

EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS Y FAMILIARES: COMPATIBILIDAD CON EL TRABAJO POR CUENTA PROPIA O AJENA Y COMPETENCIA DESLEAL

Patricia Prieto Padín

*Becaria FPU del Ministerio de Educación,
Cultura y Deporte. Universidad de León*

EXTRACTO

El presente ensayo aborda la posibilidad de que quien disfruta de una excedencia por cuidado de hijos y/o familiares la haga compatible con una actividad por cuenta propia o ajena. La falta de un norte legal firme, unida a la abundancia de ocasiones en que la situación se presenta, ha dado pie a posiciones abiertamente encontradas en los Tribunales Superiores de Justicia, mucho más cuando entra en juego la cuestión de la competencia desleal al calor de cláusulas convencionales que la circunscriben a la ocupación en el mismo sector o actividad. Recientemente el Tribunal Supremo, sobre los pasos de una línea de doctrina constitucional previa, ha sentado bases firmes para entender que cabe cohonestar esta singular excedencia y el trabajo; aún falta, sin embargo, conocer su parecer sobre la restricción introducida a través de la negociación colectiva, el contrato o impuesta por el empresario, aspectos sobre los cuales el artículo proporciona criterios que pudieran resultar de interés.

Palabras claves: excedencia por cuidado de hijos, conciliación vida laboral y familiar, buena fe, competencia desleal y convenio colectivo.

Fecha de entrada: 07-07-2015 / Fecha de revisión: 09-08-2015 / Fecha de aceptación: 09-08-2015

THE LEAVE TO CARE FOR CHILDREN AND RELATIVES: ITS COMPATIBILITY WITH AN EMPLOYED ACTIVITY OR SELF-EMPLOYMENT AND UNFAIR COMPETITION

Patricia Prieto Padín

ABSTRACT

This paper analyses the possibility to make compatible a parental leave to care for children and/or family members with an employed activity or self-employment. The lack of a firm legal north, coupled with the frequent occasions in which this situation has happened, has given rise to plainly contradictory positions in the Superior Courts of Justice, more when the issue of unfair competition comes into play because many conventional clauses limit this item to the employment in the same industry or activity. Recently the Supreme Court, following on the steps of a previous constitutional doctrine line, has consolidated solid foundations to understand that it is possible to reconcile this singular leave with the work. However, there is still a long way to know their view about the restrictions introduced through collective bargaining, the individual contract or imposed by the employer, issues on upon which, the essay provides criterions that may be of interest.

Keywords: parental leave, work-life balance, good faith, unfair competition and collective agreement.

Sumario

1. Introducción
2. Excedencia para atender al cuidado de hijos o familiares y trabajo por cuenta ajena (o propia), con el límite de la concurrencia desleal, en los Tribunales Superiores de Justicia
 - 2.1. El rechazo abierto a la compatibilidad entre excedencia por cuidado de hijo y/o familiar con cualquier prestación de servicios
 - 2.2. La plena compatibilidad *a priori* entre la excedencia del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores y el trabajo por cuenta ajena o propia
 - 2.3. La concurrencia desleal como límite
3. De la aceptación sin matices del Tribunal Supremo a la proyección de la tesis del Tribunal Constitucional sobre la discriminación por razones familiares sobre este asunto vinculado a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral
4. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

La posibilidad, o no, de hacer compatible la excedencia por cuidado de hijos (o de familiares a cargo) con el desempeño de una actividad laboral o profesional ha sido objeto de atención constante por los autores desde el origen legal del instituto, poniendo de manifiesto la que se consideraba, y así se ha demostrado, una intensa confrontación diaria de intereses en el seno de la empresa y fuente o factor explicativo de una relativamente alta litigiosidad en este punto: la pretensión del empleador de contar con una organización productiva lo más estable y eficiente posible, y el de los trabajadores que ejercitan el derecho a beneficiarse en toda la extensión de cuanto el legislador les ofrece para hacer frente a necesidades cruciales de su vida¹.

Sin una previsión legal expresa a la que atenerse, en una materia en la que por lo demás no cabe el recurso a la analogía², y sin el norte firme que pudiera proporcionar la existencia de doctrina jurisdiccional unificada, la polémica suscitada por la cuestión de fondo aquí planteada quedó abierta a una pluralidad de soluciones de lo más heterogéneas –al punto de resultar abiertamente contrapuestas– por los Tribunales Superiores de Justicia; tesis que aún perduran, a pesar de que ya el Tribunal Supremo se haya decantado abiertamente por la plena compatibilidad –en abstracto– entre este tipo de excedencia y la realización de otro trabajo por cuenta ajena (o propia, se entiende) y que el propio Tribunal Constitucional ha sentado las bases para una interpretación adecuada de los derechos vinculados a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

Convendrá, así, dibujar el escenario en presencia tomando en consideración un factor que en tantas ocasiones ha servido como elemento determinante a la hora de afirmar o negar el derecho; es decir, la compatibilidad ya no medida en abstracto, sino en concreto, poniendo en la balanza el interés empresarial en corregir cuanto pudiera ser considerado como transgresión de la buena fe cuando, a través de la excedencia, se pudiera incurrir en la prohibición contenida en el artículo 21.1 del [Estatuto de los Trabajadores](#) (ET).

¹ Excelente formulación de tal contraposición en VIQUEIRA PERÉZ, C.: «Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: Deficiencias y problemas aplicativos», *AS*, núm. 10, 2010, págs. 11-26.

² RODRÍGUEZ COPÉ, M. L.: «Trabajo durante excedencia por cuidado de hijos y poder disciplinario», *Temas Laborales*, núm. 74, 2004, pág. 218.

2. EXCEDENCIA PARA ATENDER AL CUIDADO DE HIJOS O FAMILIARES Y TRABAJO POR CUENTA AJENA (O PROPIA), CON EL LÍMITE DE LA CONCURRENCIA DESLEAL, EN LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

La viabilidad de que quien solicita una excedencia para cuidar a hijos o familiares pueda dedicarse en este tiempo a una ocupación distinta ha llevado a interpretaciones muy diversas entre los órganos judiciales, cuyo compendio, buscando una simplificación sistemática, puede ser reconducido a tres fundamentales: 1) la imposibilidad de cohonestar la excedencia por cuidado de hijos y/o familiares con cualquier prestación de servicios; 2) la tesis de refutación a la anterior o la plena compatibilidad *a priori* entre la excedencia del artículo 46.3 del ET y el trabajo por cuenta ajena o propia; y 3) la competencia desleal como límite que permita compaginar esta manifestación de conciliación de la vida personal y familiar con la vida laboral.

2.1. EL RECHAZO ABIERTO A LA COMPATIBILIDAD ENTRE EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO Y/O FAMILIAR CON CUALQUIER PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Algunos –no pocos– pronunciamientos judiciales son tajantes a la hora de considerar prohibida cualquier prestación de servicios cuando se disfruta de una excedencia por cuidado de hijos. Bajo su parecer –y sin tener en cuenta que en ocasiones «la decisión de despedir se antoj[a] desproporcionada» y que, además, una solución más equilibrada se hallaría en reconocer una conversión en excedencia común, a la que el trabajador «también tiene legítimo derecho, y cuyas cargas para el empleador resultan menos gravosas por comparación con el art. 46.3 ET [entendiendo que] el empleador podría restablecer el equilibrio contractual otorgando a la excedencia disfrutada por el trabajador el tratamiento (...) de las de carácter voluntario, esto es, sustituyendo el derecho al reingreso (...) por la preferencia en caso de vacante a que se refiere el art. 46.5 ET, aplicando así el régimen jurídico que el trabajador ha querido evitar»³, les bastará la mera constatación de toda actividad laboral realizada por el trabajador para declarar la procedencia del despido disciplinario (o la pérdida del derecho al reingreso, sin descartar tampoco la extinción por

³ Razonamiento del Sr. magistrado Segalés Fidalgo, J., en el voto particular formulado a la STSJ del País Vasco de 26 febrero 2008 (rec. núm. 3076/2007). Tal tesis ha sido aplicada en algún pronunciamiento judicial entendiendo que, efectivamente, el trabajador ha de ser considerado en tales casos en situación de «excedencia voluntaria, salvo que el convenio colectivo aplicable estableciese otra consecuencia más favorable» [STSJ de Castilla y León/Valladolid de 30 de octubre de 2013 –rec. núm. 1633/2013–]. Curiosamente esta interpretación judicial ya ha sido acogida por los interlocutores sociales, conforme cabe comprobar, por ejemplo, en los artículos 36 del Convenio Colectivo de Bosal España, S.A. (BOP de Valencia, núm. 177, de 28 de julio de 2010) y 53 del Convenio Colectivo para la Industria, Tecnología y Servicios del Sector del Metal de la provincia de Valencia (BOP de Valencia núm. 120, de 22 de mayo de 2013).

dimisión tácita o cese voluntario del trabajador)⁴, pues su conducta habrá revelado «un panorama, por una parte, contrario a los deberes de la buena fe exigible en el normal desarrollo de la relación de trabajo, y, por otra, ajeno a la finalidad perseguida por el legislador al configurar el instituto»⁵.

Según advierten, el principio de buena fe contractual, recogido en el artículo 1.258 del **Código Civil** (CC) con carácter general, y en los artículos 5 a) y 20.2 del **ET** de manera específica –respecto del contrato de trabajo–, «se concreta en un deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador, una exigencia de comportamiento ético (...) acorde a una serie de valores como la lealtad, honorabilidad, probidad y confianza»⁶, afirmación que en este punto cabe reputar bastante desafortunada de sopesar cómo, si bien es cierto que esta figura impone una serie de obligaciones a las partes y «condiciona o limita por ello el derecho de los derechos subjetivos»⁷ durante toda la vigencia de la relación⁸, no obstante, en palabras del Tribunal Constitucional ya quedó patente que «las manifestaciones de feudalismo industrial repugnan al Estado social y democrático de Derecho»⁹.

Desde este planteamiento, las diferentes clases de excedencias reguladas en el artículo 46 del **ET** aparecerían sujetas a requisitos y consecuencias distintas, en la medida en que «en el caso núm. 2 del art. 46, la unilateralidad del derecho es incondicional y discrecionalmente ejercitable, mientras que en la del núm. 3 ha de existir un motivo que la determina, esto es, atender al cuidado de un hijo en tanto no cumpla tres años de edad, cuya finalidad se eleva así a la categoría de elemento causal del derecho»¹⁰.

«La atención del menor, es decir, permitir a los padres dedicarse a cuidar y prestar una mayor atención a sus hijos pequeños durante sus primeros años de vida»¹¹, constituye «un elemento fina-

⁴ STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2006 (rec. núm. 6086/2005), considerando «la negativa del actor a reincorporarse a la empresa al no ver reconocido un derecho del que [presuntamente] carece».

⁵ STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2008 (rec. núm. 4435/2008).

⁶ STSJ de Andalucía/ Sevilla de 16 de septiembre de 2008 (rec. núm. 191/2007).

⁷ STSJ de Madrid de 21 de enero de 2003 (rec. núm. 4347/2002).

⁸ Precisamente su «exigibilidad no se ve alterada por la llegada de una vicisitud en el desarrollo del contrato», RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica y supuestos legales*, Albacete: Bomarzo, 2007, pág. 123; es decir, que aquellos deberes accesorios –no necesariamente conectados con los de ejecución del trabajo o con la prestación salarial– todavía se mantienen o subsisten «pese a la suspensión», BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Excedencia voluntaria y prohibición de concurrir», *La Ley*, núm. 1, 1991, pág. 572.

⁹ A propósito de supuestos en los que el empleado despedido invoca vulneración de su derecho a la libertad de expresión, SSTC 88/1985, de 19 de julio, 151/2004, de 20 de septiembre y 56/2008, de 14 de abril.

¹⁰ STSJ de Castilla y León/Burgos de 11 de septiembre de 1992 (rec. núm. 391/1992).

¹¹ DILLA CATALÁ, M. J.: «La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos tras la Ley 4/1995, de 23 de marzo», *AL*, núm. 40, 1995, págs. 694 y 695.

lista que no es indiferente, sino por el contrario sustancial en la configuración de tal derecho»¹². Al calor de tal premisa indeclinable, y aun cuando su concesión sea forzosa para el empresario¹³, «como todo derecho, debe utilizarse para la finalidad que lo justifica, de suerte que no puede ampararse en el ejercicio abusivo del mismo, como ocurre cuando, so pretexto de concurrir los requisitos legales, se solicita la excedencia en cuestión para finalidad distinta del cuidado de hijos»¹⁴, pues ello iría en contra del espíritu o intención para el que fue concebido.

Para este sector de la doctrina judicial resultará así evidente «la existencia de una conducta transgresora de la buena fe contractual en la actuación de (...) [quien] haciendo uso de los derechos que le confiere la legislación protectora de la vida familiar y del cuidado del menor, utiliz[a] estos derechos para prestar servicios para otra empresa»¹⁵, en la medida en la cual aprovecha «deliberadamente una excedencia con una finalidad muy concreta cuando lo realmente perseguido era desarrollar una actividad profesional»¹⁶ y, por consiguiente, «queda desvirtuada la causa a la que la Ley anuda el privilegio»¹⁷.

