The seal of the University of Valladolid is a large, circular emblem in the background. It features a central shield with a crown on top, surrounded by a red and gold border. The shield is flanked by two figures holding a banner. The Latin motto "SIBI QVIVM + SANCTA VALLADOLIA" is inscribed around the perimeter of the seal.

“Excedencia Por Razones Familiares”

Excedencia para el cuidado de hijos y de familiares.

Universidad de Valladolid
Facultad de Ciencias del Trabajo

Tutora: Carmen Pascual Allén
Alumno: Sandra Sigüenza Acero

INDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	Pág. 3
2. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA.....	Pág. 6
3. CONCEPTO.....	Pág. 11
4. NATURALEZA JURÍDICA.....	Pág. 14
5. REQUISITOS.....	Pág.17
6. DURACIÓN.....	Pág.23
7. BENEFICIOS.....	Pág.27
8. TRABAJO SIMULTÁNEO.....	Pág. 30
9. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DURANTE LA EXCEDENCIA....	Pág. 32
10. CONCLUSIONES.....	Pág.34
11. BIBLIOGRAFÍA.....	Pág.38

1. INTRODUCCIÓN

La intensiva incorporación de la mujer al mercado laboral en la segunda mitad del siglo XX ha hecho imprescindible el desarrollo de normas para que ésta pueda conciliar su vida laboral y familiar, de ahí el tema que nos va a ocupar en adelante, “*La excedencia por razones familiares*”.

Destacar que existen dos figuras en este sentido, por un lado tenemos a la excedencia para el cuidado de hijos y por el otro la excedencia para el cuidado de familiares.

En la Constitución española, en el artículo 39, se establece una protección para la familia¹ lo que nos hace deducir una necesaria conciliación de la vida laboral y familiar para que esto tenga lugar. Además se centran en diversas políticas públicas con el mismo fin porque se trata de plasmar en la norma una protección a la familia tanto social como económica.

El concepto de “familia” como organización fundamental de la sociedad ha ido al mismo tiempo evolucionando dado que en un comienzo, la mujer tenía más peso en las tareas domésticas y el hombre era quien sustentaba económicamente a la familia.

Con el paso del tiempo el rol de la mujer se ha invertido y una de las causas puede ser su mayor preparación formativa, el contexto de crisis que ha ido apareciendo a lo largo del tiempo, etc. lo que hace que la mujer busque también un sustento económico para la unidad familiar al no bastar con el del hombre o al no conformarse con sus actividades domésticas. Rodríguez Escanciano apunta lo siguiente, “*son las mujeres las que en la mayoría de los casos concilian sus trabajos –reproductivo- y –productivo-²*”.

Por ello desde el ámbito laboral se pretende desarrollar normas que permitan una adecuada conciliación entre el trabajo y el hogar para evitar la extinción de la relación laboral y la exclusión de la mujer del mercado laboral, al ser ésta la que en la mayoría de los casos se hace cargo del cuidado de los familiares y de su hogar.

¹ Art. 39.2 CE “*Los poderes públicos aseguran, así mismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su afiliación, y de las madres, cualesquiera que sea su estado civil (...)*”.

² RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., *La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social*”, en revista AFDUDC, 11, 2007, pág. 855

Existen datos que avalan el mayor peso de la mujer en este cuidado dedicado a sus familiares más cercanos³. En la misma línea Pérez del Río ⁴ dice así, “*el valor otorgado por la sociedad al rol social femenino, ha sido y es, inferior al del rol masculino*”, por tanto mientras no consigamos cambiar esta idea, difícil va a ser conseguir grandes progresos en este aspecto.

Volviendo al tema que nos ocupa, destacar que lo importante de esta figura, la excedencia para el cuidado tanto de hijos como de familiares, radica en que se quiere dar una estabilidad en el empleo y el hecho de que se garantice la posibilidad de volver al puesto de trabajo porque se tiene derecho a la reserva del mismo; aunque luego volveremos sobre ello porque es un tema un tanto complejo.

Una de las causas, según la autora Sánchez-Rodas Navarro⁵, de la existencia de la excedencia para el cuidado de familiares es sin duda el “*envejecimiento a la europea*”, que lo define por el aumento de personas mayores y por una modificación en la pirámide poblacional. A lo anterior, Sánchez-Rodas, añade el aumento de la esperanza de vida y el descenso de la tasa de natalidad lo que da como resultado “*personas con problemas o enfermedades por las que no pueden valerse por sí mismos y supone un gran reto para el Estado de bienestar*”, lo que justifica la necesaria existencia de este derecho, la excedencia para el cuidado de familiares.

El Estado de bienestar no ha proporcionado los medios necesarios para tales situaciones, lo que explica que la familia se haya convertido en la figura principal, pero ello no libera al Estado de sus responsabilidades.

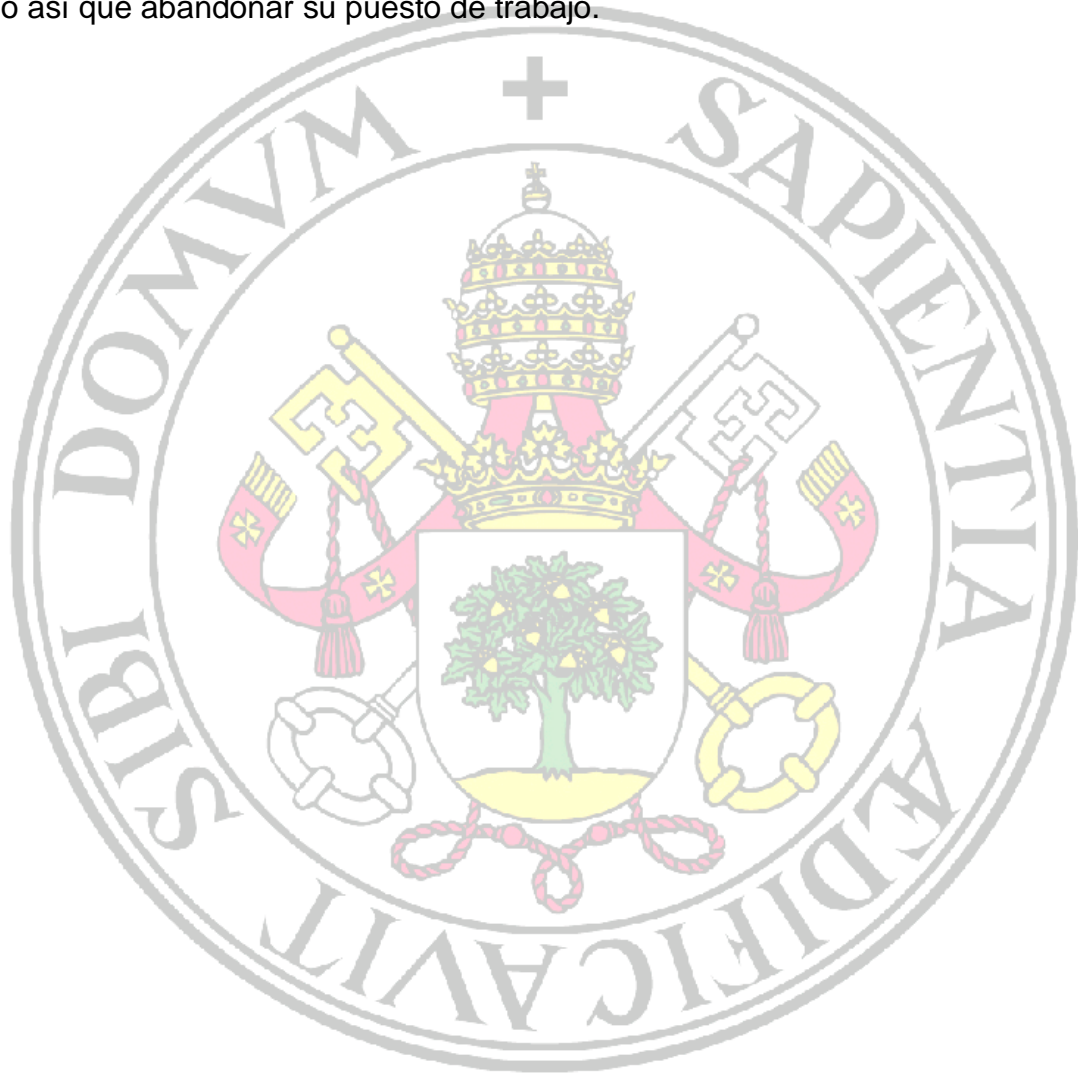
Por tanto, dada la situación en la que nos encontramos, va a ir en aumento el número de personas que necesiten cuidados (por el envejecimiento del país, aumento de la esperanza de vida, modificación de la pirámide poblacional) y las personas puede que cada vez sean más susceptibles de abandonar sus puestos de trabajo para dedicarse a

³ Las tasas de empleo de las mujeres (25 a 49 años) con hijos menores de 12 años son menores a las tasas de empleo de las mujeres de la misma edad sin hijos. En el caso de los varones sucede lo contrario, las tasas de empleo de los varones de 25 a 49 años con hijos son superiores a las de los varones de la misma edad sin hijos. MUJERES Y HOMBRES EN ESPAÑA 2013. INE, MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD.

⁴ PEREZ DEL RIO, T.; Igualdad de Género en el empleo. CARL. Sevilla.

⁵ SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “*Negociación colectiva y excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos*” en colaboración con OJEDA AVILÉS, A., coord. por GORELLI HERNANDEZ, J., “El derecho a la negociación colectiva: Liber amicorum”, 2014, págs. 471-477

cuidarlos de forma altruista. La conclusión a la que llega la autora Cristina Sánchez-Rodas Navarro, y con la que estoy totalmente de acuerdo, es que el derecho a la excedencia debería reconocerse a cualquier persona que quisiera asumir su cuidado, con independencia de que existiera, o no, parentesco entre ellos como obliga la normativa. Pero cualquier modificación en este aspecto se empequeñece si no va acompañado de un cambio en los valores de la sociedad, porque hoy día todavía tiene un gran arraigo el modelo de familia tradicional o el hecho de que la mujer sea quien solicite la excedencia, teniendo así que abandonar su puesto de trabajo.



2. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

Una de las peculiaridades del Derecho del Trabajo es su estrecha relación con el sistema político bajo el que se desarrolla, realidad que también se pone de manifiesto, tal y como ha descrito Pascual Allén, C⁶., en la regulación de esta figura a lo largo del tiempo.

El período franquista

En materia de relaciones laborales puede señalarse la supresión de la autonomía colectiva. Esta etapa se sustentará sobre un modelo cultural basado en la preeminencia del varón y en el confinamiento de la mujer en el hogar; la generalidad de las reglamentaciones de trabajo contemplaron el matrimonio de la trabajadora como causa de excedencia forzosa y automática. Se califica como forzosa, no por sus efectos en orden a la garantía de reingreso, sino que producido el supuesto de hecho, como lo era el matrimonio, venía impuesto automáticamente el abandono del trabajo para dedicarse en exclusiva al cuidado del hogar familiar. Por tanto, expulsar a la mujer casada del mercado laboral será la principal medida de “conciliación” durante la primera fase del régimen franquista⁷.

