además, esto posicionaría al trabajador excedente en una situación de vulnerabilidad respecto del resto de trabajadores ya que en caso de tener que despedir a alguien, la indemnización del excedente sería inferior por no computarse el periodo de excedencia para el cálculo de la indemnización. Por lo tanto, no parece que sea trasladable a este supuesto lo establecido para el caso de la excedencia forzosa.

El Auto del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009 dice lo siguiente: “*La Sala, desestima el recurso del empresario dirigido a discrepar del cálculo de la indemnización efectuado por la sentencia de instancia, en el que se incluye el periodo de excedencia por cuidado de hijo como tiempo de prestación de servicios aplicando el criterio sentado en la sentencia de esta Sala de 28 de junio de 2002 (Rec. casación 1274/2001 ) en la que se establece que el artículo 46.3 del ET reconoce el derecho para el trabajador excedente que se reincorpora al puesto de trabajo a que se compute el tiempo en el que se ha*



*permanecido en tal situación como si hubiera prestado servicios efectivos*". A partir de este pronunciamiento, se entiende que el periodo de excedencia sí debe computarse como tiempo trabajado para el cálculo de la indemnización.

En apoyo del pronunciamiento anterior, observamos que el Tribunal Supremo a la hora de devengar un premio de antigüedad establecido en la negociación colectiva ha sentado que *"la norma establece un derecho para el trabajador excedente para el cuidado de un hijo que se incorpora a su relación de trabajo y que consiste en que el tiempo que pase en ella se ha de entender que produce efectos equivalentes a la permanencia real en la empresa, con proyección por tanto en la antigüedad. No cabe entender que la norma estatutaria admita que ese reconocimiento de antigüedad lo sea a los solos efectos de acumulación del tiempo de trabajo a que se refiere el artículo 25 del Estatuto de los Trabajadores, al no contener distinción alguna, y no producirlos en otros ínsitos en el propio concepto como es el "premio de antigüedad"*" STS de 28 de junio de 2002 (Rec.1274/2001). Esto es importante porque *"en la configuración jurídica del premio de antigüedad cuestionado se utiliza como parámetro generador del mismo el concepto de «años de servicio», que es el utilizado también en el artículo 56.1 del ET para el cálculo de la indemnización por despido"*<sup>32</sup>.

En esta misma dirección resuelve la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 3 de noviembre de 2019 (Rec. 3447/2009), diciendo que el tiempo de excedencia por cuidado de hijos debe computarse a los efectos indemnizatorios. Esto lo fundamenta en la Sentencia del Tribunal Supremo que se acaba de citar entendiendo que ese pronunciamiento debe extenderse *"a los efectos indemnizatorios por despido considerando, por lo tanto, que el tiempo del trabajador en excedencia por cuidado de hijos es "tiempo de servicios efectivos" a tales fines ya que cualquier diferencia de trato en materia de cómputo del tiempo entre estos trabajadores y los que permanecen en activo en la misma empresa constituiría indudablemente un elemento disuasorio para el operario que pretendiera acogerse a esa situación de excedencia, al saber que durante ese tiempo, dejaría de devengar determinados derechos, como el que aquí se discute, lo que en definitiva supone un alejamiento entre la norma y el cumplimiento de su finalidad, por lo cual se desestima en tal aspecto el motivo del recurso"*.

---

<sup>32</sup> GIL PLANA, J. "La excedencia para el cuidado de hijos y familiares. Puntos críticos", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, pág. 261.

Por todo esto, parece claro pensar que debe emplearse una línea interpretativa extensiva y que el periodo de excedencia debe ser computado a efectos del cálculo de la indemnización por despido a pesar de que el término empleado sea el de “años de servicio”.

Del mismo modo, cabe plantearse si la excedencia por cuidado de hijos debe computarse como tiempo de trabajo efectivo para calcular los días de vacaciones anuales retribuidas ya que esto no se regula en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores. La duda se plantea porque las vacaciones se disfrutarán en proporción a los días efectivamente trabajados (art. 4.º1 del Convenio 132 de la OIT y art. 38 del TRET). La sentencia N° C-12/17, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 04 de octubre de 2018 ha ratificado el criterio empleado en nuestro país y establece que el periodo de excedencia por cuidado de hijos no se debe considerar período de trabajo efectivo a efectos de determinar los días de vacaciones anuales retribuidas. Se establece esto con base en la Directiva 2003/88/CE de 4 de Noviembre (Aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo), y entiende el TUE en la sentencia que *“el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional [...] que, a efectos de determinar el derecho a vacaciones anuales retribuidas que dicho artículo garantiza a un trabajador respecto de un período de referencia, no considera período de trabajo efectivo la duración de un permiso parental disfrutado por ese trabajador durante el citado período”*.

