

## ¿LOS HOMBRES PUEDEN CUIDAR A LOS HIJOS Y, SIMULTÁNEAMENTE, TRABAJAR PARA OTRA EMPRESA EN SITUACIÓN DE EXCEDENCIA PERO LAS MUJERES NO, O MENOS?

**Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla de 16 de octubre de 2013, rec. núm. 1489/2012**

**José María Moreno Pérez**

*Abogado. Profesor Asociado. Universidad de Jaén*

### 1. EL MARCO LEGAL: VOLUNTAD DEL LEGISLADOR Y VOLUNTAD LEGISLATIVA

Desde un estricto plano normativo, la legislación española es ahora ya, no sin algunos matices, bastante paritaria en lo que respecta al reconocimiento de derechos-medidas de conciliación. Tanto la institución de la excedencia, que implica salida provisional –a veces será definitiva, lamentablemente– sin salario, como la de reducción de jornada por cuidado de hijos –y otros familiares–, que no implica salida del trabajo, pero sí reducción salarial, están disponibles tanto para padres como para madres. Así aparece claramente expresado, por lo que hace a la excedencia, en el artículo 46.3 del ET, que diseña un derecho estrictamente de titularidad individual y que consiste en un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo.

Ahora bien, si del dato normativo descendemos a la realidad, pronto encontramos un marcado sesgo de género en el ejercicio de ese derecho de conciliación de la vida laboral por antonomasia, que es la excedencia por cuidado de hijos. Así, según la EPA/2013, la excedencia por cuidado de hijos la usan solo 3 hombres por cada 100 mujeres, lo que significa que solo un porcentaje pírrico de hombres la utilizan en relación con el número de mujeres. Pero hay otros datos que resultan de gran interés para comprender cómo funciona el (no) reparto de tareas de trabajo-cuidado familiar. Conforme a la misma EPA, mientras que un porcentaje relevante de las mujeres que recurren a esa figura, así como a cualquier otra orientada al mismo fin, evidencian bien su falta de disponibilidad bien sus restricciones para trabajar, de modo que se centran exclusivamente en el cuidado del hijo, pese a no disponer de salario, para los hombres ese porcentaje vuelve a ser irrisorio, siendo inferior al 0,5%.

En suma, un cuidadoso estudio del modo en que los trabajadores afrontan el ejercicio del derecho de excedencia por cuidados familiares en relación con las trabajadoras pondría de manifiesto no solo que son muchísimo menos aquellos que estas quienes lo ejercen, sino que, al mismo tiempo, quienes sí lo hacen tienden a compatibilizar, en la medida de lo posible, ese trabajo de cuidar con un nuevo empleo en otra empresa, o autoempleo, que les permita seguir manteniendo

una renta y al tiempo cuidar. Esto es, no solo lo ejercen menos, sino que cuando lo hacen organizan ambos trabajos de modos diversos, de manera que mientras las mujeres tienden a centrarse en exclusiva en el trabajo de cuidar, los hombres buscan otra actividad, lo que supone, como es obvio, que sus mujeres –parejas– siguen asumiendo tal función, con lo que el principio de corresponsabilidad también se revela engañoso o «tramposo», en muchas ocasiones, para ellas. La doctrina judicial mayoritaria, bienintencionada, y probablemente en aplicación razonable de la legislación, termina perpetuando este desigual reparto de tareas incluso cuando son los hombres los que recurren a los derechos de conciliación.

## 2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

Con efectos de 30 de junio de 2010, y sin reparo alguno por parte de su empresa, un trabajador se situó en situación de excedencia para el cuidado de su hija nacida el 8 de febrero de 2008. El 16 de septiembre de 2010, nacería su hija Lidia; siendo así que, con efectos de 3 de febrero de 2011, por un periodo de 6 meses prorrogables, la esposa del demandante –y también trabajadora de la entidad– pasó a la situación de reducción de jornada (en un 33%) para el cuidado de aquella. En la misma situación volvió a colocarse esta con efectos de 3 de febrero de 2012.