Las ordenanzas de trabajo introdujeron otros supuestos de excedencia en determinadas situaciones, entre ellas, el alumbramiento. Se reguló la excedencia voluntaria cuyo ejercicio solo era posible si lo reconocía la ordenanza.

En relación con la atención a la familia, la mayoría de reglamentaciones reconocían mayoritariamente que la titularidad del derecho era exclusivamente femenino, a pesar de no hacer distinciones entre mujeres y hombres.

Y en esta época si algo caracterizó la excedencia voluntaria es la vulnerabilidad de los trabajadores en esta situación, ante las dificultades para el reingreso, que depende de la existencia de alguna vacante.

⁶ PASCUAL ALLEN, C., “*La atención a la familia y la Excedencia laboral: del franquismo a la democracia*”, en el libro “*Conflictividad y movimientos sociales en Castilla y León, del tardofranquismo a la democracia*”. Pablo García (Coordinador). Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones e Intercambio Editorial, 2010.

⁷ (Decreto 258/1962 eliminará la excedencia forzosa de la mujer en caso de matrimonio).

A partir de 1.970 se reconocerá por primera vez la posibilidad de acceder a una excedencia por cuidado de hijos. La mujer podrá solicitar el reingreso en la empresa, que deberá destinarla a la primera vacante que se produzca de igual o similar categoría.

Por tanto, como síntesis de este período, se reconoce la titularidad de la excedencia a la mujer y se configura textualmente como voluntaria.

La Transición

La Ley 17/1.976 de 8 de abril de Relaciones Laborales regulará por primera vez la excedencia voluntaria. Configurándola como un derecho de todo trabajador contratado por tiempo indefinido, siempre que tuviese una antigüedad de dos años. No se estableció duración mínima aunque sí máxima, que se fijó en 5 años. Por tanto se eliminó la duración mínima, lo que facilita una utilización más flexible pero la titular continúa siendo en exclusiva la mujer. Aunque la norma no le atribuye expresamente la calificación de voluntaria continúa subordinando el reingreso a la existencia de vacante.

La Democracia

La Constitución Española⁸ consagrará el pluralismo jurídico atribuyendo una importancia decisiva a los sindicatos y a la negociación colectiva en la regulación de las condiciones de trabajo (artículo 37 CE).

A partir de los años 70 se irá extendiendo el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres desde la retribución a las demás condiciones de trabajo y progresivamente a las de seguridad social.

En la década de los 80 aparece la primera versión del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), la Ley 8/80 de 10 de marzo y en lo que se refiere a la excedencia voluntaria establecerá un régimen jurídico que se ha mantenido prácticamente inalterado hasta la fecha, salvo su duración mínima. Lo que respecta al reingreso del trabajador excedente conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes que hubiera o se produjeran en la empresa. Esta misma norma también regulará la excedencia por cuidado de hijo, la única novedad a resaltar es la atribución de la titularidad tanto al padre como a la madre.

⁸ Constitución Española de 1.978

Para el Tribunal Supremo estamos ante una excedencia voluntaria y por tanto, en lo que se refiere al derecho de reingreso, este está supeditado a la existencia de vacantes de igual o similar categoría a la del trabajador excedente.

Más adelante, el 8 de marzo de 1989 se publica en el Boletín Oficial del Estado la Ley 8/89⁹ de 3 de marzo que reconoce por primera vez en nuestro derecho, en una norma de carácter general, el derecho a la reserva de puesto de trabajo en el supuesto de excedencia por cuidado de hijos. Pasado este primer año, en el que se mantiene el derecho a la reserva del puesto de trabajo, es de aplicación la regulación prevista para la excedencia voluntaria. Además durante este primer año los efectos de esta excedencia se asimilan a la forzosa, se configura como situación asimilada al alta para acceder a las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social y también se considera como período de cotización efectiva.

Los años 90

Con la Ley 4/95 de 23 de marzo se propone extender los efectos de la excedencia forzosa a los tres años de duración de la excedencia por cuidado de hijo. Se introducía también la posibilidad de que los puestos que quedarán vacantes con motivo de la excedencia pudieran cubrirse mediante la celebración de nuevos contratos, a los que se les reconocería una reducción de cuotas en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social.

Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido este período la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

La nueva redacción permite afirmar que estamos ante una excedencia forzosa y que el trabajador goza de un derecho incondicionado al reingreso y no la mera expectativa de reingreso propia de la excedencia voluntaria.

La norma contempla una reducción de cuotas en las cotizaciones empresariales en la seguridad social de los contratos de interinidad celebrados para cubrir las plazas vacantes, contratos que deberán celebrarse con trabajadores beneficiarios de

⁹ Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo.

prestaciones por desempleo, de nivel contributivo o asistencial, que lleven más de un año como perceptores.

Es evidente que con ello se buscaba incentivar el reparto de empleo pero también aligerar los gastos en las prestaciones por desempleo, con lo que se perjudica a los parados de larga duración que no perciben prestación alguna. Y no se incentiva la contratación indefinida, sino la temporal.

En el Siglo XXI

Aquí aparece la figura de la excedencia familiar con la Ley 39/99 de 5 de noviembre¹⁰. En materia de excedencia se reconoce por primera vez el derecho cuando se trate de atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad. Se prevé una duración muy limitada ya que no será superior a un año, salvo que se establezca una duración superior por la negociación colectiva, y durante ese año el trabajador tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad.

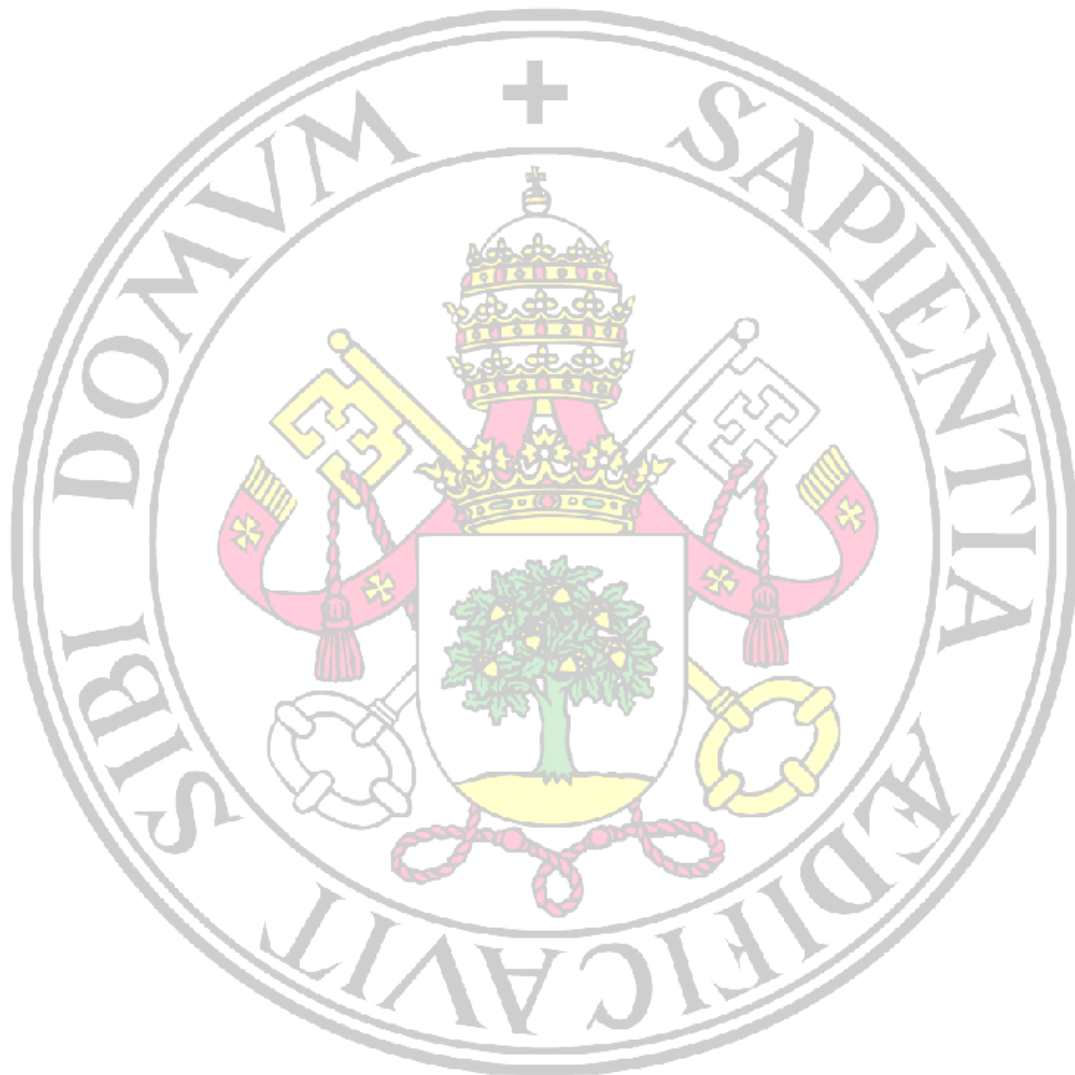
Y para dar fin a este breve resumen histórico sobre la excedencia, mencionar Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres la cual amplía a dos años la duración máxima de la excedencia para el cuidado de un familiar y además admite su ejercicio de una forma fraccionada lo que implica la posibilidad de que se pueda disfrutar en distintos períodos, siempre que la suma de todos ellos no supere el máximo establecido.

También se reduce la duración mínima de la excedencia voluntaria a 4 meses, ampliando así las posibilidades de su utilización para situaciones familiares no contempladas por la ley. En materia de derecho al reingreso, sigue estando supeditado a la existencia de una vacante, para el caso de la excedencia voluntaria.

Por tanto como breve resumen más conciso de todo lo anterior, en la época del franquismo solo la mujer podía solicitar la excedencia y ésta era únicamente voluntaria, con un derecho preferente al reingreso que podía dilatarse de forma amplia en el tiempo. En la versión del ET 8/80 se incluye al padre también, pero continua siendo voluntaria. Es con la ley 3/89 con la que se establece por primera vez el derecho a la reserva del puesto de trabajo.

¹⁰ Ley 39/99 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Seis años más tarde la Ley 4/95 da paso a que en el primer año de la excedencia se tenga derecho a la reserva del puesto de trabajo y los restantes años a uno del mismo grupo profesional o categoría equivalente. En el año 99 aparece la excedencia para el cuidado de familiares, hasta ahora solo era posible disfrutarla para el cuidado de hijos y la última modificación en materia de excedencia hasta la fecha es en 2007 cuando se amplía en un año más la duración de la excedencia para el cuidado de familiares.



