

## Vida personal, laboral y familiar y tiempo de trabajo: mecanismos flexibilizadores «clásicos» en la ley orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres

*Personal, Working and Family Life and Work Time: «Classic» Strategies Allowing for Flexibility in the Spanish Organic Law for Effective Equality Between Men and Women*

### RESUMEN

La Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres reconoce el derecho de las personas trabajadoras a la conciliación de su vida personal, familiar y laboral, fomentando, además, la corresponsabilidad de ambos sexos en la asunción de las obligaciones familiares. Con esta finalidad, se prevén nuevos mecanismos jurídicos (como el «permiso por paternidad») pero, también, se revisan y remodelan ciertos instrumentos conciliadores «clásicos» que operan, precisamente, sobre el tiempo de trabajo –en tanto factor esencial para posibilitar el propósito conciliador– flexibilizándolo. El presente trabajo se centrará en poner de relieve las nuevas previsiones legales relativas a algunos de esos «instrumentos clásicos»; en concreto, el permiso por lactancia, la reducción de jornada por guarda legal de menor o familiar con discapacidad y la excedencia por cuidado de hijos/as o familiares.

**Palabras clave:** Normas laborales, conciliación vida laboral y familiar, excedencias familiares, permiso por lactancia, reducción de jornada por razones familiares.

### ABSTRACT

Organic Act 3/2007, for the Effective Equality between Women and Men recognizes the right of working persons to the conciliation of their personal, family and labour life, and also foment the co-responsibility of both sexes in the assumption of family obligations. With this purpose, new juridical mechanisms has been provided (i.e., the new «paternity leave»); but, moreover, certain «classic» conciliating instruments have been checked and remodelled. These classic instruments operate, precisely, on time of work, making it more flexible –while so much essential factor to make possible the purpose of concilitation. The present work will approach on emphasizing the new legal profile provided to some of these «classic instruments»; finally, lactation leave; the reduction of working day to exercise legal guard of minor or attending a disbled relative; and extended leave to take care of children or relatives.

**Key words:** Labour law, reconciliation of family and working life, leave for family reasons, lactancy leave, reduction of working time for family reasons.

<sup>1</sup> Universitat Jaume I de Castellón.

**SUMARIO**

— 1. Introducción. — 2. Permiso por lactancia. — 3. Reducción de jornada por guarda legal de menor de ocho años, persona disminuida o cuidado directo de un/a familiar. — 4. La excedencia por cuidado de hijos/as y familiares. — Bibliografía.

**1. Introducción**

La Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres (en lo sucesivo, LOI) presta una especial atención a la corrección de la desigualdad en el ámbito de las relaciones laborales. Mediante una serie de previsiones, la norma reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentándose la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares. Para ello, además de la integración de nuevos instrumentos conciliadores (el «permiso por paternidad» constituye una de sus manifestaciones más destacadas), se lleva a cabo una auténtica revisión de algunos de los mecanismos «clásicos» previstos por la normativa laboral (permisos y excedencias dirigidas a satisfacer necesidades familiares) y que operan, precisamente, sobre el tiempo de trabajo –en tanto factor esencial para posibilitar el propósito conciliador–, flexibilizándolo. Tal revisión normativa trata de depurar los puntos débiles que tales medidas han venido presentando, paliar sus carencias o insuficiencias, e insertar en ellas la perspectiva de género, posibilitando, así, un recurso «neutro» a las mismas y equilibrando el –casi secular– uso exclusivamente femenino de tales mecanismos.

**2. Permiso por lactancia**

Se trata de una institución de profunda raigambre, tanto en el ámbito internacional<sup>2</sup> como en el Derecho español, cuya primera manifestación puede hallarse en la Ley de 13 de marzo de 1900, a partir de la cual se ha convertido en una constante normativa [el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (1995) –en lo sucesivo, TRET– recogería este permiso en su art. 37.4, afectado, más tarde, por la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral, manteniéndose su redacción hasta la aprobación de la LOI]. Nos hallamos ante un permiso retribuido<sup>3</sup> (Sala, 2001: 35), cuyo propósito reside, básicamente, en permitir la lactancia de un menor de nueve meses<sup>4</sup>, garantizándose el derecho, tanto de la madre o padre –a dar–, como del menor –a recibir–, respectivamente,