En aquella fecha primera (30-06-2010), y desde el 1 de enero de 2010, el horario de trabajo del actor para el consorcio era:

- De lunes a viernes, de 8:30 a 15:00 horas.
- Y uno de tales días, además (salvo el periodo comprendido entre el 15 de junio y el 15 de septiembre de 2010 y 2011 en que no se trabajó por la tarde) de 17:00 a 20:00 horas (aunque últimamente este horario de tarde va desde las 16:00 a las 19:00 horas).

El trabajador, desde el 1 de noviembre de 2010, viene prestando servicios laborales como educador (coordinador de piso de acogida) para Cáritas Diocesana de Córdoba, a jornada completa (40 horas a la semana), conforme al siguiente ritmo de trabajo:

- Una semana, el lunes 24 horas seguidas y el miércoles 16.
- La siguiente, el martes 24 horas seguidas y el jueves 16.

Al actor, el 1 de julio de 2011, en que formaba parte de la plantilla laboral indefinida del Consorcio de Turismo de Córdoba, con la categoría profesional de auxiliar de servicios generales, le fue notificada (como conclusión del expediente contradictorio previo que en su día le fue abierto al trabajador, con amparo jurídico en el propio convenio colectivo de empresa) carta de sanción por falta muy grave y consistente, aquella, en 60 días de suspensión de empleo y sueldo. Los hechos imputados consisten en la transgresión de la buena fe contractual, por haber prestado servicios en otra entidad, mientras permanecía en situación de excedencia para el cuidado de hijos. La sentencia desestima la demanda –Juzgado de lo Social n.º 1 de Córdoba, autos n.º 910/11–. Contra ella se presenta recurso de suplicación.

### 3. DOCTRINA SENTADA: POSICIÓN JUDICIAL RESPECTO AL MARCO LEGAL

Como se ha resumido, el trabajador demandante solicitó la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos y, mientras se encontraba en tal situación, prestó servicios retribuidos para otra empresa. Por ello, fue sancionado por su empresa inicial, al suponer una transgresión de la buena fe contractual, justificadora de medida sancionadora. No opina así la Sala Social del TSJ de Andalucía, que, con cita de la [STS de 19 de julio de 2010](#), dictada en el RCUUD 2643/2009, entiende no vulnerada la necesaria confianza que ha de existir en la relación en tales situaciones, pues en todo momento se ha ejercido el derecho conforme a esa confianza y buena fe.

Y ello porque no estaríamos ni ante una situación de competencia desleal, que es lo que se prohíbe en todo caso por el artículo 22 del ET, ni ante una desnaturalización de la finalidad para la que sirve la institución de excedencia por cuidado de familiares. La razón estribaría en que el nuevo trabajo sí le permitiría conciliar vida laboral y familiar, a diferencia del trabajo inicial. Así, su jornada laboral se desarrollaba durante solo dos días a la semana, existiendo otras razones, tales como la cercanía al centro de trabajo desde su domicilio o la flexibilidad en el empleo, que le permitían conciliar su vida personal y profesional. La valoración, en todo caso, solo al actor le correspondería, según la Sala Social, pues tiene opción de elegir el medio más adecuado para ejercer tal derecho.

En esa valoración dirigida a optimizar su derecho de conciliación no hay deslealtad, pues en el consorcio demandado, desde el 1 de enero de 2010, el horario de trabajo del actor era, de lunes a viernes, de 8:30 a 15:00 horas; y uno de tales días, además de 17:00 a 20:00 horas, aunque últimamente este horario de tarde va desde las 16:00 a las 19:00 horas. En suma, la Sala Social viene a reprochar la incoherencia de una empresa que, sin disponer de más facilidades de organización flexible del tiempo de trabajo, sanciona por desleal al trabajador que, en tales circunstancias, busca en la excedencia con simultánea actividad en otra empresa, que sí las tiene, el mejor modo de dar efectividad a su derecho de conciliación de los tiempos de vida y de trabajo. Consecuentemente, no hay lesión de la buena fe de quien busca satisfacer la utilidad de su derecho, sino legítima autotutela bajo parámetros de ejercicio más que razonables.