3. CONCEPTO

Conciliar la vida laboral y familiar es algo primordial con los tiempos que corren. En esta línea la autora Jover Ramírez define el concepto “conciliar” de la siguiente manera; *“ajustar dos o más proposiciones que parecen contrarias, sin renunciar a ninguna de ellas”*¹¹. Esto es lo que se pretende con la excedencia, ya sea para el cuidado de cada hijo como para el de un familiar, se trata de poder compaginar el trabajo con el cuidado de estos familiares sin tener que renunciar al puesto de trabajo o verse obligado a salir del mundo laboral.

Por ello, el art 46. 3 del Estatuto de los Trabajadores se centra en suspender la actividad laboral para atender al cuidado de un familiar”¹².

“Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa”.

En el anterior párrafo, se reconoce el derecho a disfrutar una excedencia para el cuidado de hijos y en el siguiente la excedencia para el cuidado de familiares necesitados de cuidados.

“También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida”.

Por tanto, podemos definir la excedencia como una situación de suspensión temporal del contrato de trabajo en la que quedan interrumpidas las prestaciones laborales por ambas partes, es decir, el trabajador no presta sus servicios a la empresa y ésta deja de retribuirle por ello. Esta situación es tomada por iniciativa del trabajador a causa de un hijo menor de tres años o un familiar necesitado de cuidados.

¹¹ JOVER RAMIREZ, C., “La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma” en revista doctrinal Aranzadi Social núm. 4/2013 parte doctrina

¹² JOVER RAMIREZ, C., “La difícil supervivencia...”, cit.pag. 10

El derecho de reserva del puesto de trabajo es la peculiaridad de esta figura y además es lo que caracteriza la suspensión.

Los destinatarios de este derecho son tanto los hombres como las mujeres, aunque bien sabemos que en la realidad es la mujer la principal protagonista de tal situación¹³.

El Estatuto de los Trabajadores no define la excedencia, solamente la regula. En este sentido el Tribunal Supremo¹⁴ califica la excedencia como un paréntesis en la vida laboral de quien la disfruta, y lo califica además como un supuesto atípico de suspensión del contrato de trabajo.

Es cierto, como más adelante veremos, que disfrutar este derecho lleva aparejado una serie de garantías para el trabajador, pero con todo y con eso sigue existiendo un factor de riesgo por el que se pueden dar ciertas consecuencias negativas, a destacar entre ellas la pérdida de prestación económica, el desfase formativo desde que se abandona el puesto hasta que se reincorporan al mismo, etc. Ello hace que en ciertas ocasiones los trabajadores se vean coartados para hacer uso de este derecho.

Analizando lo establecido legalmente en la norma, sobre la excedencia para el cuidado de familiares, vemos como el legislador toma conciencia sobre las necesidades sociales que puedan desencadenar la relación familiar; pero parece olvidar lo cotidiano al establecer que la persona causante de este tipo de excedencia no realice ningún tipo de actividad retribuida, lo cual se agrava aún más cuando la persona encargada de proporcionarle tales cuidados también tiene que “dejar su puesto de trabajo” para ello, lo que supone el dejar de percibir ingresos por el trabajo que desempeñaba¹⁵. Entonces, ni el sujeto causante, ni la persona encargada de su guarda perciben ingresos, con lo cual habría de plantearse si este derecho es únicamente para clases acomodadas que puedan permitirse el lujo de prescindir de dos sueldos para la economía familiar en relación a los gastos que ocasione el cuidado del sujeto causante.

Y otra de las cosas que, bajo mi punto de vista, tampoco se tienen en cuenta es la inserción laboral que los poderes públicos deben promover de las personas

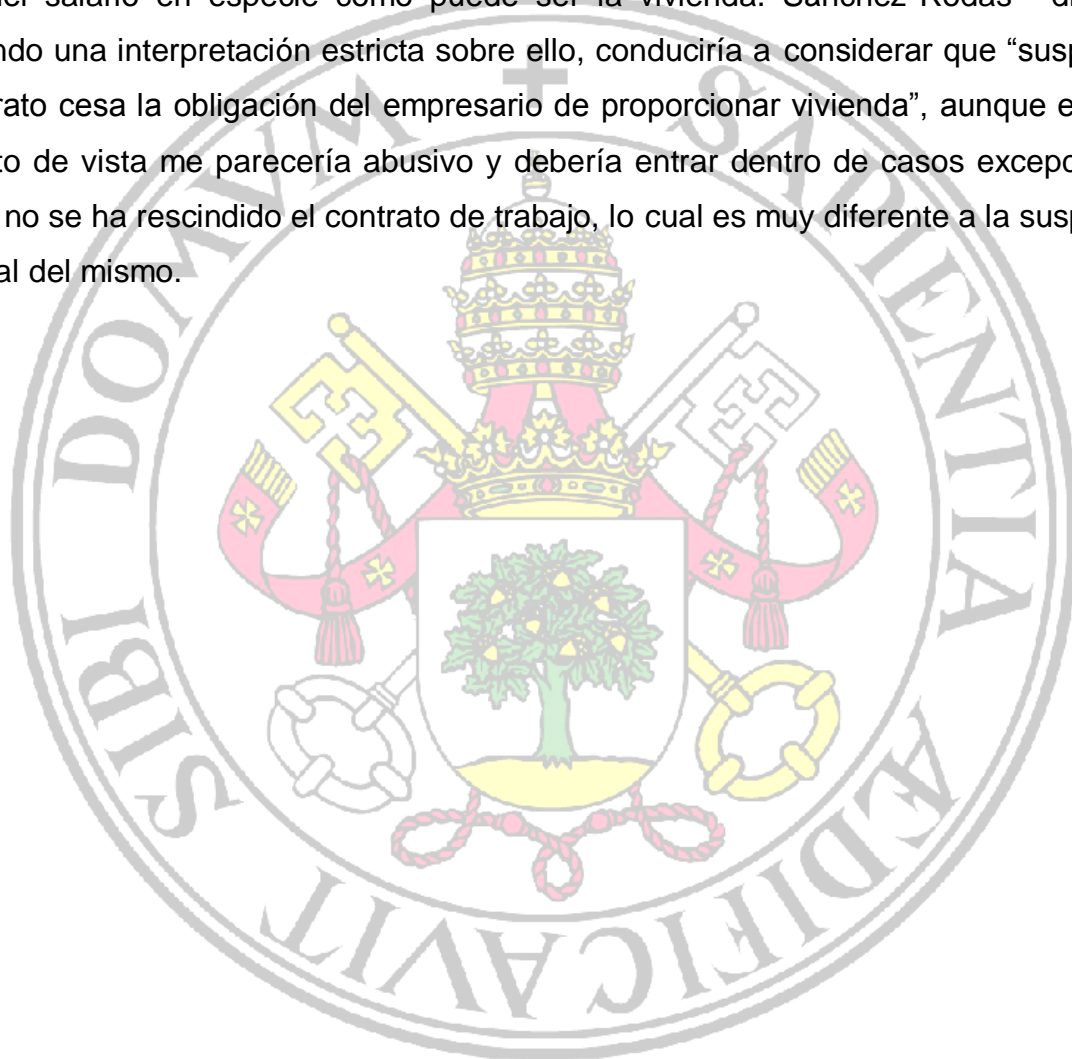
¹³RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social”, en revista AFDUDC, 11, 2007, págs. 855-884

¹⁴ STS 12/3/2003 RJ 2003, 3811.

¹⁵ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “La excedencia por razones...” cit. Pag. 11

discapacitadas; promocionan tal inserción pero, al mismo momento, frenan la misma exigiendo al sujeto causante de una excedencia para el cuidado de familiares que no desempeñe actividad retribuida alguna, lo que parece un tanto contradictorio.

Como ya sabemos, durante la excedencia cesan las obligaciones tanto del trabajador como del empresario en la prestación de servicios y en retribuir la misma, respectivamente; pero el problema viene cuando, por ejemplo, se está percibiendo una parte del salario en especie como puede ser la vivienda. Sánchez-Rodas¹⁶ dice que realizando una interpretación estricta sobre ello, conduciría a considerar que “suspendido el contrato cesa la obligación del empresario de proporcionar vivienda”, aunque ello bajo mi punto de vista me parecería abusivo y debería entrar dentro de casos excepcionales porque no se ha rescindido el contrato de trabajo, lo cual es muy diferente a la suspensión temporal del mismo.



¹⁶ SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C. “Negociación colectiva y excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos”, en plataforma on-line Dialnet

4. NATURALEZA JURÍDICA

Existen argumentos contrapuestos en torno a cómo calificar estas excedencias, para el cuidado de hijos o para el de familiares en su caso, como voluntarias o forzosas. Bien, pues decir que se considerará voluntaria genéricamente cuando no se tiene derecho preferente al reingreso, es decir, cuando no se tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo. La excedencia que nos ocupa es una figura híbrida dado que no hay consenso.

El Estatuto de los Trabajadores no deja clara la naturaleza jurídica ni de la excedencia para el cuidado de hijos ni para la de familiares. Existen autores que perfilan dichas excedencias como forzosas y otros que lo hacen como voluntarias, no existe consenso al respecto.

Por ejemplo Pérez Alonso M.A.,¹⁷ para calificarla como excedencia voluntaria se basa en el hecho de poder elegir libremente el hecho situarse en excedencia o no, lo que en la excedencia forzosa no ocurre, porque como bien indica su adjetivo es forzosa (forzosa en el sentido de tener un hijo o un familiar que necesita de una atención especial o ciertos cuidados, lo que la convierte en algo a la fuerza por tener que situarse en este tipo de excedencia).

Por ello, algunos autores se basan en el poder de decisión que tiene cada persona para situarse en excedencia y así calificarla de una u otra manera.

Lo que sí podemos observar es un rasgo en común entre ambos tipos de excedencias, que es la existencia de dificultades para compaginar la vida personal y laboral.

Bien es cierto que si nos fijamos solamente en la libertad que tiene un trabajador para decidir por sí solo acceder a cada una de ellas nos hace pensar en un adjetivo u otro (voluntaria/forzosa), pero debemos de ir más allá para calificarlas como tal.

El ET reconoce la excedencia voluntaria para aquellos trabajadores fijos que tengan al menos una antigüedad de un año en la empresa, mientras que la excedencia tanto por cuidado de hijos, como de familiares se puede acceder desde contratos temporales.

¹⁷ PEREZ ALONSO, M.A., “La excedencia laboral. Aspectos laborales y de seguridad social”, en revista doctrinal Aranzadi social num. 10/2007, Pamplona.