2 Así, los Convenios OIT n° 3 (artículo 3.d), n° 103 (artículo 5) y n° 183 (artículo 10), y la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

dicha atención alimentaria. Y es que el recién nacido, como tal, precisa de un cuidado alimentario especial, consistente –generalmente– en el amamantamiento directo por parte de la madre, pero, también, ya por imposibilidad, ya por decisión libre de la mujer, puede realizarse a través de otros medios –las denominadas «leches maternizadas»; incluso, además, a partir de los cinco meses de edad, la alimentación del menor irá incluyendo, progresivamente, y a criterio del pediatra, además de la leche, otros preparados alimenticios-; así, el término «lactancia» empleado por el TRET no alude estrictamente a la alimentación mediante leche (ni mucho menos, se circunscribe únicamente a la lactancia natural<sup>3</sup>), sino que incluye todos aquellos alimentos que, por razón de su edad, deban proporcionarse al menor de nueve meses. Por ello, ha de afirmarse que el permiso por lactancia trata de garantizar la posibilidad de dispensar *atención alimentaria general* al menor de nueve meses. Y no sólo atención alimentaria sino que, como en alguna ocasión se han pronunciado tanto la doctrina judicial<sup>6</sup> como la científica<sup>7</sup>, también «atención y cuidado (en sentido amplio) al recién nacido».

A pesar de la escueta referencia estatutaria al «hijo» lactante, que parece, en principio, exigir la necesaria concurrencia de tal parentesco (ya biológico, ya adoptivo), no parece haber obstáculo para admitir una interpretación amplia del término (Sala, 1992: 14), y la posibilidad de disfrute del permiso para atender, también, al cuidado de un menor de nueve meses que se halle en situación de acogimiento familiar.

Por lo que se refiere a la titularidad del derecho al permiso, el art. 37.4 TRET (siguiendo la línea marcada por los Convenios de la OIT –nº 3, 103 y 183<sup>8</sup>–), se refiere, en su primer inciso, a «las trabajadoras» como sujetos beneficiarios directos o titulares del derecho al permiso por lactancia; no obstante, en su último inciso, reconoce la posibilidad de su disfrute por el padre<sup>9</sup>, eventualidad que

3 En este sentido, entiendo plenamente aplicable el criterio del extinto Tribunal Central de Trabajo –desde ahora, TCT–, plasmado en la Sentencia de 9 de febrero de 1978. Igualmente, la Sentencia TCT de 14 de enero de 1988.

4 No resulta infrecuente que la negociación colectiva amplíe el derecho al permiso hasta edades más avanzadas del menor.

5 Y es que, como señalara reiteradamente el TCT (Sentencias de 13 de diciembre de 1977, 27 de febrero de 1978, 8 de abril de 1978, y 4 de septiembre de 1984), en un razonamiento plenamente vigente a la luz del TRET, «es lo cierto que esta norma (...) se abstiene de toda calificación al respecto, debiendo tenerse por improcedente la expresada interpretación restrictiva y por bizantina toda discusión sobre la extensión de tal derecho a la denominada lactancia artificial». En cualquier caso, la inclusión del padre como beneficiario del derecho, *ex* Ley 3/1989 borró definitivamente los potenciales efectos excluyentes de la distinción entre lactancia natural y artificial, así como la diferencia de trato por razón de género.

6 Así, la Sentencia del TCT de 10 de febrero de 1983.

7 De esta manera, DILLA CATALÁ, M<sup>a</sup> José (1989): «El derecho a la licencia retribuida por lactancia», marginal 209, *Actualidad Laboral*, 89-1, XVII, señala cómo el propósito de la norma va más allá de la mera actividad nutricional, para proyectarse sobre otro objetivo –más amplio– como es el de «proporcionar cuidados al niño o atenderlo».

queda –no obstante– circunscrita al supuesto de que ambos progenitores trabajen (y ello porque la norma parte, lógicamente, de la premisa fáctica de que tanto el padre como la madre del lactante han de estar, *a priori*, dificultados por sus obligaciones laborales en lo que se refiere al cuidado del hijo, por lo que se reconoce a uno de los dos el derecho a disfrutar de un permiso para atender a tal menester –en el caso de lactancia natural, será forzosamente la madre quien haya de ejercitar el derecho–)<sup>10</sup>. Por el contrario, cuando sólo uno de los progenitores trabaje, el otro estará, en principio, posibilitado para ocuparse de ello, y de ahí que en tal caso no se conceda un derecho de disfrute indistinto, sino privativo de la madre, negándose la posibilidad de ejercicio por el padre si la madre no trabaja (Ballester, 2000: 63). De acuerdo con ello, la posibilidad de disfrute para el padre debería abrirse, también, en otras situaciones en las que, igualmente, se produzca imposibilidad o dificultad para que ambos progenitores atiendan al lactante; por ejemplo, en el caso del padre viudo, o del hijo abandonado por la madre y que convive con el padre, o, también, el caso del padre que recibe la custodia del hijo común en caso de separación o divorcio. Lamentablemente, la LOI ha desaprovechado la ocasión de operar la necesaria extensión expresa a los supuestos indicados. En cualquier caso, queda claro que sólo uno de los progenitores podrá disfrutar del permiso, de lo que se desprende, por tanto, la imposibilidad de su ejercicio simultáneo<sup>11</sup>. Sin embargo, cabe interrogarse sobre el posible disfrute sucesivo (mediante la distribución de la duración del permiso en períodos). En la medida que se trata de un derecho de libre disponibilidad para su titular (la madre), nada parece obstar a que la voluntad de ésta resulte suficiente para variar su régimen de disfrute, admitiendo la eventual distribución de su extensión temporal entre ella y el padre. Por lo que respecta a la interpretación que cabe dar al término «trabajen», referida a los progenitores del lactante (como circunstancia determinante del disfrute del permiso), debe entenderse en el sentido de que,