Sopesan cómo, «a tenor de la propia evolución de este tipo de excedencia, y los "privilegios" progresivos que la vienen acompañando»¹⁸ (conservación del puesto, cómputo de la antigüedad, asistencia a cursos de formación, calificación de nulidad del posible despido, y demás derivadas del art. 46.3 ET), su único objeto ha de ser el cuidado de los hijos, pues «la Ley protege permitiendo mediante la excedencia la presencia y atención del padre o madre para proporcionarle personalmente su cuidado, posibilitando al trabajador conciliar sus obligaciones laborales con la atención que necesita la menor»¹⁹, «sin que ello implique merma o perjuicio para los mismos en el mercado»²⁰. Por tanto, si no fuera esta la intención de quien la solicita –atención «personal y

¹² SSTSJ de Madrid de 27 de marzo de 2006 (rec. núm. 6086/2005) y de 2 de diciembre de 2008 (rec. núm. 4435/2008).

¹³ Entre otras, STSJ de Cantabria de 12 de julio de 2006 (rec. núm. 580/2006).

¹⁴ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 8 de abril de 2013 (rec. núm. 378/2013).

¹⁵ STSJ de Andalucía/Sevilla de 16 de septiembre de 2008 (rec. núm. 191/2007).

¹⁶ SSTSJ de Cantabria de 12 de julio de 2006 (rec. núm. 580/2006) e Islas Canarias/Las Palmas de 29 de junio de 2011 (rec. núm. 1810/2010). Y ello aunque fuera una excedencia voluntaria convencional con reserva de puesto, pues la trabajadora «la solicitó con apoyo a unas razones concretas (motivos personales [cansancio físico] y familiares [necesidad de atender a sus padres]), pero la utilizó de una forma contradictoria con tales razones, y sin comunicar a la empresa en ningún momento la prestación de sus servicios para otra empresa distinta», STS de 5 de diciembre de 1989 (Sentencia núm. 7045/1989).

¹⁷ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 30 de octubre de 2013 (rec. núm. 1633/2013).

¹⁸ LÓPEZ-TAMÉS IGLESIAS, R.: «Alcance y aplicación de algunas cuestiones sobre la vida laboral y familiar en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia», *AS*, núm. 19, 2011, pág. 84.

¹⁹ STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2006 (rec. núm. 6086/2005).

²⁰ STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2008 (rec. núm. 4435/2008).

no delegada»²¹ o «dedicación en cuerpo y alma»²², concurriría un claro fraude de ley²³, pues esta institución «no se reconoce para conservar un puesto de trabajo efectivo acumulado con otro que quedaría en suspenso»²⁴.

Para alcanzar tal criterio, cabe dar cuenta de una forma de proceder en la que el juzgador funda su parecer en algunos *facta concludentia* –aquí mentados por ser harto significativos– como los siguientes: 1) «a la trabajadora le habían sido concedidos los permisos de lactancia y la reducción de jornada solicitados, mientras que en la nueva empresa realizaba una jornada completa (...), acudiendo a su puesto también los sábados y domingos»²⁵; 2) «solo dos días después de haber iniciado la excedencia (...) comienza a prestar servicios para otra empresa del sector sin comunicar esta circunstancia a la recurrente, no haciéndolo con una jornada y horario más adecuado para el cuidado del hijo, sino trabajando el mismo número de horas y, además, comprometiéndose a una mayor disponibilidad horaria aceptando un horario flexible en función de las necesidades organizativas de la empresa (...), incluso consta que comenzó a prestar servicios para otras empresas cuando pasó a prestar servicio a tiempo parcial»²⁶; 3) si bien tenía un horario diferente, «percibía mayor salario y (...) dentro del desempeño de sus funciones entraba la realización de desplazamientos a diversos lugares de la zona»²⁷; 4) su beneficiaria, quien celebró el contrato con varias empresas en las cuales cesó, pretendía además percibir la prestación por desempleo²⁸, lo que pone de manifiesto otra intención (obtener mayores ingresos) muy distinta a la de cuidar a su hijo; 5) aceptó una ocupación en la cual «no se puede concluir, sin más, la existencia de una mejora en las condiciones de trabajo, que pueda implicar un cambio sustantivo con incidencia en la conciliación»²⁹ o, por no seguir, 6) que, aun haciendo uso de los mecanismos legales destinados a la conciliación de la vida y no poniendo la empresa ningún impedimento u obstáculo,

²¹ STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2012 (rec. núm. 5169/2012).

²² STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2008 (rec. núm. 4435/2008).

²³ SSTSJ de Cataluña de 27 de enero de 1994 (Sentencia núm. 431/1994), del País Vasco de 26 de octubre de 1999 (rec. núm. 1862/1999), de Andalucía/Sevilla de 16 de septiembre de 2008 (rec. núm. 191/2007) y de Madrid de 2 de diciembre de 2008 (rec. núm. 4435/2008).

²⁴ SSTSJ de Madrid de 27 de marzo de 2006 (rec. núm. 6086/2005), de 2 de diciembre de 2008 (rec. núm. 4435/2008) o de 19 de diciembre de 2012 (rec. núm. 5169/2012); en el mismo sentido, y añadiendo que la finalidad «no es la conservación del puesto (...) y la obtención de otros ingresos en empresa distinta», las SSTSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 29 de junio de 2011 (rec. núm. 1810/2010) y de 31 de enero de 2012 (rec. núm. 1532/2011).

²⁵ STSJ de Andalucía/Sevilla de 16 de septiembre de 2008 (rec. núm. 191/2007) y ATS de 8 de septiembre de 2009 (rec. núm. 4150/2008).

²⁶ STSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 29 de junio de 2011 (rec. núm. 1810/2010).

²⁷ STSJ de las Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 16 de marzo de 2012 (rec. núm. 914/2011).

²⁸ SSTSJ de Cataluña de 27 de enero de 1994 (Sentencia núm. 431/1994) y del País Vasco de 26 de octubre de 1999 (rec. núm. 1862/1999).

²⁹ Pues en la nueva empresa tenía «jornada completa, 39 horas semanales, prestadas de lunes a domingo, incluidos festivos, con el turno partido y sin horario flexible», STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2012 (rec. núm. 5169/2012).

finalmente «se acogió a un régimen ventajoso de excedencia a sabiendas de que (...) [no la iba a dedicar] a su fin legal, que era el cuidado del hijo menor»³⁰.

Ningún margen ha lugar, bajo esta idea, a alegaciones tales como que entonces «no existe la libertad de trabajo»³¹, o que «la actividad alternativa desplegada redundaría en interés del menor lo que legitimaría la excedencia peticionada»³², pues «si bien puede ser beneficioso para atender las necesidades materiales del menor (porque media salario), es evidente que no fomentan el vínculo materno-filial para el que están prevista la excedencia y la reducción de jornada»³³. En un supuesto que cabría categorizar como emblemático, el órgano judicial no duda en corregir con firmeza el pronunciamiento de instancia que había justificado la compatibilidad atendido esencialmente al «horario abierto de este último trabajo y su realización de lunes a viernes»³⁴, mientras en la primera empresa tenía fijada una jornada de 40 horas semanales de lunes a domingo con turnos rotatorios de mañana, tarde y noche. Lo que importa –afirma en su refutación– es que «desde el primer momento, y sin comunicarlo en ningún momento a la empresa, el recurrente la utilizó para una finalidad muy distinta», sin que conste tampoco que hubiere agotado otras posibilidades de conciliar su vida familiar y laboral respecto de la primera relación laboral, como hubieran sido las previstas en el convenio colectivo, a saber: libranza de dos días semanales durante sábado y domingo, turno de trabajo adaptado al horario de guardería y no trabajo en festivos.

Algunos convenios colectivos tampoco dejan mucho margen al juzgador cuando categóricamente sancionan el simple hecho de «realizar trabajos remunerados por cuenta ajena o habituales por cuenta propia»³⁵, ignorando –según apunta la doctrina– que ello supone restringir «en demasía la posible actividad del excedente, que bien pudiera compatibilizar la atención del menor con fórmulas de colaboración con algún medio, especialmente mediante el teletrabajo por cuenta propia, con flexibilidad horaria y sin sometimiento a una jornada laboral»³⁶, sobre todo teniendo en cuenta

³⁰ STSJ del País Vasco de 26 de febrero de 2008 (rec. núm. 3076/2007).

³¹ STSJ del País Vasco de 26 de octubre de 1999 (rec. núm. 1862/1999).

³² STSJ de Castilla y León/Valladolid de 8 de abril de 2013 (rec. núm. 378/2013).

³³ STSJ de Andalucía/Sevilla de 16 de septiembre de 2008 (rec. núm. 191/2007).

³⁴ STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2008 (rec. núm. 4435/2008).

³⁵ Artículo 45.2 del *Convenio Colectivo de Altcam Automotive, S.L. i Altcam Valls, S.L.U del centre de treball de Valls* (BOP de Tarragona núm. 365, de 19 de marzo de 2014), artículo 37 del *Convenio Colectivo de Ara Vinc, S.L.* (BOP de Barcelona núm. 22, de 3 de febrero de 2014), artículo 53 del *Convenio Colectivo de Industria, Tecnología y Servicios del Sector del Metal de la provincia de Valencia* (BOP de Valencia núm. 120, de 22 mayo 2013), artículo 39 del *Convenio Colectivo de Empresas de Comercio al Por Mayor e Importadores de Productos Químicos Industriales, Droguería, Perfumería y Afines* (BOE núm. 301, de 15 diciembre 2011) y artículo 36 del *Convenio Colectivo de Bosal España, S.A.* (BOP de Valencia, núm. 177, de 28 de julio de 2010).

³⁶ ARGÜELLES BLANCO, A. R.: «Excedencia por cuidado de hijos y otros familiares», en Argüelles Blanco, A. R.; Martínez Moreno, C. y Menéndez Sebastián, P.: *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares (Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva –2001-2002–)*, Madrid: CES, 2009, págs. 289.

el «desarrollo actual de las tecnologías y las telecomunicaciones (...[avances que]...) pueden ayudar a combatir el conflicto trabajo-familia y a fomentar el equilibrio entre ambas dimensiones»³⁷.

Partiendo de la incompatibilidad como regla o guía para esta corriente judicial, únicamente cabe dar cuenta de algunos ejemplos dentro de la misma que están dispuestos a admitir quiebras puntuales. Así se ha llegado a asentar, por un lado, que «admitirá excepciones en el caso de desempeño ocasional de trabajos de poca duración o a tiempo parcial con escasa dedicación horaria, pero, en tales supuestos, la carga de la prueba de que tal trabajo o dedicación tiene esa naturaleza marginal corresponde al trabajador que lo alegue»³⁸, conforme ocurriría si la actividad ha lugar únicamente «en los periodos de vacaciones de verano y Navidad»³⁹; por otro –y lógicamente–, «si la ocupación fuese anterior y la dedicación a la misma se mantuviera en términos semejantes, puesto que nada impide a quien tiene diversas ocupaciones el renunciar temporalmente a una, por la vía de la excedencia, para liberar un tiempo necesario para el cuidado»⁴⁰.

Mención aparte merecen las situaciones de cuanto cabría calificar como «encabalgamiento» de vías o fórmulas laborales para dispensar la atención que precisan los hijos o familiares, pudiendo mencionar varios supuestos capaces de ilustrar y confirmar la construcción de esta tesis. De este modo, se considera reprochable la actuación de quien, habiendo «solicitado (y concedido por la empresa) el reingreso tras excedencia voluntaria –en cuya situación se encontraba prestando servicios para otra empresa–, interesa simultáneamente que se le reconociera excedencia para el cuidado de su hija, pretendiendo compatibilizar esta excedencia con la continuidad de su prestación de servicios (...) para la otra empresa»⁴¹; o la del que, «tras haber agotado el disfrute de la licencia de maternidad, lactancia y vacaciones, y debiendo reincorporarse a su puesto de trabajo (...), interesó a la empresa, mediante escrito (...) que le fuera reconocida excedencia voluntaria para cuidado de hijo (...), informando (en ese momento a la Directora del centro) que pedía la excedencia para seguir trabajando en otra empresa»⁴²; en fin, la conducta de aquel que, ante la obligación de reincorporarse tras haber permanecido en diferentes situaciones con el contrato

³⁷ PINO TORRES, N.: «El impacto del conflicto trabajo-familia en la salud mental y física de los trabajadores», *RTSS. CEF*, núm. 289, 1995, pág. 155.

³⁸ Frente a la presunción generada por la situación de alta en el sistema de Seguridad Social, *STSJ de Castilla y León/Valladolid de 30 de octubre de 2013 (rec. núm. 1633/2013)*.