Respecto al requisito para situarse en excedencia voluntaria (un año de antigüedad) parece ser complicado con los tiempos que corren, por el hecho de exigirte cierta antigüedad para hacer uso de este derecho. Más sencilla parece la posibilidad de acogerse a la excedencia para el cuidado de hijos o familiares al no poner límites en el tipo de contrato que se haya suscrito con la empresa.

Pérez Alonso M.A., habla sobre la excedencia para el cuidado de hijos y familiares y califica la misma de excedencia forzosa, la cual te da el derecho a reservar el puesto de trabajo durante el primer año de duración de la misma y en cambio en la voluntaria no se tiene este derecho, simplemente un reingreso preferente a vacantes de igual o similar categoría.¹⁸

Como vemos, bajo mi punto de vista, parece que se quieren disminuir las consecuencias negativas que surgen a raíz de situarse en excedencia para el cuidado de un hijo o bien de un familiar reservando para ello el puesto de trabajo durante el primer año, mientras que en la excedencia voluntaria (la cual la solicitas por causas diferentes al cuidado de un hijo o familiar, parece ser que no es una causa sobrevenida como la anterior, sino que es algo que decide cada persona y que de no ser así podría seguir desempeñando sus tareas diarias en el puesto de trabajo) con ello quiero decir, que si un familiar se pone enfermo o un hijo es algo que no lo planeamos, surge sin más y como solución a esto aparece la excedencia para el cuidado de familiares calificada de forzosa, en el sentido de que necesitan cuidado y para ello tienes que acogerte a la excedencia si quieres prestarles los cuidados necesarios.

Rodríguez Escanciano, S.,¹⁹ comenta que en el primer año de la excedencia para el cuidado de hijos o familiares podría considerarse forzosa. Las razones para considerarla así están en que durante este año te reservan el puesto de trabajo que estabas desempeñando y además se computa este tiempo a efectos de antigüedad, todo redunda en grandes ventajas para el trabajador lo que posibilita embaucarte en tal excedencia por no tener “nada” que perder y sí que “ganar”. Y en la línea de esta profesora, el resto de los años que se siga disfrutando de la excedencia se dejan a elección del propio trabajador, por lo que parece hacernos deducir que adquiere el adjetivo de excedencia voluntaria por solo tener preferencia en el reingreso al puesto (antes podías volver a tu

¹⁸ Artículo 46 ET excedencias.

¹⁹ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “La excedencia por razones...” cit. Pag. 11

puesto, de ahí el derecho a la reserva del puesto, pero ahora solo se tiene una preferencia en el mismo), es decir, que en cada uno está la libertad de volver a su puesto de trabajo transcurrido el año o conservar solo el derecho de preferencia al reingreso a partir del año. Aun así, la propia autora lo califica a su vez como “excedencia forzosa especial” al tener derecho a un puesto en el mismo grupo profesional o de categoría equivalente al que se venía desempeñando. Esto es lo que podríamos definir como “*Tentium Genus*”, dado que se queda a mitad de camino entre la opción de ser voluntaria o forzosa, podría ser una tercera posibilidad distinta a las anteriores.

Como conclusión, después de lo anterior, podemos decir que la excedencia para el cuidado de hijos y familiares tiene más rasgos en común con la excedencia definida como forzosa (reserva del puesto y cómputo de la antigüedad) que con la excedencia voluntaria.

Los convenios colectivos no suelen definir la naturaleza jurídica de estas excedencias, pero Sánchez-Rodas Navarro C.²⁰ apunta el II Convenio Colectivo profesional de los controladores de tránsito²¹, en el cual se considera dicha excedencia como voluntaria, lo que a mi parecer no tiene mucho sentido calificarla de esta manera. Aún así, son pocos los convenios colectivos que entran a definir tal naturaleza dado que ni las normas legales lo hacen.

²⁰ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., “*La excedencia por razones...*” cit. Pag. 11

²¹ Citado por SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., en “Negociación colectiva y Excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos”: II Convenio Colectivo profesional de los controladores de tránsito aéreo en la Entidad Pública Empresarial aeropuertos españoles y navegación aérea vigente hasta el 31 de diciembre de 2.013.

5. REQUISITOS

Primero hablaremos de los requisitos que se han de dar para disfrutar la excedencia por razones familiares definidos por el Estatuto de los Trabajadores y más adelante nos centraremos en los requisitos para solicitar la misma.

El único requisito a destacar para poder disfrutar de una excedencia para el cuidado de hijos es que se produzca el hecho causante, es decir, que nazca el hijo. Se incluyen las posibilidades de que sea tanto por naturaleza, adopción o acogimiento y se comienza su cómputo desde la fecha de nacimiento o, en su caso, desde la resolución judicial o administrativa.

En el caso de que el niño sea mayor de 3 años no parecen ponerse límites para hacer uso de la excedencia para el cuidado de familiares, ya que no deja de ser un familiar que necesitado ciertos cuidados por la razón que sea. Ahora bien, si nos ceñimos a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores solo se podrían hacer cargo del mismo el padre o la madre, abuelos o hermanos, hasta aquí perfecto (hasta el 2º grado); pero qué ocurre si se trata de un niño que por desgracia sea huérfano.

En cambio para el caso de que se solicite una excedencia para el cuidado de un familiar existen más requisitos que se han de cumplir.

El primero de ellos es tener una afinidad o consanguinidad de hasta el segundo grado con el familiar necesitado de tales cuidados. Esto debería de ampliarse contemplando a parentescos más lejanos e incluso hasta personas con las que no se tenga ningún tipo de lazo familiar y sí afectivo y quieran hacerse cargo de tales personas. Es el caso que exponía anteriormente sobre un niño huérfano, el legislador debió de haber contemplado esta situación tan compleja permitiendo que familiares más allá del segundo grado puedan hacerse cargo de su cuidado.

Nada parece impedir que el trabajador excedente sea ayudado por otros familiares o hasta que incluso contrate a otra persona con el mismo fin.

El ET, como hemos visto, restringe el círculo de personas que puedan hacerse cargo para dichos cuidados y en cambio la ley 39/2006²² en el artículo 2.5 prevé que los cuidados no

²² Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia BOE Núm. 299, de 15 de diciembre de 2006

profesionales puedan ser prestados por personas de la familia e incluso por personas de su entorno.

Otro requisito es que no pueda valerse por sí mismo pero el problema aparece a la hora de interpretar el término discapacidad. El Real Decreto Legislativo 1/2013²³ define la discapacidad como *“Una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad (...)”* En cambio la ley 26/2011²⁴ considera que una persona con discapacidad es aquella que tenga reconocida una discapacidad igual o superior al 33%.

Todo lo anterior no es exigido por el Estatuto de los Trabajadores porque nada dice sobre ello, de ahí la posibilidad de que surjan diferentes interpretaciones dependiendo del enfoque que se dé a dicho término.

Un requisito más, contemplado en el Estatuto de los Trabajadores, es que no se lleve a cabo ningún tipo de actividad retribuida por parte de la persona causante de la excedencia, lo que a mi parecer carece de gran sentido. Esto puede suponer un verdadero quebradero de cabeza para la persona necesitada de cuidados debido a los costes materiales que se derivan de su cuidado y esos ingresos dejados de percibir pueden ser necesarios para esa economía familiar; lo que consecuentemente hace pensar que este requisito esté pensado únicamente para aquellas familias con suficiente patrimonio como para no quedar resentida su economía. Jover Ramírez C.,²⁵ le da un giro de tuerca contemplando una interpretación más amplia y entendiendo como errónea la actual; tener una actividad retribuida o no, puede entenderse como la posibilidad de disponer de los recursos suficientes para contar con una ayuda externa sin la necesidad de que un familiar tenga que suspender temporalmente su relación laboral para hacer a su cargo. Para lo anterior Jover Ramírez C., cree más conveniente calificarlo como “límite de recursos a estos efectos” y no actividad retribuida. Ahora bien, y a colación de la actividad retribuida, sí se puede acceder a la excedencia aunque la persona causante de la misma reciba cualquier pensión.

²³ Real Decreto Legislativo 1/2013 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. BOE Núm. 289, de 3 de diciembre de 2013

²⁴ Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, BOE Núm. 184, de 2 de agosto de 2011

²⁵ JOVER RAMIREZ, C., *“La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma”* en revista doctrinal Aranzadi Social núm. 4/2013 parte doctrina.

Es contradictorio que teniendo una actividad retribuida no se pueda acceder a tal excedencia, pero sí cuando se esté percibiendo una pensión, dado que la finalidad es la misma que es de sustento económico. Para encontrar el sentido de lo expuesto en el Estatuto de los Trabajadores se ha de interpretar desde el punto de vista de que si una persona puede desempeñar una actividad retribuida es porque tiene la suficiente valía para realizarla, no siendo necesario por tanto otra persona para su cuidado. Y en cambio, una persona con una pensión puede haberla obtenido por un grado de incapacidad y, por tanto, no se valdrá por sí misma.

Visto así, parece que se limita la inserción laboral de personas con algún tipo de discapacidad al no poder compaginarlo con una excedencia para su cuidado. Se hace elegir entre la inserción laboral o el cuidado del familiar, porque ambas no parecen estar contempladas por la ley si se tiene el propósito de acceder a una excedencia para el cuidado de un familiar.

Y así concluye sobre este requisito la autora Jover Ramírez, C.²⁶, diciendo que si la finalidad del precepto que regula tal excedencia, es únicamente limitar su aplicación a personas que no tengan suficientes ingresos económicos, debería de modificarse para su correcta aplicación y considerarse tanto los recursos económicos percibidos por cuenta ajena, como los recursos públicos, visto que el fin es el mismo.

Sánchez-Rodas Navarro, C.²⁷, apunta también la idea de que el legislador debería de haber contemplado un límite de ingresos por debajo de los cuáles, siempre y cuando fuesen razonables, no importase que se percibiesen para así poder asegurar un mínimo para los cuidados que se hagan necesarios y no relegar este derecho únicamente a las personas con un alto nivel adquisitivo.

Existen convenios, como por ejemplo el citado por la anterior autora en su libro²⁸ que contemplan el hecho de que si la persona necesitada de cuidados recibe o no algún tipo de retribución a causa de desempeñar una actividad retribuida, en ese caso, si no supera el salario mínimo interprofesional no será de importancia.

El artículo encargado de su regulación en el Estatuto de los Trabajadores (46.3) nada dice sobre si el familiar que necesita de cuidados haya de vivir con el “cuidador”, por tanto no

²⁶ JOVER RAMIREZ, C., “La difícil supervivencia de la...” cit. Pág. 10

²⁷ SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “La excedencia por cuidados familiares; el régimen jurídico de los cuidados no profesionales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

²⁸ SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “La excedencia...” cita anterior

es algo que sea obligatorio. Tampoco lo es que el familiar necesitado de cuidados esté a cargo económicamente del trabajador encargado de sus cuidados.