#### **4. EL TRABAJO DURANTE LA SITUACIÓN DE EXCEDENCIA**

Se han planteado numerosos debates en torno a la posibilidad de desarrollar una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia durante la vigencia de la excedencia ya que el artículo 46.3 del TRET no hace mención alguna a esta posibilidad, ni prohibiéndola ni permitiéndola. Existe una clara división en la doctrina judicial entre quienes niegan esta posibilidad, quienes la permiten y quienes la permiten cuando suponga una mejora de la conciliación para la que es solicitada la excedencia.

Hay quienes niegan expresamente la posibilidad de realizar una actividad por cuenta ajena o propia al mismo tiempo que se está haciendo uso de una excedencia por cuidado de hijos ya que esto desvirtuaría el objeto de la misma. Como ya he explicado

antes, el objeto de la excedencia por cuidado de hijos es suspender la relación laboral para poder cuidar de un hijo.

Teniendo esto en cuenta, no parece que el disfrute de la excedencia sea compatible con el trabajo ya que este iría en perjuicio del objeto para el que ha sido solicitada la excedencia. No obstante, tampoco parece tener sentido el hecho de que se permita la compatibilidad de la excedencia y el trabajo sin ningún límite, mejore o no la conciliación del excedente, como se ha hecho en ciertos pronunciamientos judiciales, ya que conllevaría una descausalización de la excedencia por cuidado de hijos, asemejándola a la excedencia voluntaria<sup>33</sup>: *“La situación de excedencia no es incompatible con el trabajo en otra empresa [...] no desprendiéndose expresamente de los hechos enjuiciados en autos la existencia de trasgresión de la buena fe contractual por parte del trabajador, trasgresión que no se presume y que tiene que ser demostrada por la empresa recurrente, por ejemplo, porque no existiera la hija por la que se pide la excedencia, o que no conviviera con el trabajador, etc.”* STSJ (Cataluña) de 22 de marzo de 2007 (Rec. 8852/2006).

De acuerdo con la doctrina judicial del Tribunal Supremo y el derecho al trabajo (art. 35 CE), se puede decir que la compatibilidad entre la excedencia y el trabajo está permitida siempre y cuando *“el nuevo trabajo resulte compatible con el cuidado del menor”* STS de 10 de febrero de 2015 (Rec. 25/2014) y permita una mejor conciliación de la vida laboral y familiar<sup>34</sup>.

*“Si durante la excedencia se trabaja para otra empresa, no hay por qué entender que lo que desde el principio se pretendía era probar suerte en otro empleo aprovechando las ventajas que la cobertura de estas excedencias otorgan a la mujer trabajadora (página 8 final, del recurso). En primer lugar, porque hay que presumir que los derechos se ejercitan de buena fe. En segundo lugar, porque hay que examinar si las nuevas condiciones de trabajo facilitan en cierta medida el cuidado del hijo. Si no consta ninguna facilidad añadida en relación con el otro empleo, objetivamente acreditada, como un menor o más adecuado horario, menor distancia, prestación flexible etc., obvio*

---

<sup>33</sup> GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares. Puntos críticos”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017, pág. 251.

<sup>34</sup> Lo mismo establece la STSJ (Andalucía) de 25 de junio de 2015 (Rec. 1810/2014) y la STSJ (Castilla y León) de 17 de octubre de 2012 (Rec. 1468/2012).

*es que hay que dar la razón a la empresa que otorga la excedencia, pues la misma asume importantes obligaciones y su interés es igualmente digno de protección” STSJ (Madrid) de 15 de abril de 2009 (Rec. 1290/2009)<sup>35</sup>.*

No obstante, como se puede observar en la sentencia anterior, existe un concepto determinante a la hora de simultanear la excedencia con el trabajo, el concepto de la “buena fe”. La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina, de 19 de julio de 2010 STS de 19 de julio de 2010 (Rec. 2643/2009), establece que la buena fe contractual se configura *“por la disposición personal en orden a la realización del contenido propio de las prestaciones voluntariamente asumidas, por la probidad en su ejecución y por la efectiva voluntad de correspondencia a la confianza ajena”*. A pesar de que la situación de excedencia supone una suspensión de la relación contractual, el deber de buena fe entre las partes persiste. De modo que, no será posible la compatibilidad entre la excedencia y el trabajo si existe una transgresión de la buena fe, pudiendo el trabajador ser despedido en virtud del artículo 54.d) del TRET.