³⁹ *ATS de 8 de junio de 2010 (rec. núm. 230/2010)*. Con más razón, si no se trata de un trabajo sino de una actividad formativa y «el trabajador no oculta la posibilidad de realizar un curso o periodo de formación especializada compatible con el cuidado de su hijo (...) [por cuanto no,] cabe presumir, como hace la recurrente, que tal actividad formativa resulte incompatible con el cuidado de su hijo menor, para llegar a la conclusión, manifiestamente gratuita, de que el actor al solicitar la especial excedencia actuó de forma maliciosa, torticera o abusiva porque en realidad no persigue el fin para el que solicita el disfrute del derecho en cuestión», *STSJ de Castilla y León/Valladolid de 19 de abril de 2010 (rec. núm. 498/2010)*.

⁴⁰ *STSJ de Castilla y León/Valladolid de 30 de octubre de 2013 (rec. núm. 1633/2013)*.

⁴¹ *STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2006 (rec. núm. 6086/2005)*.

⁴² *STSJ de Castilla y León/Valladolid de 8 de abril de 2013 (rec. núm. 378/2013)*.

en suspenso (tres años en excedencia por cuidado de hijo, cinco años en excedencia voluntaria y uno final en situación de permiso sin retribución), y por lo menos en el último año prestando servicios para otra Administración, «en lugar de hacerlo a jornada completa, lo hace a media jornada con el pretexto de la conciliación, pese a constarle que iba a hacer (también) una jornada completa»⁴³ en esa segunda entidad.

Ante cualquiera de los supuestos anteriores, la respuesta es idéntica: fraude de ley. Con ello confirman cuanto ya sentaron con carácter general: «si ya en la empresa en la que venía trabajando podía perfectamente conciliar (...), carece de todo fundamento el pretender este tipo de excedencia en otra empresa (...), pues entonces la única finalidad a que serviría esa excedencia sería la conservación de un segundo puesto de trabajo, con lo que se incurriría en abuso de derecho (art. 7.2 CC), pues se sobrepasan manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho con perjuicio para tercero»⁴⁴. Más aún, si la intención no era realmente cuidar de sus hijos, sino cualquier otra, tendría que haber solicitado una excedencia voluntaria común y ordinaria (art. 46.2 ET)⁴⁵, pues su configuración legal «no impone limitaciones al trabajo en distinta empresa, pero correlativamente también el contenido del derecho es mucho más restringido para el trabajador»⁴⁶; o eso, o, «si tenía intención de compatibilizar dos trabajos, debería haber pactado con la empresa una reducción de jornada y la conversión temporal de su contrato a tiempo parcial, pero no utilizar los derechos que la ley le reconoce para una finalidad distinta para la que fueron concebidos»⁴⁷.

El discurso se completa considerando «obvio que el legislador ha querido asegurar un efecto diferencial, o un verdadero plus, consustancial solo a determinado subtipo de excedencias»⁴⁸, donde «concurren causas específicas y cualificadas de impedimento, incompatibilidad o dificultad de trabajar»⁴⁹. Su régimen ventajoso, por tanto, no puede extenderse («por la distinta valoración

⁴³ STSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 31 de enero de 2012 (rec. núm. 1532/2011), declarando el juzgador que «estamos en presencia, no de una excedencia, pero sí de una reducción de jornada, que obedece a la misma causa, a saber: facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar».

⁴⁴ STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2006 (rec. núm. 6086/2005).

⁴⁵ De esta opinión, DILLA CATALÁ, M. J.: «La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos tras la Ley 4/1995, de 23 de marzo», cit., pág. 695; en contra BALLESTER PASTOR, M. A.: «Las excedencias familiares: La larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos», *Tribuna Social*, núms. 68-69, 1996, pág. 26.

⁴⁶ SSTSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 29 de junio de 2011 (rec. núm. 1810/2010) y de 31 de enero de 2012 (rec. núm. 1532/2011).

⁴⁷ STSJ de Andalucía/Sevilla de 16 de septiembre de 2008 (rec. núm. 191/2007).

⁴⁸ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J. R.: «Nueva regulación de la excedencia por razón de cuidado de hijo», *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1995, pág. 1.218.

⁴⁹ SSTs de 25 de octubre de 2000 (rec. núm. 3606/1998), de 14 de febrero de 2006 (rec. núm. 4799/2004) o de 15 de marzo de 2013 (rec. núm. 1639/2012).

que merecen los intereses en juego en uno y otro caso)»⁵⁰ «a quien, amparándose en la excedencia por cuidado de hijos, inicia una nueva actividad productiva con dedicación y habitualidad, puesto que, en ese caso, la causa de su apartamiento de la empresa ya no es la dedicación al cuidado de los hijos, sino la realización de esta otra actividad productiva»⁵¹, y «el interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario, muy digno de consideración, pero que, de acuerdo con el criterio del legislador, no justifica conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya o del propio interés de la empresa»⁵².

2.2. LA PLENA COMPATIBILIDAD A PRIORI ENTRE LA EXCEDENCIA DEL ARTÍCULO 46.3 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y EL TRABAJO POR CUENTA AJENA O PROPIA

Frontalmente contrapuesta a la opinión anterior es la de cuantos órganos judiciales, ya sea proclamando nulo o improcedente el despido efectuado, ya nula y sin efectos la sanción impuesta, defienden la plena posibilidad de compatibilizar la excedencia por cuidado de hijos con otra actividad laboral⁵³ cuando esa nueva ocupación ofrezca al trabajador mayores y mejores facultades para conciliar intereses personales y profesionales.

Parten, en su razonamiento, de cinco factores clave: 1) «la suspensión del contrato de trabajo que provoca la excedencia no implica la pervivencia de un deber ilimitado de fidelidad»⁵⁴; 2) quien la solicita no sufre, durante ese tiempo, ninguna incapacitación para el trabajo como podría ser evidente –más cuando media subsidio– en los supuestos de suspensión por maternidad⁵⁵ o de incapacidades laborales⁵⁶; 3) la excedencia por cuidado de hijos «no impone la obligación

⁵⁰ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Art. 46. Excedencias», en AA. VV. (De La Villa Gil, L. E., dir.): *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Madrid: Iustel, 2011, pág. 816.

⁵¹ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 30 de octubre de 2013 (rec. núm. 1633/2013).

⁵² SSTS de 25 de octubre de 2000 (rec. núm. 3606/1998), de 14 de febrero de 2006 (rec. núm. 4799/2004) o 15 marzo 2013 (rec. núm. 1639/2012).

⁵³ «El mero hecho de trabajar durante la excedencia para el cuidado de un hijo para otra empresa no supone la existencia de un despido procedente», STSJ de Murcia de 27 de diciembre de 2010 (rec. núm. 586/2010).

⁵⁴ Consideración del Sr. magistrado don Florentino Eguaras Mendiri en el voto particular a la STSJ del País Vasco de 1 de marzo de 2011 (rec. núm. 278/2011).

⁵⁵ Declarando la pérdida de la prestación, SSTSJ de Castilla-La Mancha de 26 de febrero de 2001 (rec. núm. 152/2000) o Cataluña de 18 de diciembre de 2013 (rec. núm. 4608/2013); en contra, y considerando que constituye un despido improcedente, STSJ de Castilla y León/Valladolid de 26 de enero de 1993 (rec. núm. 2793/1992).

⁵⁶ Aunque no sea una cuestión pacífica, siendo causa justa de despido, SSTSJ de Andalucía/Málaga de 9 de septiembre de 2004 (rec. núm. 1301/2004), de Cataluña de 5 de mayo de 2005 (rec. núm. 1865/2005) o de las Islas Baleares de 17 de octubre de 2008 (rec. núm. 338/2008); en sentido opuesto, declarando la improcedencia SSTSJ de Castilla y León de 25 de septiembre de 2006 (rec. núm. 1443/2006), de Cataluña de 9 de noviembre de 2009 (rec. núm. 109/2009) o de Galicia de 21 de enero de 2011 (rec. núm. 4394/2010).

del excedente de abstenerse de prestar servicios en la misma o en distinta actividad para otro empleador»⁵⁷; 4) «la libertad del trabajador, normalmente la mujer, que decide solicitarla (...) está fuera de toda duda, gozando del derecho a trabajar en otro empleo»⁵⁸; y 5) el empresario carece de «la potestad de decidir cómo y cuándo debe cuidar de su hijo»⁵⁹.

A resultas de tal sumatorio, y desagregando sus elementos, sería «totalmente lícito compatibilizar el disfrute de la excedencia por cuidado de hijo con el desempeño de cualquier trabajo»⁶⁰, pues el interesado «se encuentra con un derecho superior que le afecta y le protege, y este es el que precisa el art. 35 CE (...), de manera concreta y específica el de acceder al mercado de trabajo, realizar otras actividades o fomentar su promoción profesional, por cualquier cauce»⁶¹, máxime cuando «en el contrato de trabajo no se contenía pauta alguna en materia de exclusividad o de plena dedicación (y su inherente) compensación tendente a retribuir la renuncia al real o potencial beneficio económico susceptible de obtenerse del desarrollo de otras actividades profesionales, así como a retribuir la limitación del derecho a la libertad de trabajo»⁶². En definitiva, «la empresa no se halla facultada para supeditar su concesión al cumplimiento de determinadas condiciones por el trabajador, y si (...) se tratara de imponer algún límite que exceda de los propios límites legales, habrá que tenerlo por no puesto al tratarse de un derecho irrenunciable para el trabajador "ex" art. 3.5 ET»⁶³.

De este modo, cabrá constatar cómo «la única condición legalmente impuesta está íntimamente relacionada con el [contenido] propio de la figura, esto es, la atención y el cuidado»⁶⁴, finalidad que en ningún caso supone «apartar al trabajador de la vida laboral, sino, por el contrario, hacerlos compatibles, evitando que ningún trabajador tenga que abandonar el ámbito profesional por causa familiar»⁶⁵. En este sentido, el objetivo primordial «puede cumplirse si la prestación

⁵⁷ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17 de octubre de 2012 (rec. núm. 1468/2012) o cuanto es lo mismo, «no existe una especial obligación de no trabajar», SSTSJ de Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2011 (rec. núm. 3/2011).

⁵⁸ SSTSJ de Madrid de 15 de abril de 2009 (rec. núm. 1290/2009) y de 6 de octubre de 2011 (rec. núm. 824/2011).

⁵⁹ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17 de octubre de 2012 (rec. núm. 1468/2012).

⁶⁰ POQUET CATALÁ, R.: «Excedencia por razones familiares: Régimen jurídico y puntos críticos», *AS*, núm. 8, 2012, pág. 157.

⁶¹ Consideración del Sr. magistrado don Florentino Eguaras Mendiri en el voto particular a la STSJ del País Vasco de 1 de marzo de 2011 (rec. núm. 278/2011).

⁶² STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17 de octubre de 2012 (rec. núm. 1468/2012), sugiriendo, además, que «no cabría perder de vista que el apartado 3 del artículo 21 del Estatuto otorga al trabajador la facultad de rescindir el pacto de plena dedicación y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo o por cuenta propia».

⁶³ STSJ de Cantabria de 12 de julio de 2006 (rec. núm. 580/2006).

⁶⁴ SSTSJ de Madrid de 15 de abril de 2009 (rec. núm. 1290/2009) y de 6 de octubre de 2011 (rec. núm. 824/2011).

⁶⁵ STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2007 (rec. núm. 8852/2006).

del trabajo permite compatibilizar la vida familiar y laboral»⁶⁶, al reunir ese nuevo empleo⁶⁷ las circunstancias y condiciones apropiadas, como, por ejemplo (y acudiendo al literal de las sentencias): 1) podía «realizarlo (...) [desde] casa (...), no siendo necesaria su asistencia diaria a la oficina, reuniéndose cada tres o cuatro días con su superior jerárquico y con libertad de horario»⁶⁸; 2) «disponía de un horario solo de mañanas y mejor salario proporcional»⁶⁹; 3) «su jornada laboral se desarrollaba durante solo dos días a la semana»⁷⁰; 4) el horario «era coincidente con el de la guardería»⁷¹; 6) «dicha actividad era eventual y a media jornada»⁷²; 7) únicamente duró un mes y, ello, tras haber instado la solicitud de reingreso a la empresa, quien manifestó la imposibilidad hasta que no finalizara el periodo acordado de cuatro meses⁷³ 8) «solo se produjo en los periodos de vacaciones de verano y Navidad»⁷⁴; 9) máxime cuando el trabajador «manifestó sus preferencias [para conciliar], si bien no le ofrecieron ninguna plaza por estar todas cubiertas (...), llegaba a estar 15 horas diarias con dos o tres pernотaciones a la semana fuera de casa, mientras que en la otra empresa realizaba un horario desde las 6 hasta las 16 horas de lunes a viernes»; 10) «solicitó de la empresa una reducción de jornada, proponiéndole un cambio del turno de tarde al turno de mañana, no accediendo la empresa, que sólo le reconoció el derecho a una reducción de la jornada en una hora y seis minutos, (mientras que la nueva empleadora sí le respetó el horario propuesto –jornada de mañana–)»⁷⁵; o, por no hacer más largo el elenco, 11) en tanto existían «otras razones, tales como la cercanía al centro de trabajo desde su domicilio o la flexibilidad en el empleo»⁷⁶ que desde un punto de vista razonable y objetivo permitían, de alguna forma, un mejor cuidado del hijo.