El legislador tampoco especifica que sea necesario que la persona causante deba estar hospitalizada por la enfermedad que tenga y puede ser tanto por causa de un accidente laboral como de un accidente no laboral, y en el caso de un accidente laboral, la indemnización que pueda llegar a cobrar no es un impedimento para ser beneficiario de la excedencia.

En el caso de que el familiar necesitado de cuidados comenzara a desempeñar, durante la excedencia, una actividad retribuida la empresa puede proceder de diferentes formas. La primera es dejar que el trabajador siga disfrutando de la excedencia a pesar de tener conocimiento de su trabajo, lo que supondría un coste que sería innecesario para el sistema de seguridad social puesto que se computarían como cotizados períodos que en verdad no lo serían y además es contrario al requisito dispuesto por el ET. Otra de las opciones es que la empresa revoque el derecho a la excedencia por incumplimiento de la legislación y esta revocación puede incluso plantearse ante la jurisdicción competente.

El art 46.3 ET no limita este derecho únicamente a trabajadores con contratos indefinidos, siendo posible también con trabajadores con contratos temporales. En el caso de estos últimos, la excedencia ha de tener una duración inferior a la duración del contrato laboral y, en el caso de ser superior, lo cual no tendría mucho sentido, se extinguiría el derecho a la excedencia por cumplimiento del término del contrato.

Ambos trabajadores, con independencia de su contrato, tienen los mismos derechos. Pero aun así hay convenios colectivos que limitan el uso de esta figura únicamente a trabajadores fijos de plantilla.

En cuanto a los requisitos formales no se habla de ningún requisito concreto en la ley. S. Rodríguez Escanciano nos hace ver que en realidad no es una solicitud en sí misma, dado que el empresario está obligado a concederlo, habría de ser más bien considerado como un aviso.

Por tanto existe libertad de forma para realizarlo, pero sería algo positivo redactar un documento en el que se deje constancia de dicha “solicitud” junto con el día de inicio y finalización de la excedencia.

Tampoco está establecido ningún preaviso antes de situarse en excedencia, pero algunos convenios colectivos lo contemplan y establecen una antelación mínima de 3 meses y en los casos que no pueda preverse con antelación, como excepción, será de 15 días el preaviso²⁹; otros en cambio establecen un preaviso mínimo de 30 días.

Otro convenio colectivo³⁰ establece como algo imprescindible una solicitud por escrito y compromiso formal de que el trabajador en el tiempo de excedencia no realizará actividad retribuida que implique un conflicto de intereses con la empresa. Como vemos no hay nada establecido por ley y por ello las opciones son de lo más variopintas.

El empresario ha de contestar de forma expresa o tácita, no se puede negar su concesión al trabajador dado que es un derecho innegable y tampoco puede aplazarlo para otro momento, solo puede poner límites a la misma cuando dos trabajadores soliciten la excedencia por el mismo sujeto causante.

En el caso de que la empresa no conteste a la misma, no parece del todo correcto situarse en excedencia de manera unilateral sin tener en cuenta la respuesta de la empresa, se debería esperar o ante tal negativa impugnarlo ante la jurisdicción.

Únicamente la empresa puede contestar de forma negativa en el caso de que no esté justificado o acreditado el grado de parentesco con la persona necesitada de tales cuidados o por no estar probada tal necesidad. Es el caso de un convenio colectivo de Pamplona³¹ el cual en su art. 17 establece que se ha de acreditar certificado médico acreditativo de la causa que motiva la solicitud de excedencia y además acompañarlo de un certificado de los servicios sociales.

En cuanto a la finalización y por tanto reincorporación del trabajador excedente, el trabajador no tiene obligación legal de avisar sobre el momento de su reincorporación, pero sería de agradecer para la empresa dado que así esta podría organizarse y avisar a la persona que se contrató para cubrir su vacante a raíz de la excedencia disfrutada.

²⁹ Convenio colectivo para el sector del comercio de alimentación de Lugo, Núm. 39, Boletín de la Provincia de Lugo, 17 de febrero de 2011

³⁰ Convenio colectivo Volkswagen-Audi. España, S.A., Núm. 311, Boletín Oficial de España, jueves 25 de diciembre de 2014

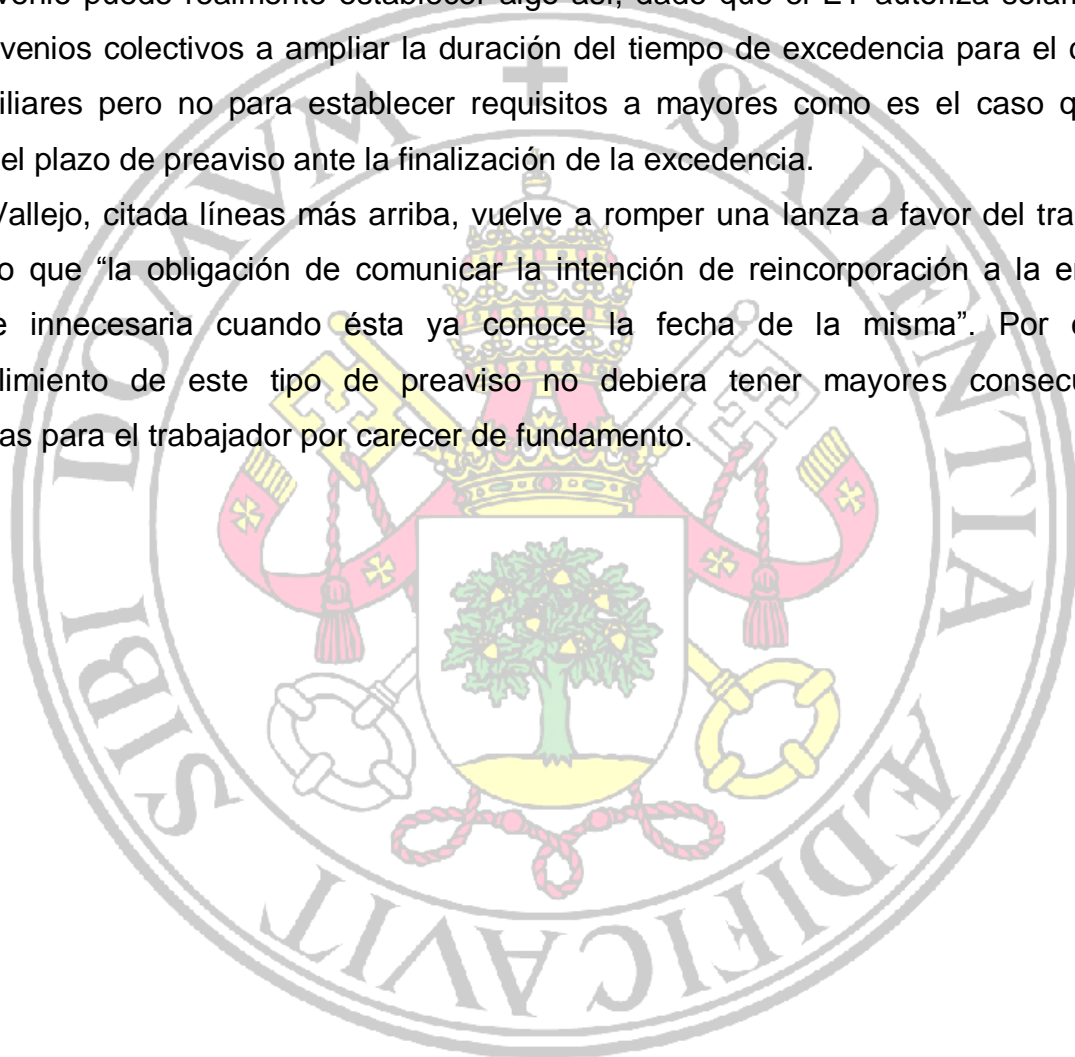
³¹ Convenio colectivo de la Entidad la Magdalena y su huerta, S.L., de Pamplona. Boletín Oficial de Navarra, 9 de diciembre de 2014

Otro de los convenios colectivos que se encargan de regular esta materia es el de Huesca³², en su art. 29.4 dice que 15 días antes de finalizar la excedencia el trabajador debe avisar a la empresa con antelación.

En cambio hay autores como Rivas Vallejo³³ que dice así “*La reincorporación no se solicita sino que se ejercita*”.

Como veíamos el ET no exige poner en conocimiento del empresario la intención del trabajador de reincorporarse y muchos convenios sí lo exigen, lo que hace plantearnos si un convenio puede realmente establecer algo así, dado que el ET autoriza solamente a los convenios colectivos a ampliar la duración del tiempo de excedencia para el cuidado de familiares pero no para establecer requisitos a mayores como es el caso que nos ocupa, el plazo de preaviso ante la finalización de la excedencia.

Rivas Vallejo, citada líneas más arriba, vuelve a romper una lanza a favor del trabajador diciendo que “la obligación de comunicar la intención de reincorporación a la empresa deviene innecesaria cuando ésta ya conoce la fecha de la misma”. Por ello un incumplimiento de este tipo de preaviso no debiera tener mayores consecuencias negativas para el trabajador por carecer de fundamento.



³² Convenio Colectivo del sector de oficinas y despachos de la provincia de Huesca, Núm. 241 Boletín Oficial de la Provincia de Huesca, 18 de diciembre de 2014

³³ RIVAS VALLEJO, M.P., “*La Suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*”. Aranzadi, Pamplona, 1999, Pag. 257

6. DURACIÓN

La duración tanto para la excedencia por cuidado de familiares como para el cuidado de hijos está regulada en el Estatuto de los Trabajadores, en el artículo 46. 3: *“Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción (...)”* y además añade: *“También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (...).* Como vemos la duración establecida para cada una de las excedencias es diferente.

Pese a que, como puede apreciarse, el legislador únicamente alude a la posibilidad de que la negociación colectiva amplíe la duración de la excedencia por cuidado de familiares hay que entender que, en cumplimiento de su función de mejora de la regulación legal, también podría ampliar la duración de la excedencia por cuidado de hijo.

Destaca la delegación en materia de duración en la excedencia para el cuidado de familiares, a la negociación colectiva. Por ello vemos como en los convenios colectivos se dedican a este tema y en muchos de los casos limitándose a reproducir lo dispuesto en la normativa y en contadas ocasiones ampliando/mejorando dicha regulación. Pero bien es cierto, que si un convenio mejora lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores sobre la excedencia para el cuidado de hijos no estaría haciendo mal aunque no se haga mención expresa en el artículo.

En el caso de la excedencia para el cuidado de hijos el tiempo máximo de duración es de 3 años, pudiendo ser solicitada por un tiempo inferior e ir ampliándola de forma continuada. Este se puede iniciar en cualquier momento posterior al nacimiento del hijo, no se requiere que sea en el momento en que nazca el sujeto causante.

En la excedencia para el cuidado de un familiar, el legislador además de ponerla un tiempo límite como en el anterior caso, ha establecido una duración más reducida; algo no

muy lógico cuando ambas parecen perseguir el mismo fin que es el de atender a un familiar.