De acuerdo con el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en sentencia del 22 de febrero de 2012 (Rec. 1279/2011) *“La empresa demandada despide al trabajador disciplinariamente, por haber incurrido en la transgresión de la buena fe contractual, al haber prestado servicios para un Ayuntamiento, durante el tiempo de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos. El artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores considera causa de despido disciplinario, la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza. Esta circunstancia, en modo alguno, puede suponer una transgresión de la buena fe contractual, justificadora de medida extintiva, ya que consta probado que, precisamente, en el Ayuntamiento, su jornada laboral se desarrollaba por la mañana, existiendo otras razones, tales como la cercanía al centro de trabajo, desde su domicilio o la flexibilidad en el empleo,- que sólo al actor le corresponde valorar-, que le permitían*

---

<sup>35</sup> Lo mismo se fundamenta en la STSJ (Madrid) de 15 de abril de 2009 (Rec. 1290/2009), la STSJ (Castilla La Mancha) de 15 de febrero de 2011 (Rec. 3/2011) y la STSJ (Andalucía) de 25 de junio de 2015 (Rec. 1810/2014), donde la trabajadora aceptó durante esa situación, un empleo que, objetivamente, facilitaba en ciertos aspectos la conciliación de su deseo legítimo de trabajar y atender a su familia, sin ser excluida del mercado laboral, y la posibilidad de obtener unos ingresos que también contribuyen al cuidado que se trata de preservar.

*conciliar su vida personal y profesional, Al no haberse producido una transgresión de la buena contractual, debe declararse el despido improcedente”.*

Una de las manifestaciones de la buena fe está relacionada con la competencia desleal, la cual se define como *“una actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado, por parte del trabajador, que entra en competencia económica con la del empresario por incidir en un mismo ámbito de mercado, en el que se disputa un mismo potencial de clientes”* STS de 8 de marzo de 1991. Además, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo del 30 de marzo de 1987, para la doctrina judicial no es necesario que se cause un daño económico a la empresa, bastando el potencial perjuicio.

## 5. CONCLUSIONES

A lo largo del análisis realizado en este trabajo, se han observado diferentes conclusiones en torno a la excedencia por cuidado de hijos. En primer lugar, se ha podido ver como con la incorporación de la mujer al mercado de trabajo se hizo necesaria la adopción de medidas que facilitasen la conciliación de la vida laboral y familiar. Se ha visto como han evolucionado estos derechos, siendo inicialmente reconocidos solamente a las mujeres y posteriormente ampliados al padre. En la actualidad existe una igualdad en la titularidad del derecho pudiendo ser disfrutado indistintamente tanto por el padre como por la madre. Sin embargo, ha quedado demostrado como las excedencias por cuidado son solicitadas casi en su totalidad por las mujeres ya que existe una feminización del cuidado. Por lo tanto, actualmente el reto se encuentra en adoptar mecanismos dirigidos a individualizar el uso de las excedencias por cuidado de hijos permitiendo una real corresponsabilidad.

En segundo lugar, la configuración legal del derecho a la excedencia por cuidado de hijos tiene gran importancia para facilitar la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y en su posterior evolución y permanencia. Además, el modelo de regulación en materia de conciliación podría evitar discriminaciones futuras asociadas al tiempo de no trabajo y la perpetración de sesgos vinculados al género si realmente se adoptasen medidas que individualizasen el uso de dichas excedencias ya que en la actualidad, quienes se encuentran en una situación más vulnerable por hacer uso de ellas son las mujeres.