De este modo, se hace frente a dos presunciones que parecían amparar de manera automática la tesis precedente. En primer lugar, «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, (...) [en tanto] a veces una pequeña mejora en las condiciones de trabajo puede implicar

⁶⁶ SSTSJ de Madrid de 15 de abril de 2009 (rec. núm. 1290/2009) y de 6 de octubre de 2011 (rec. núm. 824/2011).

⁶⁷ O, en su caso, curso de formación, STSJ de Castilla y León/Valladolid de 19 de abril de 2010 (rec. núm. 498/2010).

⁶⁸ STSJ de Madrid de 21 de enero de 2003 (rec. núm. 4347/2002).

⁶⁹ STSJ de Navarra de 26 de octubre de 2010 (rec. núm. 213/2009).

⁷⁰ STSJ de Andalucía/Sevilla de 16 de octubre de 2013 (rec. núm. 1489/2012).

⁷¹ STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2011 (rec. núm. 3/2011).

⁷² STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17 de octubre de 2012 (rec. núm. 1468/2012).

⁷³ STSJ de Murcia de 27 de diciembre de 2010 (rec. núm. 586/2010).

⁷⁴ ATS de 8 de junio de 2010 (rec. núm. 230/2010).

⁷⁵ STSJ de Andalucía/ Sevilla de 22 de febrero de 2012 (rec. núm. 1279/2011).

⁷⁶ SSTSJ de Andalucía/Sevilla de 22 de febrero de 2012 (rec. núm. 1279/2011) y de 16 de octubre de 2013 (rec. núm. 1489/2012).

un cambio sustantivo para la conciliación vida-trabajo»⁷⁷; además, que «no sólo ha de tenerse en cuenta el horario de trabajo, pues pueden jugar otras condiciones laborales»⁷⁸ (que «sólo al actor le corresponde valorar») ⁷⁹ capaces de llevar una «mayor compatibilidad entre los deberes impuestos por la patria potestad y el derecho/deber a trabajar»⁸⁰. Por tanto, en ningún caso cabe llegar a la conclusión, «manifiestamente gratuita, de que (...) actuó de forma maliciosa, torticera o abusiva, porque en realidad no persigue el fin para el que solicita el disfrute del derecho en cuestión»⁸¹, al «aceptar un empleo que, objetivamente, facilitaba en ciertos aspectos la conciliación de su deseo legítimo de trabajar y atender a su familia, sin ser excluido del mercado laboral y de la posibilidad de obtener unos ingresos, que también contribuyen al cuidado que se trata de preservar»⁸².

En segundo término, y como secuencia natural de lo anterior, cabrá seguir que «la decisión de cómo se debe atender al hijo corresponde únicamente al padre o madre»⁸³, pues, «ni legal ni judicialmente [está en disposición de] decidir cómo la mujer trabajadora (en la inmensa mayoría de los casos) debe atender al hijo, decidiendo por ella en qué momentos del día y cómo debe cuidar a su hijo o estar disponible para él, o si debe acudir a la figura de la reducción de jornada o de la excedencia (ordinaria)»⁸⁴. Sale así al paso de cuanto suele ser invocado por el empleador cuando «apela [a] un argumento, no solo absolutamente subjetivo de lo que considera debe ser la finalidad de este tipo de excedencia, o de lo que resulta más o menos conveniente para la trabajadora (...), sino que, además, dicho argumento resulta contrario a las reglas de la lógica y de la experiencia»⁸⁵ y, de generalizarse, constituiría «una especie de disciplina social en virtud de la cual se controla el comportamiento de la persona, lo cual es especialmente grave cuando el control incide, de hecho, en el colectivo femenino»⁸⁶.

Desmentidos los dos pilares sobre los cuales se asentaba la lógica de la construcción clásica, se asientan justamente los dos contrarios. Por una parte, «hay que presumir que los derechos se

⁷⁷ STSJ de Madrid de 15 de abril de 2009 (rec. núm. 1290/2009).

⁷⁸ ATS de 13 de enero de 2011 (rec. núm. 2291/2010).

⁷⁹ ATS de 13 de enero de 2011 (rec. núm. 2291/2010) o SSTSJ de Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2011 (rec. núm. 3/2011), Andalucía/Sevilla de 22 de febrero de 2012 (rec. núm. 1279/2011) y de 16 de octubre de 2013 (rec. núm. 1489/2012).

⁸⁰ Voto particular del Sr. magistrado Segalés Fidalgo, J. a la STSJ del País Vasco de 26 de febrero de 2008 (rec. núm. 3076/2007).

⁸¹ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 19 de abril de 2010 (rec. núm. 498/2010).

⁸² STSJ de Madrid de 15 de abril de 2009 (rec. núm. 1290/2009).

⁸³ STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2011 (rec. núm. 3/2011).

⁸⁴ SSTSJ de Madrid de 15 de abril de 2009 (rec. núm. 1290/2009) y de 6 de octubre de 2011 (rec. núm. 824/2011).

⁸⁵ STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2011 (rec. núm. 3/2011).

⁸⁶ SSTSJ de Madrid de 15 de abril de 2009 (rec. núm. 1290/2009) y de 6 de octubre de 2011 (rec. núm. 824/2011) o STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2011 (rec. núm. 3/2011).

ejercitan de buena fe»⁸⁷ (y en gran parte de las ocasiones los órganos judiciales van a asumir que «no existe prueba ni directa ni indirecta del fraude de ley alegado»⁸⁸ y, tampoco, «razón alguna para denegarle el derecho a la reserva del puesto ni para afirmar que incumplió deber alguno legalmente impuesto»⁸⁹, por tanto, que «la transgresión (...) debe ser demostrada por la empresa; por ejemplo, porque no existiera la hija por la que se pide la excedencia, o que no conviviera con el trabajador»⁹⁰, o porque se hubiere producido el fallecimiento del familiar para cuyo cuidado se instó la excedencia al poco tiempo de dicha solicitud, sin haberse efectuado en ese momento la petición de reincorporación a su puesto de trabajo⁹¹, pues no hay que olvidar que el beneficio «sigue siendo causal (...) y en ese momento (de infortunio) se extinguiría el derecho a su disfrute»⁹².

Por otra, se invierten los intereses a tutelar, pues frente a la preferencia de las necesidades de organización empresarial, parecen llamadas a prevalecer las circunstancias personales y familiares del interesado. Línea defendida por algunos autores y órganos judiciales⁹³, quienes entienden «totalmente lícito compatibilizar el disfrute de la excedencia por cuidado de hijo con el desempeño de cualquier trabajo»⁹⁴, si el nuevo empleo le permite, a diferencia del anterior, conciliar mejor la vida laboral y familiar, incluido –por supuesto– cuando «le suponga un nivel de estrés menor»⁹⁵.

⁸⁷ STSJ de Madrid de 15 de abril de 2009 (rec. núm. 1290/2009).

⁸⁸ STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2011 (rec. núm. 3/2011).

⁸⁹ STSJ de Madrid de 15 de abril de 2009 (rec. núm. 1290/2009).

⁹⁰ STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2007 (rec. núm. 8852/2006).

⁹¹ En sentido contrario, procede destacar el tenor de la STSJ de Cantabria de 28 de noviembre de 2001 (rec. núm. 921/2001), la cual otorga la razón al empleado, pues este «actuó en la creencia de que su situación de excedencia se prolongaba, no obstante el fallecimiento de su familiar, a lo largo del plazo de un año fijado en su concesión»; y, en todo caso, «la baja voluntaria del trabajador requiere su consentimiento claro e inequívoco, es decir, su voluntad consciente, deliberada, clara y terminante de no incorporarse al trabajo». En un supuesto idéntico, la STSJ de Madrid de 6 de octubre de 2011 (rec. núm. 824/2011), confirmando la opinión manifestada en el texto, desestima la pretensión del trabajador, quien solicitó con diligencia la reincorporación, en cuanto, con independencia de que la causante falleciera y «de que el actor trabajara (en otra empresa durante la excedencia) y siguiera trabajando a la fecha de la sentencia de instancia, no puede solicitarse el reingreso en la empresa antes de que se cumpla el plazo (excedente) que le fue concedido», en tanto «una vez concedida la excedencia por el periodo solicitado, (la empresa) tiene derecho a poder organizar sus propios intereses en función del periodo por el que el trabajador optó, y ese derecho quebraría si tuviera que someterse a variaciones ulteriores unilateralmente decididas por el trabajador excedente».

⁹² GONZÁLEZ VELASCO, J.: «La excedencia para atender el cuidado de los hijos y la Ley 3/1989, de 3 de marzo», *AL*, núm. 2, 1989, pág. 272.

⁹³ Asumiendo que la excedencia «permite compatibilizar perfectamente la vida familiar y laboral», STSJ de Madrid de 21 de enero de 2003 (rec. núm. 4347/2002).

⁹⁴ POQUET CATALÁ, R.: «Excedencia por razones familiares: Régimen jurídico y puntos críticos», *op. cit.*, pág. 157.

⁹⁵ BALLESTER PASTOR, M. A.: «Las excedencias familiares: La larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos», *op. cit.*, pág. 26.

Llegados a este punto, un dilema divide a quienes afirman la compatibilidad entre excedencia por cuidado de hijos y trabajo. Para algunos procederá indagar en el contenido de la nueva actividad en orden a constatar si existe o no un verdadero ejercicio del derecho de conciliación, y así se sienta, por ejemplo, que solo si y cuando «no consta ninguna facilidad añadida en relación con el otro empleo, objetivamente acreditada (...), obvio es que hay que dar la razón a la empresa que otorga la excedencia, pues la misma asume importantes obligaciones [«soporta el efecto distorsionante que supone la reserva del puesto en la actividad productiva y el coste económico de la misma al computar a efectos de antigüedad –entre otros factores económicamente evaluables–»]⁹⁶ o «la necesidad de incorporar un trabajador sustituto, que habrá de cesar, a su vez, cuando el excedente se reincorpore»]⁹⁷ y su interés es igualmente digno de protección»⁹⁸; o, en una segunda muestra, cabría «examinar si las nuevas condiciones de trabajo facilitan en cierta medida el cuidado del hijo, [sin poder alegar o] quedarse en la mera apariencia de la atención directa [y personal] del menor»⁹⁹.

Para otros, sin embargo, tal actividad de comprobación quedaría vedada, pues ello no únicamente «supondría la necesidad de indagar en qué invierte el tiempo el excedente»¹⁰⁰, también llevaría a «incrementar las desigualdades de género y de clase»¹⁰¹, no en vano, de un lado, «afectan generalmente al colectivo femenino, con la carga de discriminación que ello comporta»¹⁰²; de otro, «se privaría al trabajador/a de la posibilidad de obtener ingresos, los cuales, obviamente [se repite], también contribuyen al cuidado del menor y a subvenir sus necesidades [y, de igual forma], de aceptarse una prohibición total, se primaría solo a los trabajadores más acomodados y a aquellos que, incluso sin trabajar, pueden acudir a una atención delegada bien contratada, bien a través de otro familiar, aunque formalmente y de cara a la empresa, aparezca como una atención directa»¹⁰³; es decir, y en este último extremo, representa únicamente «un apoyo a la conciliación en el caso de aquellos trabajadores que ya disponen de una buena posición en el mercado

⁹⁶ TORTUERO PLAZA, J. L.: «Las excedencias», *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 972.

⁹⁷ Alusión efectuada –pero sirve, *mutatis mutandis*, el razonamiento– respecto de una excedencia voluntaria convencional con reserva de puesto, STS de 5 de diciembre de 1989 (Sentencia núm. 7045/1989).

⁹⁸ *STSJ de Madrid de 15 de abril de 2009 (rec. núm. 1290/2009)*.

⁹⁹ Véase nota anterior.

¹⁰⁰ BALLESTER PASTOR, M. A.: «Las excedencias familiares: La larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos», *op. cit.*, pág. 26.

¹⁰¹ Informe de la subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad para el estudio de la Racionalización de Horarios, la Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral y la Corresponsabilidad (BOCG Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 330, de 26 septiembre 2013, pág. 37).

¹⁰² *STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2011 (rec. núm. 3/2011)*.

¹⁰³ *STSJ de Madrid de 15 de abril de 2009 (rec. núm. 1290/2009)* y de *6 de octubre de 2011 (rec. núm. 824/2011)*.

de trabajo, en especial con altos niveles educativos y con estabilidad laboral»¹⁰⁴ imprescindible para permitirse el disfrute de este tipo de licencias.