En un principio el tiempo concedido para cuidar de un familiar era de un año únicamente, algo que fue duramente criticado, se pedía que al menos se equiparase con la duración de la anterior excedencia de 3 años de duración.

La LOEIMH³⁴ amplió en un año más su duración, es decir, que ahora el tiempo para disfrutar de la excedencia para el cuidado de un familiar se amplió en un total de 2 años y se dejó en manos de los convenios colectivos cualquier mejora al respecto.

Son pocos los convenios que contemplan una mejora respecto de lo dispuesto en el ET en cuanto a la excedencia para el cuidado de un familiar, y en ningún caso parecen superar los 3 años, se iguala a la duración de la excedencia para el cuidado de hijos.

Por ejemplo en el caso del convenio colectivo de Palencia de limpieza de edificios y locales, en su artículo 26 se establecen un año adicional a lo dispuesto en la normativa legal. Otro de los convenios colectivos que amplían a la misma duración es por ejemplo el de Pamplona de la *Entidad la Magdalena y su huerta, SL*, el cual así lo dispone en su artículo 17.

Algo fuera de lo normal es el convenio colectivo para la industria de las granjas avícolas y otros animales en el cual se establece una duración de 5 años para el cuidado de familiares³⁵.

Pese a dejar en manos de los convenios colectivos su mejora, se dió paso a un campo de intervención extraordinario, por lo que, como bien dice Molina Navarrete³⁶, a mayores expectativas, mayores decepciones.

Pero la mayoría de ellos se limitan a copiar lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y son pocos los que establecen mejoras respecto a la duración.

Visto esto, la legislación en ningún momento pone impedimento alguno a que se disfrute en primer lugar de una excedencia, por ejemplo la de cuidado de hijos y, a continuación, otra para el cuidado de familiares; siendo un total de 5 años en excedencia para el

³⁴ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Vigente hasta el 1 de enero de 2.016, BOE Núm. 71 de 23 de marzo de 2007

³⁵ Citado por SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., en "La excedencia por cuidado de familiares. El régimen jurídico de los cuidadores no profesionales".

³⁶ MOLINA NAVARRETE, C., "Conciliación de la vida laboral y familiar. Guías de negociación" Consejo andaluz de RRL, Sevilla 2006.

cuidado de un familiar aunque sea por el mismo sujeto causante; por ello habría de preguntarse si finalmente tendrían el mismo fin ambas excedencias pero lo único que las diferencia es el nombre. Rivas Vallejo, M.P.,³⁷ dice así “*agotada la duración máxima de la excedencia por cuidado de hijos, la suspensión del contrato puede prolongarse por un período adicional, acudiendo a la excedencia por cuidado de familiares*”, lo cual no hace otra cosa que confirmar mis expectativas sobre lo antes expuesto.

La legislación hace posible que su disfrute sea fraccionado³⁸, pero en esta línea López Gandía, J.,³⁹ señala como el ordenamiento español no contempla una utilización flexible de tal derecho, como por ejemplo con tan solo situarse en excedencia de forma parcial, sin tener que suspender el contrato por completo, incluso por unos meses solamente o semanas como sí se hace en otros países. En esta misma línea Rivas Vallejo, citada antes, dice que por ejemplo en los casos de permisos de paternidad, adopción y acogimiento sí es posible disfrutarlos en un régimen de jornada parcial y no entiende el por qué no es posible para el caso de la excedencia ya que resultaría beneficioso para los trabajadores que no deseen ver resentida su economía familiar, algo que en muchos casos es un gran obstáculo a la hora de solicitar este derecho para situarse en excedencia.

A pesar de la duración establecida, el trabajador puede pretender reincorporarse a su puesto de trabajo antes de la fecha pactada para su finalización, aunque bien es cierto que lo más frecuente es que esto no ocurra, pero no deja de ser una posibilidad más. En este caso nada establecen los convenios colectivos ni el Estatuto de los Trabajadores y es que no parece sensato obligar al empresario a que reincorpore al trabajador dado que su fecha fue pactada y puede trastocar el funcionamiento de la organización y no por ello se le puede atribuir esta acción como un despido.

Por ello una vez situado el trabajador en excedencia no puede pretender y menos exigir al empresario su reincorporación *ante tempus*.

³⁷RIVAS VALLEJO, M.P., “*La Suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*”. Aranzadi, Pamplona, 1999.

³⁸ Artículo 46.3 Estatuto de los Trabajadores: “*La excedencia contemplada en el presente apartado, cuyo período de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres*”.

³⁹ LOPEZ GANDIA, J., “*Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencia*”, AS, núm. 15, 2004, págs. 45 y ss.

Pero al hilo de este tema, resulta interesante traer a colación el supuesto en que cese la necesidad de prestar tales cuidados al familiar antes de finalizar el período de excedencia y según la normativa legal la excedencia dejaría de tener validez. Otra de las razones por la que dejaría de tener validez sería por la realización de una actividad retribuida por parte del familiar necesitado de cuidados (requisitos que en el anterior punto vimos). En el caso de que cese la causa que motivó la excedencia, la interpretación literal de la norma dice que desaparecida la causa que ocasionó la misma, hace que desaparezca el tiempo que en un principio se pactó.

Conviene también citar el caso del EBEP⁴⁰ que, en su artículo 89.4, concede el mismo tiempo de duración tanto en la excedencia para el cuidado de hijos como para el de familiares, a diferencia del ET. Además, reserva el puesto de trabajo al menos durante dos años y, una vez transcurridos, se tendrá derecho a otro puesto de trabajo en la misma localidad y de igual retribución. Esta regulación es bastante más favorable que la que hace el ET sobre el mismo tema. Pero no hay que olvidar que el EBEP es posterior al ET lo que puede, en parte, explicar esta mejora el hecho de estar más concienciado sobre las necesidades de los trabajadores.

Como síntesis, el ET establece para la excedencia de familiares 2 años, con la opción de mejorar la misma por convenio colectivo y en cambio el EBEP establece 3 años y no cabe la opción de mejora. Puede ser beneficioso en algunos casos una regulación y en otros otra, dependiendo de lo dispuesto en los convenios colectivos para el personal laboral.

⁴⁰ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE Núm. 89, de 13 de abril de 2007

7. Beneficios

Hablaré sobre beneficios refiriéndome a los derechos que tiene el trabajador durante el tiempo que se sitúe en excedencia y sus ventajas.

En la excedencia, bien sea para el cuidado de hijos o familiares, el único beneficiario que existe es el familiar en situación de necesidad. En el caso de la excedencia para el cuidado de un familiar, el trabajador que la solicita no es más que un mero instrumento para que el familiar necesitado de cuidados consiga dicha finalidad.

Los derechos que el trabajador tiene reconocidos son los siguientes⁴¹:

- El tiempo en excedencia será computable a efectos de antigüedad, por ejemplo para el caso de ascensos, cálculo de indemnizaciones por despido, etc. Resaltar que el plazo máximo⁴² que se puede computar a efectos de antigüedad para el caso de la excedencia para el cuidado de familiares es de 2 años, por ser esta la duración legalmente prevista en el Estatuto de los Trabajadores y con independencia de las mejoras establecidas en cada uno de los Convenios Colectivos que los regulen.

- El trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional. A tales cursos será convocado por el empresario y especialmente cuando el trabajador vaya a reincorporarse a su puesto de trabajo.

El trabajador no está obligado a asistir a tales cursos, aunque se distinguen varios supuestos⁴³. El primero es que el trabajador se encuentre en pleno período de disfrute, el segundo, que se encuentre al final del mismo y tercero, que el contrato se acabe de reanudar por la finalización de la excedencia. En los dos primeros supuestos el trabajador se puede oponer a la realización de estos cursos de formación sin tener que recibir ningún tipo de sanción por parte del empresario. En el último caso se atenderá a las reglas pactadas en el contrato laboral.

El legislador, según Sánchez-Rodas Navarro, C.⁴⁴, reconoce al trabajador la facultad de un derecho ejercitable a su voluntad pero no una obligación.

⁴¹ Art. 46.3 Estatuto de los Trabajadores

⁴² SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *“La excedencia por cuidados familiares; el régimen jurídico de los cuidados no profesionales”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

⁴³ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., *“La organización fundamental de la sociedad”*

⁴⁴ SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *“La excedencia... cit. Pág. 26”*

Pero en el caso de que la empresa haya introducido novedades, siempre y cuando sean estos cambios importantes para el desempeño del trabajo, y puedan suponer ciertos riesgos laborales, se pierde la obligatoriedad en la asistencia, es decir, que se convierte en una obligación para el trabajador⁴⁵.

- Otro de los derechos que le corresponde al trabajador excedente, el cual supone un gran aliciente para solicitar la excedencia, es el hecho de que te aseguren el reingreso en la misma empresa, de no ser así a penas se usaría por el temor de perder el puesto de trabajo.

El derecho a volver al mismo puesto de trabajo solo existe durante el primer año, en los años consecutivos se concede el derecho sobre un puesto de la misma o equivalente categoría profesional.

Añadir además, que el trabajador que forme parte de una familia numerosa tendrá derecho a que se le reserve su puesto durante 15 meses, en el caso de que sea una familia numerosa general. En el caso de ser de categoría especial, esta reserva se amplía en 3 meses más, es decir, un total de 18 meses.

La lectura conjunta del apartado 3 del artículo 46 del ET da a entender que esta ampliación del tiempo de reserva del puesto de trabajo es tanto para la excedencia para el cuidado de hijos, como para el de familiares, pero C. Sánchez-Rodas dice que esto se estableció en un principio solamente para los trabajadores en excedencia por razón del cuidado de hijos.

Desde mi punto de vista no debería de hacerse distinción para un tipo de excedencia u otra a la hora de la reserva del puesto de trabajo, dado que ambas tienen el mismo fin que es el de conciliar la vida laboral y familiar.

-Otro beneficio para el trabajador es el cómputo como cotizado del tiempo de excedencia, pero, aun partiendo del mismo supuesto de hecho para el cuidado de un hijo o de un familiar, que solo difiere en la edad del sujeto causante, los beneficios son diferentes.