En tercer lugar, se ha podido comprobar que el modelo europeo no es más pretencioso que el nacional. Ciertamente es que su regulación habla de un permiso individual, al igual que ocurre en el caso de España, pero eso no garantiza un uso igualitario por parte de ambos progenitores ni una corresponsabilidad por el ya mencionado uso casi exclusivo de las mujeres, basado en los sesgos de género. Sin embargo, se ha podido ver como el hecho de establecer permisos parentales intransferibles para hombres y mujeres, como ocurre en ciertos países de la Unión Europea, favorece un uso igualitario de los mismos por parte del padre y de la madre, disminuyendo las posibles situaciones favorecedoras de discriminación por el tiempo de no trabajo y fomentando la corresponsabilidad. Es

verdad que tanto la normativa comunitaria, mediante la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y la española, mediante la aprobación del reciente Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, están adoptando medidas tendientes a individualizar los derechos relativos a la conciliación, aunque por ahora, solamente se han pronunciado en materia de permisos por maternidad y paternidad.

En cuarto lugar, se ha podido constatar que la excedencia por cuidado de hijos es un permiso de cuidado no retribuido ya que se trata de un periodo durante el cual la relación laboral queda suspendida. Durante este periodo se suspenden las obligaciones de las partes, es decir, el trabajador no tiene la obligación de trabajar y por lo tanto el empresario no debe abonarle el salario. Así las cosas, vemos el gran perjuicio económico que sufre para el trabajador el hecho de solicitar una excedencia por cuidado de hijos. Que la excedencia por cuidado de hijos no sea retribuida puede tener dos efectos. Por un lado, es obvio que este hecho no incentiva a los trabajadores a solicitar una excedencia y por consiguiente, pueden ser muchos los casos en los que los progenitores desearían hacer uso de este derecho pero no les es posible por causas económicas. Por otro lado, esto fomenta que las excedencias sean solicitadas en mayor número por las mujeres ya que son ellas quienes, como norma general, suelen tener peores condiciones laborales y salarios inferiores. Una solución a esta situación podría ser el planteamiento de una compensación económica de las excedencias por cuidado de hijos por medio de la Seguridad Social. Esto fomentaría tanto el mayor uso del derecho a la excedencia por cuidado de hijos como el uso por parte de los padres, disminuyendo las grandes diferencias que existen entre los progenitores en términos de solicitud. Sin embargo, y debido al gran gasto que esto supondría, otra solución podría ser la de reforzar los derechos de adaptación de jornada por cuidado de hijos, que favorecería la continuidad de las mujeres en el mercado de trabajo. La reciente modificación del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, mediante el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, parece ir en esta línea ya que permite a todos los trabajadores adaptar la jornada por razón de cuidado de hijos, supuesto que hasta entonces, debía de estar establecido en la negociación colectiva o debía de ser acordado con el empresario para poder ser disfrutado.

En quinto lugar, como punto positivo, se ha podido comprobar que la regulación actual en materia de excedencia por cuidado de hijos es garantista, en el sentido de que garantiza la continuidad en el modelo. Durante el primer año la empresa tiene la obligación de reservar al trabajador excedente el mismo puesto de trabajo que tenía antes de haber solicitado la excedencia. Sin embargo, a partir del primer año, la obligación se limita a un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Una forma de fomentar el uso de la excedencia por cuidado de hijos podría ir en esta línea, ampliando esa garantía de reserva del mismo puesto de trabajo que existe durante el primer año también al resto de duración de la excedencia, es decir al segundo y tercer año.



## BIBLIOGRAFÍA

ALMENDROS GONZÁLEZ, M., *Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Aspectos laborales*, Comares, Granada, 2002.

CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> E. “Conciliación de la vida familiar y laboral: Constitución, legislador y juez”, en *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 10, 2018.

CASTRO ARGÜELLES, M.A. “La conciliación de la vida laboral, personal y familiar como estrategia para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017.

Declaración de la Comisión Europea de 24 de enero de 2019 “*Conciliación de la vida familiar y la vida profesional: la Comisión acoge con satisfacción el acuerdo provisional alcanzado*”.

GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “Excedencias” en AA.W. (Coord. NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.) *Igualdad y conciliación de la vida personal y laboral en la empresa y administraciones públicas: (tras las modificaciones introducidas por la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley 7/2007, del Estatuto básico del empleado público)*, Dykinson S.L., Madrid, 2008.

GIL PLANA, J. “La excedencia para el cuidado de hijos y familiares. Puntos críticos”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 133, 2017.

MOLINA NAVARRETE, C. “Juzgar con perspectiva de género en el orden social: ¿arte de moda o garantía de efectividad de la igualdad de sexos?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 433, 2019.

Nota de Prensa presentada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social el 26/04/2018.