A este último respecto, «la (presunta) racionalidad en el ejercicio vendrá determinada por la pérdida de salario inherente a la excedencia (...) y a las posibilidades económicas de los titulares del derecho y de los causantes»¹⁰⁵. «Precisamente en periodos en que se incrementan los gastos»¹⁰⁶ («no paliado[s] ni por la negociación colectiva ni por el sistema de protección social») ¹⁰⁷, el hecho de que el empleado compatibilice ese cuidado con un nuevo empleo en otra empresa, o el autoempleo, que le permita seguir manteniendo una renta y al tiempo dispensar la atención, «no desvirtúa la finalidad primordial pretendida por el legislador»¹⁰⁸; a sus resultas, «no tiene por qué ser leída extramuros de la legítima finalidad de acrecer los recursos económicos necesarios para procurar la digna subsistencia de la trabajadora y del grupo con el que pudiere estar vinculada»¹⁰⁹, pues «no cabe obligar a la inactividad, lo que sería antisocial, e inhumano, porque se le colocaría en la disyuntiva de pasar hambre o de hacer abandono del empleo»¹¹⁰. Convince a quien suscribe esta última interpretación, «claramente orientada por el primado del derecho-principio constitucional de favor hacia la conciliación de la vida laboral y familiar, que (...) promueve la existencia de espacios de autodeterminación del trabajador conciliador y la continuidad en el empleo»¹¹¹; sin embargo, no quiere decir que no existan límites (y ello «aunque no fuera posible detectar ningún beneficio siquiera indirecto en el menor con el desarrollo de un trabajo por el trabajador/a excedente») ¹¹², más estos no habrán de quedar situados en el desarrollo de otra actividad, sino «en la concurrencia o competencia prohibida por los artículos 5 d) y 20. 2 ET»¹¹³.

¹⁰⁴ Informe de la subcomisión creada en el seno de la Comisión de Igualdad para el estudio de la Racionalización de Horarios, la Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral y la Corresponsabilidad (BOCG Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 330, de 26 septiembre 2013, págs. 37 y 67).

¹⁰⁵ TORTUERO PLAZA, J. L.: «Las excedencias», *op. cit.*, pág. 972.

¹⁰⁶ STSJ de Cataluña de 22 de marzo de 2007 (rec. núm. 8852/2006).

¹⁰⁷ LAHERA FORTEZA, J. y GARCÍA QUIÑONES, J. C.: *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Albacete: Bomarzo, 2008, págs. 114.

¹⁰⁸ POQUET CATALÁ, R.: «Excedencia por razones familiares: Régimen jurídico y puntos críticos», *op. cit.*, pág. 157.

¹⁰⁹ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17 de octubre de 2012 (rec. núm. 1468/2012).

¹¹⁰ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica y supuestos legales*, Albacete: Bomarzo, 2007, págs. 125, cita 281.

¹¹¹ MORENO PÉREZ, J. M.: «¿Los hombres pueden cuidar a los hijos y, simultáneamente, trabajar para otra empresa en situación de excedencia pero las mujeres no, o menos?», *RTSS.CEF*, núm. 372, 2014, pág. 166.

¹¹² BALLESTER PASTOR, M. A.: «Las excedencias familiares: La larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos», *op. cit.*, pág. 26.

¹¹³ ROJAS RIVERO, G. P.: «El derecho a la excedencia por cuidado de hijo», *TS.*, núm. 61, 1996, pág. 72. Misma opinión, «ante el silencio de la ley», en PÉREZ ALONSO, M. A.: *La excedencia laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pág. 68.

2.3. LA CONCURRENCIA DESLEAL COMO LÍMITE

Introducir como elemento nuevo en el discurso la cuestión relativa a la competencia desleal durante el disfrute de una excedencia por cuidado de hijos y/o familiares supone arrastrar, en gran medida, cuanto ha servido como fundamento para proclamar la compatibilidad o no de este singular instituto con la actividad profesional.

De este modo, para cuantos mantienen que existe una radical incompatibilidad la respuesta es sencilla, en cuanto les permite constatar una doble transgresión de la buena fe contractual: primero, porque al negar la posibilidad de cualquier prestación de servicios durante esta situación, constatarán, además, el «empleo totalmente desviado que el trabajador hizo de su derecho (...) [acogiéndose] a un régimen ventajoso de excedencia (...) a sabiendas de que (...) [no la iba a dedicar] a su fin legal»¹¹⁴, «sino para una finalidad muy distinta»¹¹⁵; pero –y es lo relevante ahora– añadirán como refuerzo que el trabajador aprovechó la oportunidad para ponerse a trabajar para otra empresa que era, «además, de la competencia»¹¹⁶.

Huelga mayor comentario, pues la competencia desleal en tales razonamientos poco añade a una conclusión que ya venía dada, si acaso se convierte en el ingrediente que sirve para reafirmar dicha posición.

Mayor interés presentan cuantos otros enfocan la cuestión partiendo de que «la concesión de [esta] excedencia no aparece condicionada a ninguna especial obligación en un sentido limitativo de una futura actividad laboral, siendo la única condición la legalmente impuesta de ser su fin el cuidado de los hijos menores»¹¹⁷; recuerdan, no obstante, cómo la misma «no es un derecho absoluto»¹¹⁸. Indudablemente, y desde este plano, «la pervivencia del vínculo jurídico que la excedencia examinada supone determina, a su vez, que el derecho a la misma deba necesariamente cohonestarse con otros derechos (...) y deberes»¹¹⁹.

¹¹⁴ STSJ del País Vasco de 26 de febrero de 2008 (rec. núm. 3076/2007).

¹¹⁵ STSJ de Cantabria de 12 de julio de 2006 (rec. núm. 580/2006).

¹¹⁶ STSJ del País Vasco de 26 de febrero de 2008 (rec. núm. 3076/2007), aunque discrepando de su parecer se alza el voto particular del Sr. magistrado Segalés Fidalgo, J., al afirmar que «no se ha probado ni en la instancia ni en suplicación ese comportamiento desleal».

¹¹⁷ STSJ de Madrid de 21 de enero de 2003 (rec. núm. 4347/2002).

¹¹⁸ SSTSJ de Cantabria de 12 de julio de 2006 (rec. núm. 580/2006), de Madrid de 2 de diciembre de 2008 (rec. núm. 4435/2008) y de Cataluña de 14 de enero de 2013 (rec. núm. 7347/2011).

¹¹⁹ STSJ de Madrid de 21 de enero de 2003 (rec. núm. 4347/2002).

Por ello, sin negar nunca la «legalidad del pluriempleo»¹²⁰, así como el hecho de que «nada impide al trabajador, [(...) que se encuentra excedente] concertar un nuevo nexo contractual y trabajar para otras empresas durante el lapso temporal en que tiene suspendida la primera relación»¹²¹, entienden necesario analizar el límite esencial dado por el artículo 5 d) del ET, que «opera como en forma de prohibición legal, esto es, no precisa de cláusula contractual o norma convencional»¹²².

Nada empece, pese a tal proyección normativa directa, que los convenios (o el propio contrato de trabajo) traten de aquilatar el concepto de competencia desleal precisamente en relación con la excedencia (lo cual no es necesario siquiera cuando ya establecen como punto de partida las consecuencias negativas para el interesado que se derivaran con tan solo trabajar), casi siempre para establecer límites a esta última. Una primera aproximación a su contenido proporciona muestras como aquellas en las cuales se subraya que «en ningún caso (...) se podrá solicitar excedencia para incorporarse a prestar servicios en entidades semejantes»¹²³; si así fuere («utilizarse para trabajar en otra actividad idéntica o similar a la de la empresa de origen») ¹²⁴, la concesión será «plenamente discrecional»¹²⁵. En otros se requiere como condición indispensable para su concesión un compromiso formal de que durante el tiempo en esta situación «el trabajador/a no se va a dedicar a la misma actividad de la empresa que la concedió, ni por cuenta propia, ni por cuenta ajena»¹²⁶, con variaciones del término «misma actividad»¹²⁷ que pueden venir referidos a

¹²⁰ STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de marzo de 2001 (rec. núm. 278/2001).

¹²¹ STSJ de Cantabria de 12 de julio de 2006 (rec. núm. 580/2006).

¹²² STSJ del País Vasco de 1 de marzo de 2011 (rec. núm. 278/2011).

¹²³ Artículo 43 del [Convenio Colectivo de Residencias Privadas de la Tercera Edad de la Comunidad Autónoma de Galicia](#) (DOG núm. 227, de 27 noviembre 2013).

¹²⁴ Artículo 39 del [Convenio Colectivo de Empresas de Publicidad](#) (BOE núm. 48, de 24 de febrero de 2010), artículo 8.5 del [Convenio Colectivo de Meadwestvaco Embalaje S.L.](#), Vizcaya (BOP de Bizkaia núm. 8, de 11 de enero de 2013) o artículo 10.6 del [Convenio Colectivo Estatal para la Industria Fotográfica](#) (BOE núm. 303, de 19 de diciembre 2013).

¹²⁵ Artículo 29 del [Convenio Colectivo de Ediciones El País, S.L.](#) (BOE núm. 29, de 3 de febrero de 2012), artículo 25 del [Convenio Colectivo de Editora de Medios de Castilla y León, S.A.](#) (BOCyL núm. 136, de 16 de julio de 2010) y artículo 22.1 del [VIII Convenio Colectivo del Diario AS, S.L.](#) (BOE núm. 168, de 12 de julio de 2010).

¹²⁶ Artículo 18 del [Convenio Colectivo de Peluquerías de Señoras, Caballeros, Unisex y Belleza de la Comunidad Autónoma de Galicia](#) (DO Galicia núm. 140, de 21 de julio de 2011), artículo 16 del [Convenio Colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas](#) (BOE núm. 22, de 26 enero 2012), artículo 13 del [Convenio Colectivo de Philips Ibérica, S.A.U.](#) (BOE núm. 112, de 8 de mayo de 2014) y artículo 33 del [Convenio Colectivo Almendra y Miel, S.A.](#) (BOP de Alicante núm. 102, de 29 de mayo de 2014).

¹²⁷ Artículo 47 del [Convenio Colectivo de Construcción y Obras Públicas de Albacete](#) (BOP de Albacete núm. 38, de 2 de abril de 2014).

«idéntica o similar actividad»¹²⁸, «del sector»¹²⁹ o «que impliquen competencia»¹³⁰, y ello aunque fuere «de forma parcial o temporal»¹³¹. En ocasiones su régimen jurídico no distingue entre las distintas especies de excedencia¹³² o, cuando sí lo hacen, la condición limitativa se imponga sin contraprestación o beneficio visible alguno¹³³; más frecuente es, sin embargo, que lo maticen introduciendo ciertas mejoras (la extensión del derecho a la reserva de puesto de trabajo hasta los tres años¹³⁴ o el abono de «la cantidad de cien euros mensuales hasta que el hijo menor cumpla los tres años»)¹³⁵, pero sometiénolas siempre a la condición de que el trabajador no realice durante este tiempo ninguna actividad remunerada por cuenta ajena o propia o, si lo hace, que no sea en la misma actividad.

- ¹²⁸ Artículo 14 del [Convenio Colectivo de Philip Morris, S.A.](#) (BOP de Islas Canarias núm. 21, de 31 enero 2014).
- ¹²⁹ Artículo 26 del [Convenio Colectivo del Grupo de Empresas JJJ Inversiones, S.L.](#) (BOP de Jaén núm. 56, de 24 de marzo de 2014), artículo 47.5 del [Convenio Colectivo de Zurich Insurance PLC, Sucursal en España, Zurich Vida, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. y Zurich Services, A.I.E.](#) (BOE núm. 219, de 12 de septiembre de 2013).
- ¹³⁰ Artículo 33.6.º del [Convenio Colectivo del Sector del Metal de las Illes Balears](#) (BOIB núm. 25, de 20 de febrero de 2014), artículo 46 del [Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de Burgos](#) (BOP de Burgos núm. 30, de 13 febrero 2014), artículo 26.2.º del [Convenio Colectivo de Comercial Citroën, S.A.](#) (BOP de Sevilla núm. 41, de 19 de febrero de 2013) y artículo 26.2.º del [Convenio Colectivo de Comercial Citroën, S.A., \(Centros del Paseo de La Habana, número 86; Carretera de Extremadura, kilómetro 21,4, de Móstoles, y Avenida de San Martín de Valdeiglesias, número 6, de Alcorcón\)](#) (BOP de Madrid núm. 176, de 26 de julio de 2013).
- ¹³¹ Artículo 30 del [Convenio Colectivo de Clínica Mompía, S.L.U.](#) (BOP de Cantabria núm. 30, de 13 de febrero de 2014).
- ¹³² De ahí que, cuando sí lo haga, los tribunales restrinjan la aplicación de aquel referente a la misma actividad para no aplicarla en esta: «solamente se regula para la excedencia voluntaria (ordinaria) la imposibilidad de prestar servicios en otra empresa», STSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de enero de 1994 (rec. núm. 1054/1993).
- ¹³³ Artículos 48.2 del [Convenio Colectivo del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado](#) (BOE núm. 181, de 30 julio 2013) y 69. II. 4 del [Convenio Colectivo marco estatal para las empresas organizadoras del juego del bingo](#) (BOE núm. 146, de 19 de junio de 2015). También puede considerarse así el convenio que reconoce un periodo de disfrute de cuatro años de excedencia pero con iguales derechos de reserva de puesto y reconocimiento de antigüedad que prevé el legislador y, sin embargo, en un artículo separado y creado al efecto, dispone que «durante la vigencia de cualquier tipo de excedencia existe por parte del trabajador que la solicite el deber de no realizar actividades del mismo sector o labores de actividad análoga a la que viniera realizando», artículo 22 del [Convenio Colectivo de Supermercados Sabeco, S.A.](#) (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014).
- ¹³⁴ Según el artículo 15 del [Convenio Colectivo de Lavandería Industrial Olimpia, S.L., de Mutilva Baja](#) (BOP de Navarra núm. 33, de 18 de febrero de 2014) «el derecho a reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta los tres años siempre que el trabajador no realice durante ese tiempo actividad remunerada por cuenta propia o ajena».
- ¹³⁵ Aunque el periodo máximo de excedencia se incrementa hasta cuatro años, la edad del hijo a cuidar se amplía a seis años y, asimismo, la reserva del puesto de trabajo se mantiene durante todo el disfrute, considerando que la relación laboral se dará por resuelta «si el trabajador (...) realiza durante la misma, actividades por cuenta propia o ajena con independencia que concurren o no con la actividad realizada por la Empresa», artículo 30 del [Convenio Colectivo de Telefónica Móviles España, S.A.U.](#) (BOE núm. 146, de 19 de junio de 2013).