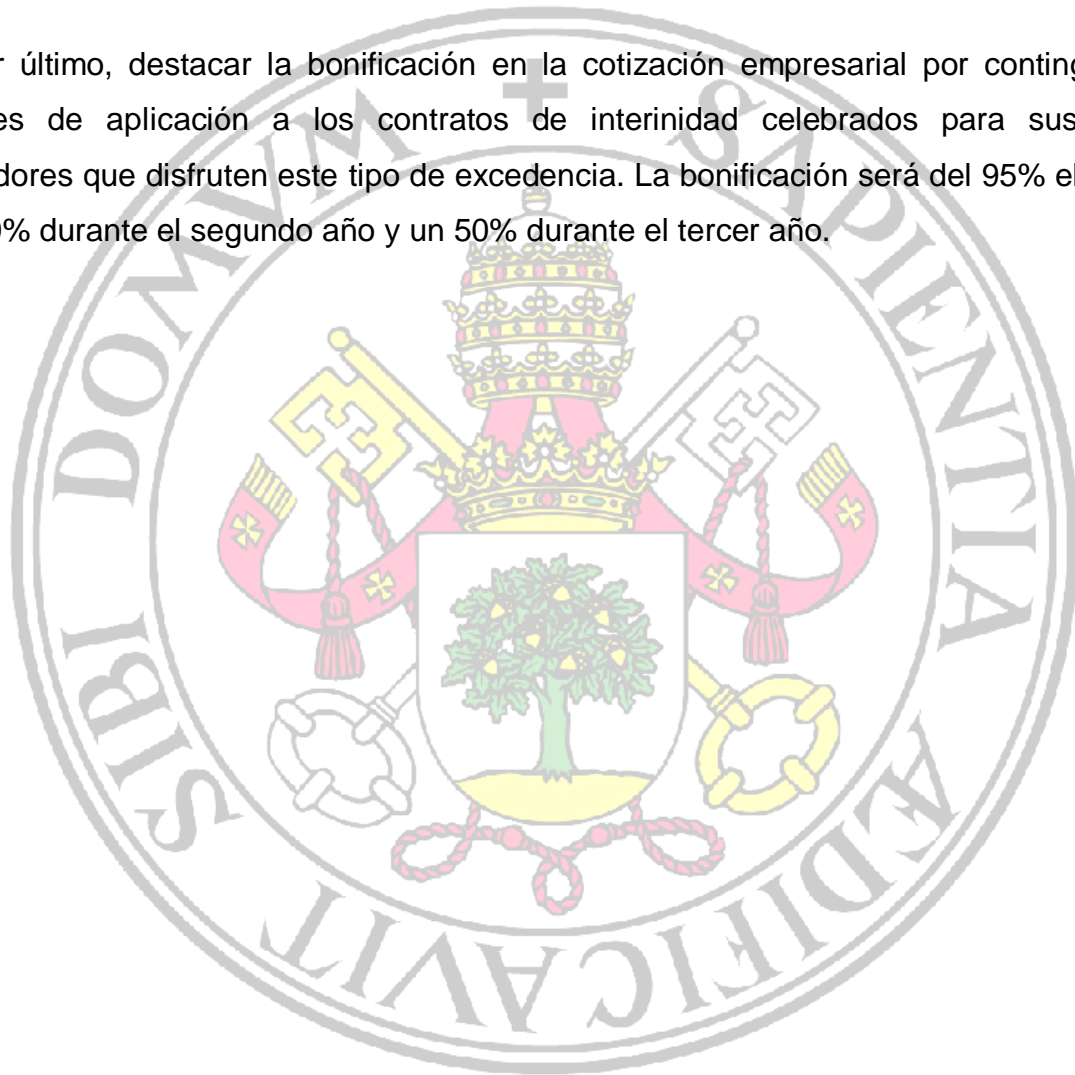
El cómputo del tiempo como cotizado durante una excedencia para el cuidado de un familiar solamente es durante el primer año de excedencia, y en cambio en la excedencia para el cuidado de hijos es por todo el tiempo que dure la misma.

⁴⁵ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales. BOE Núm. 269, de 10 de noviembre de 1995 (Art. 19)

Parece haber una muestra de trato favorable hacia una de las excedencias al concederla un tiempo mayor como cotizado.

- La Ley Orgánica 3/2007⁴⁶ amplía el período de cotización computable a efectos de seguridad social durante los dos primeros años de la excedencia por cuidado de hijo. Será de 30 meses si la familia tiene la condición de familia numerosa en la categoría general y de 36 meses si está en la categoría especial de familia numerosa.

- Y por último, destacar la bonificación en la cotización empresarial por contingencias comunes de aplicación a los contratos de interinidad celebrados para sustituir a trabajadores que disfruten este tipo de excedencia. La bonificación será del 95% el primer año, 60% durante el segundo año y un 50% durante el tercer año.



⁴⁶ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre, BOE Núm. 71, de 23 de marzo de 2007

8. Trabajo simultáneo

Como ya sabemos el derecho a disfrutar de la excedencia, bien para el cuidado de hijos o de familiares, viene regulado en el art 46.3 del Estatuto de los Trabajadores.

El problema surge cuando durante el disfrute de la excedencia el trabajador suscribe un segundo contrato de trabajo en otra empresa diferente que en la que le concedieron tal excedencia.

La STSJ de Madrid de 15 de Abril de 2009 gira en torno a este tema. Se plantea el caso de una trabajadora que pide la excedencia para el cuidado de su hijo y poco después suscribe contrato con otra empresa. En el momento de solicitar el reingreso en la empresa origen, la deniegan el derecho a la reserva del puesto de trabajo por el hecho de haber trabajado en otra empresa (El juzgado de lo Social declara improcedente el despido).

El tribunal alega lo siguiente y es que si la trabajadora acepta un trabajo que facilita la conciliación del mismo y de su vida personal/familiar, no está perjudicando a la empresa origen.

La STSJ de Cataluña de 22 de Marzo de 2007 trata un supuesto similar, despido disciplinario por suscribir un segundo contrato durante de la excedencia al considerar que se manifiesta una transgresión de la buena fe contractual. El tribunal sostiene que este derecho, como lo es la excedencia, tiene como fin cuidar del hijo y no sacar al trabajador del mundo laboral.

No existe una obligación por parte del trabajador de no trabajar para una segunda empresa durante la excedencia. Si en realidad se prohibiera trabajar durante su disfrute no se tendrían ingresos y es algo que van en contra del cuidado del hijo.

Mientras el/la trabajador/a alegue que tiene mayor facilidad para, por ejemplo, trasladarse desde su domicilio y el horario se acomode más a su vida personal, no creo que exista una transgresión de la buena fe contractual porque a la vista está que cuando se acepta un segundo trabajo es porque la conciliación de lo laboral y lo personal es adecuada y ello hace que se convierta en una garantía para el correcto cuidado del hijo, que al fin y al cabo es la finalidad de este tipo de excedencias.

Por tanto, la postura del Tribunal en la primera de las sentencias citadas, dice que simultanear la excedencia con un trabajo compatible supone un ejercicio legítimo del derecho que finalmente contribuye a la finalidad para el que fue creado, siempre y cuando no se incurra en una competencia desleal.

Bien es cierto, que para algunos autores, el hecho de realizar otra actividad laboral va en contra del espíritu del derecho de conciliación, argumentando para ello que el tiempo concedido para la excedencia es única y exclusivamente para el cuidado de los hijos o familiares en su caso.

RODRÍGUEZ COPE, M.L.,⁴⁷ afirma que ante el silencio de la ley, será posible compatibilizar el disfrute de la excedencia por cuidado de hijos con el ejercicio de actividades lucrativas.

La realización de este segundo trabajo, siempre y cuando sea compatible con el cuidado y atención del hijo puede beneficiar la situación familiar en cuanto a que no se deja de percibir un salario, lo que redundará en un beneficio para el menor.

En algunos convenios colectivos se prohíbe todo tipo de competencia desleal hacia el empresario, pero en el Estatuto de los Trabajadores no se impide la realización de otro tipo de trabajo. Como hemos observado existe variedad en cuanto a sentencias y posturas.

⁴⁷ RODRIGUEZ COPE, M.L., “La excedencia por cuidado de hijos”, Aranzadi social, nº 15 dic, 2009, págs.39-47

9. Extinción del contrato durante la excedencia

El legislador impide que al trabajador se le desvincule de la empresa durante el tiempo en que disfrute de la excedencia.

En el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores se considera, en el caso de que se produzca el despido, como despido nulo salvo que se declare la procedencia demostrada por el empresario y que sean motivos totalmente ajenos a la excedencia tanto para el cuidado de hijos como para la de cuidado de familiares.

Que este despido se considere nulo por el legislador es una garantía o cláusula de blindaje para el trabajador, quien no debe de temer por hacer uso de una excedencia.

Esta protección es reconocida tanto por el Estatuto de los Trabajadores, como por la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (LOIEHM), ambas reconocen la nulidad del despido a quienes hayan solicitado la excedencia.

Esta protección se extiende desde que se solicita la misma y durante el tiempo de disfrute.

A colación de lo anterior, dejar claro de que si existe negativa por parte del empresario en el reingreso una vez finalizada la excedencia constituye igualmente despido nulo; si el empresario no contesta o rechaza el reingreso se debe interponer demanda por despido y habrá de ser calificado como nulo por discriminación; si la incorporación se realiza de forma irregular constituirá una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y cuando se produzca un retraso en la reincorporación a causa de un comportamiento doloso del empresario, se le podrá reclamar daños y perjuicios.

Está claro que la tendencia en cuanto a legislación es positiva porque se toman medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral, pero sigue siendo la mujer la principal protagonista de las excedencias que nos ocupan y por ello la principal perjudicada en cuanto a despidos.

A pesar de ser considerado nulo el despido, en su aplicación por los tribunales hay ciertas peculiaridades y divergencias.

Es el caso de la STS de 21 de Febrero de 2.013: La cuestión debatida es que el trabajador en excedencia para el cuidado de un hijo, superado el primer año, solicita el reingreso y la empresa se opone alegando inexistencia de vacante, lo que supone una negativa de reincorporación por parte de la empresa.

La trabajadora por tanto, formula demanda por despido y el juzgado de lo social declara que el despido es nulo y por ello la empresa demandada recurre en suplicación alegando que la misma tiene derecho al reingreso pero solamente cuando exista vacante. La empresa demandada aporta sentencia de contraste de la sala social del TSJ Madrid, 8 de Julio 2008, en la que se alega inexistencia de vacante, la trabajadora demanda por despido y en este caso la sala de lo social da la razón a la empresa.

En el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores dice así, “*transcurrido el primero año de excedencia para el cuidado de hijos, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente*” y en cambio nada dice sobre vacante, la cual sí se menciona en la excedencia voluntaria. Por tanto, no parece haber una jurisprudencia homogénea sobre si es despido o no; pero en este caso finalmente la negativa empresarial alegando inexistencia de vacante se califica como despido nulo.

Siete meses después, la STS del 23 de septiembre de 2013 corrige el criterio de la anterior ⁴⁸sentencia que comentaba, la cual consideraba como nulo el despido y ahora desestiman la demanda por despido presentada por la actora y hacen ver que existe una clara diferenciación entre un despido y la negativa al reingreso en la excedencia, fallando a favor de la empresa quien no enuncia en ningún una posible extinción del contrato de trabajo, sino que opone una causa que justifica su negativa ante el reingreso.