<http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/3269>

ROJAS RIVERO, G.P. “Excedencia para cuidado de hijos y familiares”, en AA.W. (Coord.: GOERLICH PESET, J.M<sup>o</sup>.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ROMERO RODENAS, M.J. “La excedencia por cuidado de hijos y familiares” en AA.W. (Coord.: RUIZ PEREZ, E.) *Mujer y Trabajo*, Ediciones Bomarzo, Albacete, 2003.

SANCHEZ TRIGUEROS, C. “Presentación introductoria”, en AA.W. (directora: SANCHEZ TRIGUEROS, C.) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, MTAS, Madrid, 2016.

## **ANEXO DE JURISPRUDENCIA**

### **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Sentencia N° C-12/17, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 04 de octubre de 2018

### **Tribunal Constitucional**

STC 240/1999 de 20 de diciembre.

STC 3/2007, de 15 de enero.

STC 26/2011, de 14 de marzo.

STC 75/2011, de 19 de mayo.

### **Tribunal Supremo**

STS de 30 de marzo de 1987.

STS de 8 de marzo de 1991.

STS de 26 de septiembre de 2001 (Rec. 4414/2000).

STS de 28 de junio de 2002 (Rec.1274/2001).

Auto del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2009

STS de 19 de julio de 2010 (Rec. 2643/2009).

STS de 21 de febrero de 2013 (Rec. 740/2012).

STS de 23 de septiembre de 2013 (Rec. 2043/2012).

STS de 10 de febrero de 2015 (Rec. 25/2014).

### **Audiencia Nacional**

Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 1997 (AS 1997\748).

### **Tribunales Superiores de Justicia**

STSJ (Balears) de 20 de diciembre de 1991 (Rec. 363/1991).

STSJ (Cataluña) de 19 de noviembre de 1999 (Rec. 6228/1999).

STSJ (Cataluña) de 29 de noviembre de 1999 (Rec. 4755/1999).

STSJ (Castilla y León) de 1 de febrero de 2000 (Rec. 2189/1999).

STSJ (Canarias) de 28 de febrero de 2001 (Rec. RSU-944/2000).

STSJ (Murcia) de 12 de marzo de 2001 (Rec.1080/2000).

STSJ (Cataluña) de 13 de julio de 2004 (Rec. 1565/2002).

STSJ (Castilla la Mancha) de 11 de octubre de 2005 (Rec. 1209/2005).

STSJ (País Vasco) de 11 de octubre de 2005 (Rec. 1647/2005).

STSJ (Cataluña) de 22 de marzo de 2007 (Rec. 8852/2006).

STSJ (Baleares) de 4 de julio de 2007 (Rec. 241/2007).

STSJ (Madrid) de 15 de abril de 2009 (Rec. 1290/2009).

STSJ (Madrid) de 15 de abril de 2009 (Rec. 1290/2009).

STSJ (La Rioja) de 1 de enero de 2010 (Rec. 255/2010).

STSJ (Andalucía) de 13 de mayo de 2010 (Rec. 2528/2009).

STSJ (Madrid) de 23 de octubre de 2010 (Rec. 586/2003).

STSJ (Castilla La Mancha) de 15 de febrero de 2011 (Rec. 3/2011).

STSJ (Andalucía) de 22 de febrero de 2012 (Rec. 1279/2011).

STSJ (Castilla y León) de 17 de octubre de 2012 (Rec. 1468/2012).

STSJ (Islas Baleares) de 9 de octubre de 2014 (Rec. 283/2014).

STSJ (Madrid) de 3 de diciembre de 2014 (Rec. 150/2014).

STSJ (Asturias) de 19 de junio de 2015 (Rec. 1062/2015).

STSJ (Andalucía) de 25 de junio de 2015 (Rec. 1810/2014).

STSJ (Castilla la Mancha) de 9 de enero de 2017 (Rec. 1561/2014).

STSJ (País Vasco) de 1 de marzo de 2017 (Rec. 226/2017).

STSJ (Murcia) de 1 de junio de 2017 (Rec. 34/2016).

STSJ (Canarias) de 28 de agosto de 2017 (Rec. 713/2017).

STSJ (Comunidad Valenciana) de 20 de noviembre de 2018 (520/2018), Sala Contencioso – Administrativa.

STSJ (Galicia) de 3 de noviembre de 2019 (Rec. 3447/2009).