Este tipo de cláusulas (cuyo incumplimiento puede traer aparejadas consecuencias diversas también previstas en convenio: desde la consideración de voluntaria a todos los efectos, pasando por la pérdida del derecho al reingreso automático o de otras mejoras establecidas en convenio, hasta la extinción definitiva de la relación laboral, o incluso entendiéndose como una baja o renuncia voluntaria del empleado) chocan directamente con cuanto ha sentado otra línea judicial, a partir de la cual «la concurrencia que se prohíbe no es una cualquiera o determinada de cualquier modo»¹³⁶; antes bien, «el deber de no concurrencia que pesa sobre el trabajador se limita a la concurrencia desleal en los términos del art. 21.1 ET, que es un concepto más restrictivo que la mera realización de actividades coincidentes»¹³⁷, pues «no toda actividad adicional es concurrencia desleal»¹³⁸ y «tampoco puede maximizarse hasta el límite de prohibir cualquier nivel de competencia (...) simple o leal entre la empresa y su empleado»¹³⁹.

De este modo, cabrá discutir cuanto no es sino una herencia de las viejas Ordenanzas Labores y Reglamentaciones de Trabajo, es decir, aquella presunción que, sin necesidad de amparo alguno en convenio, llevaba a colegir que trabajar en empresas del mismo sector o dedicadas a igual actividad siempre constituye competencia desleal¹⁴⁰. No cabe duda de que hoy dicha perspectiva ha sido arrumbada por el nuevo concepto de buena fe, aun cuando sus efectos todavía perduren en muchos pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia. Lo hacen al calor de una interpretación sesgada de cuanto dijera en su momento la Audiencia Nacional respecto de una cláusula de este tenor contemplada en el Convenio Colectivo de Banca¹⁴¹, en cuyo pronunciamiento, quien entonces ostentaba competencia exclusiva para conocer de estos conflictos colectivos¹⁴², construía su razonamiento –respecto de la excedencia voluntaria– sobre tres datos: 1. El hecho de considerar la excedencia que enjuicia, diseñada al amparo del artículo 46 del ET, de otro tipo distinto, alternativo y «compatible» con la excedencia voluntaria «común», diseñada por el artículo 46 del ET, que en cuanto tal se mantiene como opción o derecho distinto al cual puede acogerse el trabajador. 2. La fundamentación para considerarla una figura autónoma radica en que no contempla únicamente una medida favorable al empresario consistente en proporcionar una interpretación extensiva de la competencia desleal, para incluir *per se* la competencia

¹³⁶ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Excedencia voluntaria y prohibición de concurrir», *op. cit.*, pág. 572.

¹³⁷ SSTs de 19 de julio de 1985 y de 13 de mayo de 1986, cit., por STSJ de Castilla y León/Burgos de 13 de diciembre de 2012 (rec. núm. 812/2012).

¹³⁸ STSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 2010 (rec. núm. 3463/2010).

¹³⁹ GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: *La excedencia voluntaria laboral*, Albacete: Bomarzo, 2013, pág. 91.

¹⁴⁰ Esta concepción se percibe diáfana, por ejemplo en las SSTs de 26 de enero de 1988 (Sentencia núm. 319/1988) o de 5 de junio de 1990 (Sentencia núm. 4278/1990).

¹⁴¹ SAN de 14 de noviembre de 1989 (rec. núm. 94/1989), recordada posteriormente en la STS de 18 de mayo de 1990 (Sentencia núm. 3827/1990) y en las SSTSJ de Madrid de 3 de junio de 2008 (rec. núm. 1546/2008) y de 19 de enero de 2015 (rec. núm. 811/2014).

¹⁴² Según reconocen las SSTs de 18 mayo y de 3 de octubre de 1990 (Sentencias núms. 3827 y 6862/1990), pronunciamientos que asumen íntegramente las tesis de la Audiencia Nacional y convierten su parecer en jurisprudencia.

«simple» dada por prestar servicios en esta empresa dedicada a la misma actividad, sino que recoge también la contrapartida a favor de los trabajadores de acortar la antigüedad requerida para poder acceder al derecho por primera vez o en sucesivas ocasiones. 3. La posibilidad de que el convenio colectivo actúe sobre la previsión legal de establecer un régimen jurídico y unos efectos distintos a los de la excedencia voluntaria «común» surge precisamente porque esta permanece como otra opción alternativa a la recogida en el fruto de la negociación colectiva –y a la cual cabe acudir de entenderla preferible– para el trabajador y, además, porque da cabida a un régimen que, al ofrecer a los empleados un beneficio sobre el establecido por la que la ley diseña, admite la contrapartida, también como añadido fundamental, a favor del empresario.

Como bien observa quien más a fondo ha estudiado el problema¹⁴³, todos los pronunciamientos posteriores prescinden de cualquier mención al mantenimiento de la excedencia legal como alternativa que siempre puede ejercer el interesado en vez de acudir a la contemplada en el convenio, que no hace sino restringir la figura legal poniéndole condiciones. Menester será estar a cuanto concluía, a saber: «y aun siendo conscientes de que del texto constitucional no deriva expresa o implícitamente ningún principio que con carácter general sustraiga a la negociación colectiva la regulación de los derechos fundamentales, preciso será reseñar cómo siempre que decida intervenir habrá de hacerlo respetando el desarrollo que de los mismos hubiera efectuado la norma, para la excedencia voluntaria contemplados en el artículo 46.2 y 5 del ET (con el añadido subyacente, por cuanto ahora importa, de la vigencia del deber de buena fe); hacerlo, por ende –y como literalmente señala el art. 5 d)–, "en los términos fijados en esta ley", esto es, "cuando se estime concurrencia desleal" (art. 21.1); no, por tanto, en cualesquiera otros que decidan fijar los convenios ampliando –en teoría exclusivamente "para modular"– los previstos para la excedencia voluntaria "común"»¹⁴⁴.

Centrando la atención, por tanto, en cuantos pronunciamientos abordan directamente la competencia desleal en relación con la excedencia aquí estudiada, y sobre las pautas anteriormente avanzadas que prescinden ya de aquel aspecto de realizar trabajos en la misma actividad o sector, cabría agrupar en dos las muestras más significativas:

En primer lugar, y con igual enfoque restrictivo acerca de la compatibilidad, cuantas insisten en la nota de deslealtad fijando su atención en hechos como que la actuación del empleado evidencie una clara planificación laboral y profesional o estrategia premeditada por «iniciar la relación laboral con la segunda empresa (...) al día siguiente de comenzar el disfrute de su excedencia»¹⁴⁵,

¹⁴³ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J.: «Excedencia voluntaria y competencia desleal (un debate arduo en los Tribunales)», *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 2, 2015, págs. 14-35.

¹⁴⁴ Un firme soporte de esta tesis en las SSTSJ de las Islas Canarias/Las Palmas de 26 de mayo de 2006 o de Cataluña de 29 de junio de 2010 y de Galicia de 14 de octubre de 2013.

¹⁴⁵ STSJ de Madrid de 21 de enero de 2003 (rec. núm. 4347/2002).

«sin pausa alguna»¹⁴⁶, «desde el primer momento»¹⁴⁷, apenas 18 días más tarde¹⁴⁸ o «un mes después de solicitarla»¹⁴⁹. Valoran, de este modo, el importante elemento intencional (consciente y voluntario) del que «no se informó»¹⁵⁰, es decir, el hecho de hacerlo «sin comunicarlo en ningún momento a la empresa»¹⁵¹ o «sin previo aviso»¹⁵²; más aún cuando en el «escrito de concesión» se advertía de tal incompatibilidad y faltó la «pertinente autorización»¹⁵³, sopesando cómo el juicio de reprochabilidad habría de ser mayor si «la nueva dirección (...) le comunica (...) de forma expresa su decisión clara de no tolerar que trabajara para otro (...) competidor, [pues...] a partir de ese momento el supuesto de tolerancia queda roto»¹⁵⁴.

En todos estos supuestos cabe descubrir el azumbre de una visión tradicional sobre la fidelidad del trabajador o de un concepto equivoco de los límites del poder empresarial. Así, cuantas sostienen que ha de mediar una «concesión» o que es necesaria una «autorización previa», ignoran que se trata de un verdadero derecho del trabajador que «no depende de la voluntad de la empresa»¹⁵⁵, quien «tiene que» reconocer (y no simplemente «puede» reconocer, es decir, ha de tomar conocimiento y estará en disposición de adoptar las medidas de ajuste imprescindibles para ordenar la actividad productiva¹⁵⁶, pero no más)¹⁵⁷ si están presentes los requisitos exigidos

¹⁴⁶ STSJ del País Vasco de 26 de febrero de 2008 (rec. núm. 3076/2007).

¹⁴⁷ STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2008 (rec. núm. 4435/2008).

¹⁴⁸ STSJ Andalucía/Granada de 25 de febrero de 2009 (rec. núm. 58/2009).

¹⁴⁹ STSJ del País Vasco de 1 de marzo de 2011 (rec. núm. 278/2011).

¹⁵⁰ SSTSJ de Madrid de 21 de enero de 2003 (rec. núm. 4347/2002) y Cataluña de 2 de noviembre de 2010 (rec. núm. 3463/2010).

¹⁵¹ SSTSJ de Cantabria de 12 de julio de 2006 (rec. núm. 580/2006) y de Madrid de 2 de diciembre de 2008 (rec. núm. 4435/2008).

¹⁵² STSJ del País Vasco de 26 de febrero de 2008 (rec. núm. 3076/2007).

¹⁵³ STSJ de Andalucía/Granada de 25 de febrero de 2009 (rec. núm. 58/2009).

¹⁵⁴ SJS núm. 1 de Castellón de la Plana de 23 de octubre de 2000 (rec. núm. 740/2000); declarándose igualmente en suplicación que «la empresa está manifestando de manera clara y concluyente, su oposición a que siga trabajando para la competencia, lo que implica la expresa revocación de cuantas autorizaciones tácitas pudieran existir con anterioridad, a las que la trabajadora no puede acogerse, una vez la empresa se ha manifestado en contra de la anterior permisividad», STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de marzo de 2001 (rec. núm. 278/2001).

¹⁵⁵ Sino que, por el contrario, «opera automáticamente sin más requisito que la previa comunicación al empresario de situarse en tal situación», STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de julio de 1996 (rec. núm. 2601/1995).

¹⁵⁶ En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2011 (rec. núm. 3/2011). En el ámbito de la autonomía colectiva es llamativa –aunque de dudosa legalidad– la cláusula que establece cómo «las solicitudes deberán respetar el principio de proporcionalidad respecto de las obligaciones asumidas en el contrato de trabajo de cada solicitante, pudiendo la Empresa denegar las condiciones solicitadas que interfieran tanto en la distribución de los turnos de trabajo, como en la normal prestación de los servicios propios de su actividad, así como aquellas en que no se justifique la necesidad de conciliación por la inexistencia de una solución previa en los entornos familiar, institucional o educativo», artículo 22 del Convenio Colectivo U.T.E. CTDA (BOP de León núm. 165, de 30 de agosto de 2012).