⁴⁸ Se trataba de un criterio aislado.

10. CONCLUSIONES

La masiva incorporación de la mujer al mercado laboral ha hecho imprescindible el desarrollo de normas para que ésta pueda conciliar su vida laboral y familiar.

Destacar que para ello existen dos figuras en este sentido, las cuáles han sido analizadas a lo largo de la exposición, siendo por un lado la excedencia para el cuidado de familiares y por otro lado la excedencia para el cuidado de hijos; con ello se pretende evitar la extinción de la relación laboral o exclusión de la mujer del mercado laboral.

Hemos leído una cita a lo largo del trabajo que decía así “son las mujeres las que en la mayoría de los casos concilian sus trabajos –reproductivo- y –productivo-“, parece una expresión fuera de lugar, pero es cierto que son quienes, en la gran mayoría de las situaciones, se ocupan de hacer conciliar su vida laboral y personal.

Dado que va a ir en aumento el número de personas que necesitan de cuidados (bien por el envejecimiento del país, por el aumento de la esperanza de vida, modificación de la pirámide poblacional, etc.) las personas serán más susceptibles de abandonar sus puestos de trabajo para dedicarse a cuidar a sus familiares de forma altruista, lo que supone un gran reto para el Estado de bienestar y que hace que esté justificada la existencia de este derecho a la excedencia para el cuidado de familiares.

La figura de la excedencia se ha ido perfilando a lo largo de los años hasta llegar a la de hoy día. En la época del franquismo solo la mujer podía solicitarla para el cuidado de hijos y era únicamente voluntaria con un derecho preferente al reingreso que podía dilatarse en el tiempo. En la versión 8/80 del ET se incluye al padre también, pero continua siendo voluntaria. Con la ley 3/89 se establece por primera vez derecho a la reserva del puesto de trabajo, supuso un gran cambio para esta figura al darte mayores garantías.

Seis años más tarde la ley 4/95 da paso a que durante el primer año de la excedencia se tenga derecho a la reserva y en los años consecutivos a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Es en el año '99 cuando aparece la excedencia para el cuidado de familiares, hasta ahora solo posible para el cuidado de hijos; y en 2007 se amplía en un año más la duración de la excedencia para este último tipo de excedencia.

Conciliar supone ajustar la vida laboral y personal sin renunciar a ninguna de ellas. En la excedencia se suspende temporalmente el contrato de trabajo, el trabajador no presta sus servicios a la empresa y ésta no le retribuye por ello; todo ello comienza por iniciativa del trabajador y lo que realmente caracteriza a este tipo de suspensión es el derecho a la reserva del puesto de trabajo sin ninguna duda. Señalar que el propio Tribunal Supremo califica la excedencia como un paréntesis en la vida laboral.

Respecto a su naturaleza jurídica hemos visto cómo no existe consenso a la hora de ser considerada de forma voluntaria o forzosa, lo que la convierte en una figura híbrida.

El ET no deja clara su naturaleza jurídica. A mi parecer durante el tiempo de reserva del puesto de trabajo se convertiría en una figura forzosa y el resto como voluntaria; forzosa en el sentido que tienes todo a tu “favor” (reserva de tu puesto de trabajo) como para no hacer uso de los beneficios de esta excedencia.

El acceso a este tipo de excedencia se puede hacer desde cualquier tipo de contrato temporal.

Pascual Allén, C., hace referencia a las contrataciones temporales que de forma masiva hoy día se están llevando a cabo y la dificultad que ello supone en la aplicación de medidas de conciliación porque parece premiarse el hecho de tener un puesto de trabajo, relegando a un último lugar las condiciones en que este se encuentre.

En cuanto a los requisitos en la excedencia para el cuidado de hijos es que se produzca el hecho causante, el nacimiento del hijo. Ciñéndonos a lo dispuesto en el ET sólo podrían hacer uso de ello el padre, madre, abuelos y hermanos, pero el problema aparece cuando se trate de un niño huérfano. Por ello este requisito considero imprescindible se amplíe, no solo a personas por consanguinidad o afinidad, sino también a personas con parentesco más lejano o incluso que no guarden ningún lazo familiar y sí afectivo con la persona del hecho causante y que quieran hacerse cargo del mismo.

Otro de los requisitos, en este caso en la excedencia para el cuidado de familiares, es que la persona causante no pueda valerse por sí misma, que no realice actividad retribuida. Este último me parece un problema debido a los costes materiales que puedan derivarse de su cuidado, y debería cambiarse el sentido de que no realice actividad retributiva a “limitarla a una cantidad de recursos por debajo de los cuáles pueda igualmente hacer uso de la figura de excedencia con cierta seguridad económica.

En el caso de que el familiar necesitado de cuidados comience a realizar una actividad retribuida, la empresa deberá revocar el derecho a la misma.

Existe libertad de forma para solicitarla, aunque más que una solicitud debería considerarse como un aviso dado que el empresario no puede negarse, solamente cuando dos trabajadores la soliciten por el mismo sujeto causante o cuando no quede probado el parentesco. Volviendo a la forma, sería positivo dejar constancia por escrito con el día de inicio y fin. El empresario debe contestar y no debe aplazarlo.

En el momento de la incorporación al puesto de trabajo no se exige un período de preaviso, pero ciertos convenios sí lo exigen y nos hace plantearnos si un convenio en verdad puede establecer un preaviso, dado que el ET autoriza solamente a los convenios colectivos (negociación colectiva) a ampliar la duración de la excedencia para el cuidado de familiares y no para establecer requisitos a mayores; es decir, sí para mejorar lo dispuesto y no para exigir nuevos requisitos no contemplados por el ET.

La duración de la misma se encuentra regulada en el art, 46.3 ET siendo de 3 años para el cuidado de hijos y 2 para familiares, ampliables estos 2 últimos por convenio colectivo. Algo que debería contemplar el ordenamiento español es la posibilidad de situarse en excedencia de forma parcial, como sí es posible en los permisos de paternidad o adopción para no ver tan resentida la economía familiar. Por ello faltan propuestas que garanticen un sistema de protección social adecuado que compense la pérdida de los salarios, lo que significaría socializar los costes de esta opción.

Dejar claro que el único beneficiario que existe es el familiar en situación de necesidad, pero también existen ciertos beneficios para el que la solicita como que el tiempo en excedencia sea computable a efectos de antigüedad (con un máximo de dos años), derecho a asistir a cursos de formación, reserva del puesto de trabajo o en una categoría profesional equivalente, cómputo como cotizado el tiempo de excedencia a efectos de seguridad social y bonificación en la cotización empresarial en los contratos de interinidad para sustituir a las personas en situación de excedencia.

Durante el tiempo en excedencia el trabajador puede suscribir un segundo contrato en otra empresa siempre y cuando no concurra en competencia desleal en la empresa origen; la realización de este segundo trabajo puede beneficiar la situación familiar en cuanto a que no se deja de percibir un salario.

Y por último, para que el trabajador tenga unas garantías de no perder su puesto de trabajo mientras se encuentre disfrutando de la excedencia, el art. 55.5 ET declara nulo el despido durante la misma, salvo que la procedencia sea demostrada por el empresario y que sean motivos ajenos a la excedencia para el cuidado de familiares.

Finalmente destacar el interés del legislador por la sensibilidad que está empezando a mostrar por la tutela de los cuidados de familiares y el duro trabajo por conseguir disminuir las consecuencias negativas que la persona solicitante de tales permisos pueda sufrir en concordancia a la relación laboral.



11. BIBLIOGRAFÍA

INE, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e igualdad. Mujeres y hombres en España 2013.

JOVER RAMIREZ, C., “*La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma*” en revista doctrinal Aranzadi Social núm. 4/2013 parte doctrina.

LOPEZ GANDIA, J., “*Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencia*”, AS, núm. 15, 2004, págs. 45 y ss.

MOLINA NAVARRETE, C., “*Conciliación de la vida laboral y familiar*”, Guías de negociación, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2006

PASCUAL ALLEN, C., “*La atención a la familia y la Excedencia laboral: del franquismo a la democracia*”, en el libro “*Conflictividad y movimientos sociales en Castilla y León, del tardofranquismo a la democracia*”. Pablo García (Coordinador). Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones e Intercambio Editorial, 2010.

PEREZ ALONSO, M.A., “*La excedencia laboral. Aspectos laborales y de seguridad social*”, en revista doctrinal Aranzadi social num. 10/2007, Pamplona

PEREZ DEL RIO, T.; Igualdad de Género en el empleo. CARL. Sevilla.

RODRIGUEZ COPE, M.L., “*La excedencia por cuidado de hijos*”, Aranzadi social, nº 15 dic, 2009, págs.39-47

RIVAS VALLEJO, M.P., “*La Suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*”. Aranzadi, Pamplona, 1999

RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., *“La excedencia por razones familiares: una realidad jurídica necesitada de mayor protección social”*, en revista AFDUDC, 11, 2007, págs. 855-884

SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C., *“La excedencia por cuidados familiares; el régimen jurídico de los cuidados no profesionales”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C *“Negociación colectiva y excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos”*, en plataforma on-line Dialnet.

Convenios colectivos:

Convenio colectivo para el sector del comercio de alimentación de Lugo, Núm. 39, Boletín de la Provincia de Lugo, 17 de febrero de 2011

II Convenio Colectivo profesional de los controladores de tránsito aéreo en la Entidad Pública Empresarial aeropuertos españoles y navegación aérea vigente hasta el 31 de diciembre de 2.013, Núm.58, B.O.E. Miércoles 9 de marzo de 2011

Convenio colectivo de la Entidad la Magdalena y su huerta, S.L., de Pamplona. Boletín Oficial de Navarra, 9 de diciembre de 2014

Convenio Colectivo del sector de oficinas y despachos de la provincia de Huesca, Núm. 241 Boletín Oficial de la Provincia de Huesca, 18 de diciembre de 2014

Legislación

Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, BOE Núm. 64, de 14 de marzo de 1980

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales. BOE Núm. 269, de 10 de noviembre de 1995

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, BOE Núm. 299, de 15 de diciembre de 2006

Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE Núm. 89, de 13 de abril de 2007

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (Vigente hasta el 1 de enero de 2016), BOE Núm. 71, de 23 de marzo de 2007

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, BOE Núm. 184, de 2 de agosto de 2011

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE Núm. 75, de 29 de marzo de 1995.

Real Decreto Legislativo 1/2013 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, BOE Núm. 289, de 3 de diciembre de 2013

Sentencias:

Sentencia del Tribunal Supremo 12 de marzo de 2003 RJ 2003, 3811

STSJ de Cataluña de 22 de Marzo de 2007

Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de julio de 2008

STSJ de Madrid de 15 de Abril de 2009

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2013. (REC. 2019/1997; S. 1.ª)

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2013 (RJ 2013, 7658

STSJ de Cataluña de 22 de Marzo de 2007