### 4. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LA SENTENCIA Y PROBABILIDAD DE CONSOLIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA

Ningún reproche habría que hacer a tan exquisito razonamiento jurídico, claramente orientado por el primado del derecho-principio constitucional de favor hacia la conciliación de la vida laboral y familiar, que exige arrumar el modelo basado en la reducción de jornada-salida de la empresa, prevalente en nuestro sistema. Al contrario, promueve la existencia de espacios de autodeterminación del trabajador-varón conciliador y la continuidad en el empleo, aunque sea a través de la conclusión de otra relación remunerada. No parece una posición aislada, sino una doctrina de suplicación consolidada, como prueba la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 22 de febrero de 2012 (Recurso de suplicación 1279/2011). Desde esta perspectiva, parece claro que si más padres, como el de nuestra sentencia, dedicaran más tiempo al cuidado de sus hijos, mejorarían no solo las perspectivas laborales de las mujeres a largo plazo, directa e indirectamente, sino también las relaciones paterno-filiales.

Ahora bien, lo que ya no es tan irreprochable es que no se indague con más detalle si, en efecto, ese nuevo horario laboral es compatible con un cuidado efectivo, o simplemente puede tener razón de ser porque, como evidencia el caso analizado, la mujer asume el cuidado real, de modo que tiene que mantenerse en formas de empleo parcial. Pero, sobre todo, lo más inquietante deriva de descubrir otras doctrinas de suplicación en las que no se lleva a cabo esa misma lectura flexible de la institución de excedencia, sin reparar en que, al estar implicada una mujer es posible que pueda generarse una discriminación indirecta por razón de género.

Es el caso, por (mal) ejemplo, de la [STSJ de Castilla-León/Valladolid, de 30 de octubre de 2013, rec. núm. 1633/2013](#). Aquí nos encontramos con un caso contrario al analizado. Si en el que comentamos, la negativa del juez de lo Social a reconocer mayor autonomía de decisión al trabajador-varón cuidador, luego fue corregida por la Sala Social del TSJ de Andalucía, en el que se cita ahora, la doctrina del juez de lo Social favorable a que la trabajadora conciliara excedencia y autoempleo –Demanda 152/2012 JS n.º 3 de León– es corregida por la Sala Social porque a su entender la demostrada «flexibilidad horaria» del nuevo trabajo «no es equivalente al carácter marginal u ocasional de la ocupación...» –FJ último, párrafo penúltimo, *in fine*–. La conclusión no puede ser más demoledora no ya solo para la conciliación sino para el emprendimiento o el autoempleo de las mujeres trabajadoras cuidadoras:

*«Por consiguiente, si la trabajadora en este supuesto inició al mes de su excedencia una dedicación que dio lugar a su alta en el RETA, con ello desvinculó su situación de excedencia de la causa inicialmente alegada, como es la dedicación en exclusiva al cuidado de hijos u otros familiares, de manera que no puede aplicarse a la misma el régimen legal de la excedencia por cuidado de hijos, sino el propio de la excedencia voluntaria, que no otorga los beneficios prestacionales reclamados en la demanda. Es cierto que ello no ocurriría necesariamente 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 de hijos o de otros familiares. Pero no puede equipararse el caso de 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, lo que lleva a seguir el régimen de excedencia voluntaria, salvo que el convenio colectivo aplicable estableciese otra consecuencia más favorable».*

No se puede, a mi juicio, deslizar más errores técnico-jurídicos y más contradicciones con los derechos y principios constitucionales vigentes –derecho al trabajo, libertad de trabajar y promoción de la conciliación de la vida laboral y familiar; prohibición de discriminación...–. En consecuencia, confiemos en que sea revisada esta doctrina en unificación y se consolide la otra aquí indicada, sin perjuicio, insistimos, de llamar la atención sobre la mayor ponderación que debe exigírseles a los jueces en torno al real reparto de tareas en el seno de la familia, cuando, claro está, en juego están la fijación de los regímenes de ejercicio de derechos individuales y el buen funcionamiento de instituciones claves para una sociedad civilizada y justa, como aquellas que promueven, o facilitan, un reparto equitativo entre hombres y mujeres del denominado «trabajo de cuidar».