¹⁵⁷ Más complejos serán los supuestos en los cuales mediara un pacto de no concurrencia y se percibiera una compensación económica, pues aquí bien podría existir una transacción en la que el trabajador «hubiera renunciado» a parte

por la norma¹⁵⁸. Por su parte, establecer una equivalencia entre deslealtad y previa planificación de cuanto se va a hacer mientras se disfruta de la excedencia, o del momento en que a partir de la misma se comienza a trabajar, lejos de suponer una preparación de competencia desleal, presuponiendo que la actividad profesional desarrollada en este periodo de tiempo es por sí misma contraria a derecho, supondrá desconocer cuanto aquí se ha sentado sobre la posibilidad de co-honestar vida personal-familiar y vida laboral acogiendo a este instituto. Solo, por tanto, cuando verdaderamente la actividad desarrollada pueda ser calificada como de concurrencia ilícita, la actividad preparatoria habrá de ser reputada como infracción grave¹⁵⁹.

En segundo término, una valoración diversa han de merecer aquellos otros supuestos en los cuales cuanto se realiza durante la excedencia efectivamente supone un perjuicio real o potencial para el empresario por incidir en un mismo mercado, ya por cuenta propia (se proceda a la «constitución de una sociedad mercantil que entra en competencia directa»¹⁶⁰ o a una empresa dedicada al mismo objeto social¹⁶¹, o inicia un negocio que incide en el mismo sector de actividad)¹⁶², ya por cuenta ajena, porque «las características del puesto de trabajo son esencialmente similares»¹⁶³, pues en definitiva, se disputa un mismo potencial de clientes, «pudiendo claramente desviar clientela»¹⁶⁴.

Igual consideración se ha de otorgar a las ocasiones en las cuales el trabajador aproveche, en beneficio propio o de otro, y en perjuicio de su empleador, los conocimientos o información de que dispusiere por razón de su ocupación, pues crearía una «situación de evidente desigualdad y perjuicio, al ver (la empresa de origen) reflejadas en beneficio de la competencia los esfuerzos realizados para la formación profesional»¹⁶⁵; ahora bien —y constituye un límite importante—, no ha de entenderse esta formación genérica como un patrimonio del empresario («la empresa no solo remunera al trabajador por sus servicios, sino que le facilita medios para adquirir perfeccionamiento y experiencia profesional con la finalidad de que redunden en su propio beneficio como

de sus derechos, e intentar recuperarlos de manera unilateral llevara a contravenir los términos del acuerdo; al respecto, con detalle, STSJ de Cataluña de 14 de enero de 2013 (rec. núm. 7347/2011).

¹⁵⁸ Siendo discutible que pueda negarse su acceso desde una excedencia voluntaria ordinaria, STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de diciembre de 2013 (rec. núm. 1170/2013).

¹⁵⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V: «Despido disciplinario y preparación de competencia desleal», *AS*, t. 5, 1991, págs. 21-40, en especial pág. 34.

¹⁶⁰ STSJ del País Vasco de 1 de marzo de 2011 (rec. núm. 278/2011).

¹⁶¹ STSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 2010 (rec. núm. 3463/2010).

¹⁶² Pese a que la empresa desestima el recurso de la empresa al no poder reprochar una conducta cuya posibilidad de sanción ya está prescrita, STSJ de Andalucía/Granada de 25 de febrero de 2009 (rec. núm. 58/2009).

¹⁶³ STSJ de Madrid de 21 de enero de 2003 (rec. núm. 4347/2002).

¹⁶⁴ SSTSJ de Cataluña de 2 de noviembre de 2010 (rec. núm. 3463/2010) y de Madrid de 21 de enero de 2003 (rec. núm. 4347/2002).

¹⁶⁵ STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de marzo de 2001 (rec. núm. 278/2001).

si se tratara de una inversión»¹⁶⁶, pues esta siempre dispuso de la posibilidad de haber «capitalizado» aquella formación a través del oportuno pacto¹⁶⁷.

En la línea apuntada, también cabría reseñar como ejemplos de competencia desleal que han llegado a los tribunales, analizando esta excedencia, aquellos en los cuales el trabajador esté en disposición de «prevalerse de la información que ha podido proporcionar o proporciona su presencia en el interior de esta [unidad productiva]»¹⁶⁸, bastando con el potencial perjuicio¹⁶⁹ causado a la empleadora y siendo «intrascendente el eventual beneficio del trabajador»¹⁷⁰.

En definitiva, se trataría de aquilatar el concepto escurridizo de competencia desleal en un sentido apropiado y que claramente desborda el propósito de este ensayo, pero que, a fin de cuentas, está llamado a actuar como único límite –interpretado en sentido estricto– a la plena compatibilidad entre excedencia parental y actividad profesional.

3. DE LA ACEPTACIÓN SIN MATICES DEL TRIBUNAL SUPREMO A LA PROYECCIÓN DE LA TESIS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZONES FAMILIARES SOBRE ESTE ASUNTO VINCULADO A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, FAMILIAR Y LABORAL

En medio de esta controversia, y tras múltiples resoluciones de inadmisión del recurso por falta del presupuesto de contradicción¹⁷¹, en un reciente pronunciamiento que no abordaba preci-

¹⁶⁶ STSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de marzo de 2001 (rec. núm. 278/2001). Igual concepto late bajo aquel pronunciamiento para el cual, genéricamente, «la perfección profesional que el trabajador adquirió en su relación laboral es utilizada en contra de su principal» [STSJ de Cantabria de 12 de julio de 2006 –rec. núm. 580/2006–]; incluso está presente en algunos en los cuales se niega la existencia de competencia desleal, como ocurre en aquel en el que el juzgador consideró que «el puesto de la actora (cajera) no requiere una formación especial, ni corre el riesgo de emplear conocimientos específicos adquiridos en la primera empresa» [ATS de 8 de junio de 2010 –rec. núm. 230/2010–].

¹⁶⁷ En esta línea, STSJ de Castilla y León/Valladolid de 17 de octubre de 2012 (rec. núm. 1468/2012).

¹⁶⁸ SSTSJ de Madrid de 21 de enero de 2003 (rec. núm. 4347/2002) y de Cataluña de 2 de noviembre de 2010 (rec. núm. 3463/2010).

¹⁶⁹ STSJ del País Vasco de 1 de marzo de 2011 (rec. núm. 278/2011).

¹⁷⁰ SSTSJ de Madrid de 21 de enero de 2003 (rec. núm. 4347/2002) y de Cataluña de 2 de noviembre de 2010 (rec. núm. 3463/2010).

¹⁷¹ Entre muchos, y constituyendo supuestos que con un poco de voluntad podrían haber llevado a entrar a conocer, AATS de 21 de junio de 2007 (rec. núm. 2233/2006); de 16 de abril de 2009 (rec. núm. 1409/2008); de 1 de julio de 2009 (rec. núm. 347/2009); de 8 de septiembre de 2009 (rec. núm. 4150/2008); de 12 de enero de 2010 (rec. núm. 1386/2009); de 8 de junio de 2010 (rec. núm. 230/2010); de 13 de enero de 2011 (rec. núm. 2291/2010), de 6 de no-

samente la materia analizada como *thema decidendi*, el Tribunal Supremo da un paso importante cuando da por supuesta la compatibilidad entre trabajo por cuenta ajena o actividad profesional por cuenta propia al realizar tres manifestaciones de indudable peso¹⁷²: 1. Rebate que el «privilegio» (así denominado por el empresario recurrente) se anude por ley a la «dedicación exclusiva del cuidado de hijos o familiares». 2. Afirmar rotundamente cómo, «en la medida en que el nuevo trabajo resulta compatible con el cuidado del menor, no se le deben anudar a la legítima aspiración de la madre trabajadora de obtener algunos ingresos –que ha dejado de obtener precisamente por la excedencia para el cuidado de hijos– unas consecuencias tan negativas» como la pérdida del derecho a reserva de su puesto de trabajo. En este sentido, interpreta que su degradación a mero derecho de reingreso preferente en la empresa si hay vacante («art. 46.3 *versus* 46.5 ET») supone un cambio de naturaleza que no es de recibo, como tampoco lo sería el propio despido. 3. Frente a las tesis que propugnan la admisión de excepciones a la compatibilidad, pero sólo para el caso de desempeño ocasional de trabajos de poca duración o a tiempo parcial con escasa dedicación horaria (incluida la carga de la prueba para el empleado de acreditar esa naturaleza marginal), rechaza «esas referencias a lo "ocasional" o a lo "marginal" por considerarlas –de acuerdo también con el Informe del Ministerio Fiscal– "un criterio que se antoja rígido y estricto"».

En un pleito en el cual la discusión versaba sobre un asunto de Seguridad Social (situación asimilada al alta y consideración del periodo como de cotización efectiva), el máximo intérprete ordinario de la ley toma posición clara a favor de la segunda tesis aquí analizada. Faltará, no obstante, conocer su parecer sobre algo más polémico –y que probablemente tarde en llegar a unificación de doctrina, si al final llega–, esto es, los márgenes de que dispone el convenio para fijar un concepto autónomo de competencia desleal o, por contra, la aplicación directa del solo límite legal a esta situación reconocida como factible en derecho.

El camino está así preparado para solventar el conflicto de intereses¹⁷³ otorgando prevalencia a aquel reconocido a favor del trabajador (salvo en los supuestos de fraude de ley). El mayor

viembre de 2012 (rec. núm. 3934/2011), de 12 de marzo de 2013 (rec. núm. 1156/2012) o de 14 de mayo de 2014 (rec. núm. 490/2013).

¹⁷² STS de 10 de febrero de 2015 (rec. núm. 25/2014). Un comentario a la misma destacando las ideas en texto en BLASCO JOVER, C.: «La posibilidad de lucrar a prestación por maternidad en el régimen general y en el RETA desde la situación de excedencia por cuidado de hijos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 10 de febrero de 2015, rec. núm. 25/2014», *RTSS.CEF*, núm. 387, 2015, págs. 127-131; PALOMINO SAURINA, P.: «La excedencia por cuidado de hijo es compatible con el alta en el RETA y pueden causarse simultáneamente dos prestaciones por maternidad, una en el Régimen General y otra en el Régimen Especial», *Diario La Ley*, núm. 8.543, 2015, págs. 14-15, o PANIZO ROBLES, J. A.: «A efectos de las prestaciones por maternidad, la excedencia por cuidado de hijo es compatible con el alta en el RETA y pueden causarse simultáneamente dos prestaciones (con ocasión de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4.ª, de 10 de febrero de 2015, RCU. 25/2014)», marzo 2015, en www.laboral-social.com.

¹⁷³ Por recordar algunos pasajes en la doctrina científica cabría contraponer, de un lado, a quienes –aun cuando sea para un caso concreto y no con carácter general– demandan del excedente una cierta «coherencia (...), de modo que obraría fraudulentamente si aduce tal motivo para interesar la suspensión del contrato y lo que hace es cambiar de actividad

apoyo proviene del Tribunal Constitucional cuando constata cómo «hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de hijos»; en consecuencia, «el no reconocimiento de la posibilidad de obtener esa excedencia por parte de los funcionarios interinos [en este caso] produce en la práctica unos perjuicios en el ámbito familiar y sobre todo laboral que afectan mayoritariamente a las mujeres que se hallan en situación de interinidad». Por tal motivo, y «en la práctica, la denegación de las solicitudes como la aquí enjuiciada constituye un grave obstáculo para la conservación de un bien tan preciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho mayoritariamente a las mujeres, perpetuándose así la clara situación de discriminación que tradicionalmente ha sufrido la mujer en el ámbito social y laboral»¹⁷⁴.

Fue esta una primera muestra, si se quiere parcial, de un problema de fondo más amplio, que hubo de esperar al fundamental y tan conocido como comentado pronunciamiento de 2007 del Alto Tribunal¹⁷⁵ para obtener una formulación y solución más contundentes. En él se reafirma la idea de que «el análisis que a tal efecto corresponde efectuar a los órganos judiciales no puede situarse exclusivamente en el ámbito de la legalidad, sino que tiene que ponderar el derecho fundamental en juego (...) Los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde». De ahí que el reproche a efectuar a cualquier pronunciamiento judicial en

productiva» [SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La Ley 39/99, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», *AS*, núm. 5, 1999, pág. 298], o acusan de haber utilizado «en beneficio propio sus circunstancias personales para no dejar atrás una buena oportunidad profesional, potenciando el disfrute de una excedencia en la cual el bien protegido es el interés del menor, y no el profesional del solicitante» [RODRÍGUEZ COPÉ, M. L.: «Trabajo y vida familiar: el derecho a la excedencia por cuidado de hijos y el deber de buena fe», *AS*, t. I, 2007, pág. 3.319]; por otro, a quienes justifican la plena compatibilidad incluso en el caso extremo de que no se proporcionara ningún beneficio directo al menor, pues, «a fin de cuentas, la opción por un determinado tipo de educación del hijo es estrictamente personal y el carácter no retribuido del beneficio de la excedencia no provoca perjuicios ni en el empresario, ni en la Seguridad Social. En consecuencia, tampoco cabe considerar que resulte abusivo utilizar la excedencia por cuidado de hijos cuando en realidad tendría que haberse solicitado una excedencia voluntaria, porque ello supondría la necesidad de indagar en qué invierte su tiempo el excedente voluntario» [BALLESTER PASTOR, M. A.: «Las excedencias familiares: la larga agonía de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos», *op. cit.*, pág. 26], o genéricamente defienden «la mayor protección de un derecho que tiene cobertura constitucional específica aunque sea en el capítulo de los principios rectores de la política social y económica, específicamente en el artículo 39 relativo a la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos y de los padres de prestarle asistencia de todo orden, que la posible alteración en la organización productiva si la misma no se detecta» [ROJAS RIVERO, G. P.: «El derecho a la excedencia por cuidado de hijo», *op. cit.*, pág. 72].

¹⁷⁴ SSTC 240/1999, de 20 de diciembre, y 203/2000, de 24 de julio.

¹⁷⁵ STC 3/2007, de 15 de enero. Un acertado comentario a la misma en MOLINA NAVARRETE, C.: «Derecho con mirada de mujer: La solución al conflicto de conciliación de la vida laboral y familiar en la STC 3/2007, de 15 de enero», *La Ley*, t. 2, 2007, págs. 1.696-1.705.

este sentido «no es tanto ni solo que haya renunciado a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho fundamental, sino que ni siquiera haya tenido en cuenta que este derecho estaba en juego y podía quedar afectado», pues «la dimensión constitucional, en general, de todas aquellas medidas 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 (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde el 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».

Su incidencia sobre el quehacer de los órganos judiciales es patente (mucho más tras el impulso —que dista, no obstante, de estar perfilado o completo—, proporcionado al cuadro de derechos destinados a la conciliación por la [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, en tanto el artículo 4 llama a su interpretación a la luz y de conformidad con el principio superior y derecho básico de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres), pues habrán de resolver los litigios concretos a que el ejercicio de estos derechos pueda dar lugar empleando un canon reforzado de valoración y ponderación de los intereses en juego y las circunstancias concurrentes. Sin embargo, las consideraciones de esta sentencia se ciñeron —y no es poco— a establecer la dimensión y el fundamento constitucional del derecho a la conciliación y la vida laboral y familiar en conexión con el principio de igualdad y no discriminación exclusivamente por razón de sexo.

El avance más importante tras el hito reseñado —y algún retroceso significativo—¹⁷⁶ tiene lugar en 2011¹⁷⁷, cuando el Tribunal Constitucional entra a conocer de un supuesto en el cual es un varón quien insta la tutela. Niega en esta ocasión que quepa apreciar una discriminación por razón de sexo, ni directa ni indirecta, pero —y es cuanto aquí importa cuando sea un hombre el afectado— tiene la doble virtud de, por un lado, reincidir en la necesidad de que los tribunales no se sitúen en un mero plano de legalidad, sino que ponderen la dimensión constitucional de los derechos de conciliación; por otro, aludir a un nuevo motivo de discriminación, vinculado en esta ocasión a «circunstancias familiares».

Con la primera consideración vuelve a insistir en un implícito reproche bastante habitual en los últimos tiempos¹⁷⁸, que conecta directamente la parquedad argumentativa de los órganos judiciales con la incongruencia omisiva, llamando a los tribunales ordinarios a sopesar adecua-

¹⁷⁶ [STC 24/2011, de 14 de marzo](#), en la cual el juicio sobre la ausencia de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (en tanto los órganos judiciales sí sopesaron explícitamente los derechos constitucionales en presencia, pero entendieron que no mediaba vulneración de los mismos) absorbe el propio juicio por el Tribunal Constitucional relativo a las razones concretas por las cuales pudiera existir o no una contravención al derecho de igualdad por razón de género en relación con los derechos vinculados a la conciliación.

¹⁷⁷ [STC 26/2011, de 14 de marzo](#).

¹⁷⁸ El mismo tenor aparece, por ejemplo, en las [SSTC 14/2002, de 28 de enero](#); [326/2005, de 12 de diciembre](#), y [3/2007, de 15 de enero](#).

damente los derechos de conciliación con la efectividad de derecho a la igualdad y no discriminación, así como, en su caso, las dificultades que la pretensión del trabajador pudiera ocasionar en el funcionamiento regular de la empresa a la hora de adoptar una decisión que afecta negativamente a tales derechos. Igualmente responde a la afirmación al Tribunal Supremo, cuando aludía a que las alegaciones del trabajador «solo cabe entenderlas con el propósito de cumplir el requisito de la invocación previa en vía judicial para interponer justamente el recurso de amparo»; lo hace censurando su parecer de forma tácita, cuando otorga el amparo precisamente por no haber entrado al detalle de enjuiciar la trascendencia de la decisión empresarial en orden a lograr la efectiva participación del varón en el cuidado de los hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, o las dificultades o perjuicios empresariales para no permitir el desarrollo del derecho instado por el trabajador en los términos en que a este le convenían.

Esta llamada de atención al juzgador, para que siempre tenga en mente estos derechos a la hora de emitir su parecer fundado en derecho, en verdad puede crear, al menos en un primer momento, «cierta inseguridad jurídica y zozobra en los jueces de lo social que alimentará la característica disparidad de criterios»¹⁷⁹; no obstante, y sin llevar nunca a «reclamarles un excesivo intervencionismo que pueda desembocar, en ciertos casos, en algo cercano al activismo judicial» –conforme recoge, como peligro, el Voto Particular a esta sentencia–, sí puede servir al propósito de corregir una apreciable inercia a no sopesar los valores constitucionales en juego cuando no aparezcan explícitos en el literal de la norma. A este respecto, y si denunciabiles son las decisiones legales que feminizan las medidas y alimentan los prejuicios¹⁸⁰, o la contribución judicial –incluso hasta tiempos recientes– al reparto de roles entre hombres y mujeres¹⁸¹, con no menor intensidad han de serlo aquellas otras actuaciones que, por omisión, no otorgan la debida tutela preferente de los derechos con entronque constitucional superior frente a los intereses organizativos empresariales¹⁸².

A partir de la segunda –y más importante– aportación, ve la luz una causa de discriminación que hasta el momento no había sido objeto nunca de mención por el Tribunal Constitucional, re-

¹⁷⁹ MONTROYA MEDINA, D.: «Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar (Comentario a las SSTCO 24/2011 y 25/2011, de 14 de marzo)», *AS*, núm. 4, 2011, BIB 2011/1031, pág. 2.

¹⁸⁰ CUESTA LÓPEZ, V.: «Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional: Fundamentos constitucionales y avances normativos en el ámbito de la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 16, 2011, pág. 2, o PÉREZ DEL RÍO, T.: «La normativa interna sobre derechos de conciliación: La corresponsabilidad», en AA. VV. (Cabeza Pereiro, J. y Fernández Docampo, B., dirs.): *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pág. 83.

¹⁸¹ Con ejemplos claros, BALLESTER PASTOR, M. A.: «Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea», en AA. VV. (Cabeza Pereiro, J. y Fernández Docampo, B., dirs.): *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, op. cit., pág. 27.

¹⁸² FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M. F.: «Conciliación de la vida laboral y familiar: Una visión constitucional», en AA. VV. (Cardona Rubert, M. B., coord.): *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar*, Albacete: Bomarzo, 2009, págs. 329 y ss.

lacionada con las «circunstancias familiares» y que encuentra ubicación en la cláusula abierta del artículo 14 de la CE por referencia a «cualquier otra opinión o circunstancia personal o social».

La explicación para esta novedosa categoría, llamada a situar los derechos de conciliación en el mismo plano y gozar de la idéntica intensidad de protección con independencia del individuo que los ejerza (y, por tanto, de su género masculino o femenino), exige parar la atención en las siguientes circunstancias.

Los modelos teóricos sobre las cláusulas normativas que recogen la interdicción de la discriminación obedecen a dos formulaciones básicas¹⁸³: por una parte, aquellos sistemas de carácter cerrado, restringiendo la protección a un número determinado de circunstancias enumeradas a modo de *numerus clausus*, conforme ocurre con las Directivas europeas sobre discriminación o algunas estatales, con el ejemplo más actual de *Equality Act 2010* británica; por otra, cuantos presentan como rasgo distintivo su expresión general, abierta o flexible, en tanto la relación de características protegidas finaliza con una cláusula de cierre alusiva a cualquier otra circunstancia personal o social no mencionada y de carácter análogo a las expresamente enunciadas, conforme ocurre con el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos y la inmensa mayoría de las Constituciones europeas occidentales, incluida la española. Esta última alternativa presenta la doble ventaja de reconocer los vínculos entre las diversas formas de segregación y facilitar la prueba en los casos de discriminación múltiple (en las cuales el trato proscrito puede aparecer más difuso), así como permitir el desarrollo judicial del principio conforme a las cambiantes circunstancias sociales.

Para que tal adecuación a los tiempos tenga lugar a través de nuevas circunstancias, el Tribunal Constitucional viene exigiendo la presencia de dos índices a sopesar con tiento: en primer lugar, «una explícita interdicción de determinadas características históricamente muy arraigadas que ha situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica sectorial, a sectores de la población en posiciones no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE»¹⁸⁴; en segundo término, la «naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas»¹⁸⁵.

A este respecto, el nuevo factor de discriminación por circunstancias personales para otorgar amparo constitucional (que también podría ser reformulado bajo otra denominación como «por

¹⁸³ HEPPLER, B.: *Equality (The new legal framework)*, Oxford: Hart, 2011, pág. 27.

¹⁸⁴ SSTC 128/1987, de 16 de julio; 145/1991, de 1 de julio; 3/2007, de 15 de enero, o 176/2008, de 12 de diciembre.

¹⁸⁵ STC 176/2008, de 12 de diciembre.

responsabilidad parental»¹⁸⁶ o «por corresponsabilidad familiar»¹⁸⁷ dista de estar sólidamente asentado (la doctrina alude a que «no se llega a justificar adecuadamente»¹⁸⁸, aprecia un «cierto apresuramiento» y echa de menos «un mayor celo» o un «mayor detenimiento en los fundamentos jurídicos que justifique la presencia de este particular motivo y su entronque con un cláusula de cierre»¹⁸⁹; no obstante, responde a la evolución, aun cuando sea tímida, hacia una cultura de corresponsabilidad en el seno de la familia con patente eco normativo o, si se prefiere, a un empeño jurídico ordenado a facilitar tal progreso, conforme se postula de continuo desde la Unión Europea¹⁹⁰: «un cambio que pasa necesariamente por la revisión de una masculinidad basada en su proyección pública y en la asunción por parte de los hombres de un rol activo y responsable en el ámbito privado. De ahí la importancia simbólica, y por tanto pedagógica, de esta sentencia. Es un varón el que, consciente de su "género", reclama del Estado las garantías que le permitan desempeñar un papel diverso que, a su vez, ha de contribuir a generar un contexto de mayor igualdad en su relación de pareja. Por todo ello, podemos decir que con esta sentencia no solo se avanza en la garantía de los derechos de conciliación, sino que también se alumbró un nuevo modelo de "masculinidad"»¹⁹¹.

4. CONCLUSIÓN

Convenciendo la tesis que sostiene la compatibilidad entre trabajo y excedencia por cuidado de hijos y familiares, la asignatura pendiente queda situada en definir los márgenes de tal posibilidad, cuando median cláusulas de convenios colectivos que equiparan competencia desleal a simple concurrencia en la misma actividad. Argumentos existen, y de ellos da cuenta el ensayo, para evitar que por esta vía que tiende a generalizarse se llegue otra vez al mismo punto del que arrancó la discusión.

¹⁸⁶ MONTOYA MEDINA, D.: «Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar», *op. cit.*, pág. 9.

¹⁸⁷ SALAZAR BENITO, O.: «La dimensión constitucional de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 14, 2012, pág. 35.

¹⁸⁸ CUESTA LÓPEZ, V.: «Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y profesional: Fundamentos constitucionales y avances normativos en el ámbito de la Unión Europea», *op. cit.*, pág. 6.

¹⁸⁹ MONTOYA MEDINA, D.: «Dimensión constitucional de los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar», *op. cit.*, pág. 10.

¹⁹⁰ Acudiendo al tenor de la [Directiva 2010/18/UE, del Consejo, de 8 de marzo de 2010](#), «en muchos Estados miembros las medidas para animar a los hombres a participar por igual en las responsabilidades familiares no han dado suficiente resultado (...); por tanto, conviene adoptar medidas más efectivas para fomentar una distribución más equitativa de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres». Al respecto resulta harto esclarecedor el discurso de JACQUOT, S.; LEDOUX, C. y PALILIER, B.: «[The emergence and changing nature of a polysemic category: Paid work and private life](#)», *Working Papers on the Reconciliation of Work and Welfare in Europe, RECWOWE*, 11/2010.

¹⁹¹ SALAZAR BENITO, O.: «La dimensión constitucional de la vida personal, familiar y laboral», *op. cit.*, pág. 35.