8 Este Convenio, por lo que afecta a las ausencias por lactancia (artículo 10) se refiere expresa y exclusivamente a «la mujer».

9 Al respecto, la doctrina considera que la atribución de la titularidad no es indistinta, sino que dicha titularidad corresponde *ex lege* a la madre, siendo indistinto únicamente su disfrute (que, de disfrutarse por el padre, lo será por *cesión* de la mujer); así, ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (1989): «La Ley 3/1989, una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros», en *Relaciones Laborales*, 1989-II, p. 1152, y SEMPERE NAVARRO, Antonio (1989): «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», en *Relaciones Laborales*, 1989-I, p. 94.

10 Algún pronunciamiento judicial propone soluciones mucho más vanguardistas y, probablemente, más cercanas y ajustadas desde una perspectiva teleológica del permiso; de esta manera, la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Tarragona, indica que la titularidad del permiso corresponde al hijo lactante, en aplicación de la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo, para quien «la lactancia es protegida como derecho esencial del recién nacido»; *vid.*, al respecto, comentario de MORENO CALIZ, Susana (2004): «Permiso de lactancia en caso de parto múltiple», *Aranzadi Social*, nº 22, pp. 26 y ss.

11 De esta manera lo ha entendido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia –TSJ– de Andalucía/Sevilla (Social) de 24 abril 2001.

tanto el padre como la madre, deben tener la condición de trabajadores *ex art. 1.1 TRET*<sup>12</sup>, pues de otro modo no cabría aplicar las mismas reglas a uno y otra.

En cuanto al tipo de jornada realizada, y su eventual alcance en los contratos de trabajo a tiempo parcial de duración diaria muy reducida (en los que la aplicación del permiso en su duración *ex art. 37.4 TRET* podría abocar, incluso, a la exoneración integral del trabajo), decir que, según el art. 12.4.d. TRET, la reducción proporcional del permiso por lactancia en las relaciones de trabajo a tiempo parcial sólo tendrá efectividad en los supuestos en que por ley o por convenio colectivo se indique. Por tanto, y salvo las excepciones apuntadas, no puede aplicarse reducción proporcional alguna, debiendo disfrutarse en la misma duración que con carácter general establece el art. 37.4 estatutario. De otra parte, también la doctrina judicial<sup>13</sup> se ha pronunciado al respecto de la duración del permiso y de su ocasional y proporcional reducción en los supuestos de jornada reducida, en el sentido de negar su admisibilidad.

El progenitor que desee ejercer el derecho al permiso deberá acreditar su no disfrute simultáneo por el otro, salvo que ambos presten servicios para el mismo empleador. Tampoco cabrá el disfrute por el padre constante la suspensión por maternidad del contrato de trabajo de la madre<sup>14</sup>. Queda claro, de cualquier manera que, conforme al rotundo tenor literal del art. 37.4 TRET, sólo la madre o el padre del lactante pueden disfrutar del permiso así establecido, por lo que queda descartada la posibilidad de disfrute por parte de un tercero (familiar o no).

Acerca de la dinámica del derecho: conforme al art. 37.4 TRET, en su actual redacción, el permiso por lactancia de hijo menor de nueve meses se presenta bajo diversas modalidades de disfrute, factibles, todas ellas en principio, según preferencia del/la interesado/a. Así, se establecen las siguientes posibilidades:

- a) configurar el permiso como una ausencia continuada durante una hora diaria;
- b) configurarlo como una doble ausencia (dos fracciones de duración indeterminada, pero con el máximo total de una hora);
- c) como una reducción de la jornada, cifrada en media hora; o,
- d) acumularlo en jornadas completas (de acuerdo con lo que prevea la negociación colectiva o el acuerdo individual con el empresario –en este último caso, respetando lo previsto en aquélla).

Ha de tenerse en cuenta, en cualquier caso, que, conforme a la redacción introducida por la LOI, el nuevo inciso segundo del art. 37.4 TRET prevé que la duración del permiso se incremente proporcionalmente en los casos de parto múltiple (entendemos que, por extensión, también en los supuestos de adopción

12 Así, la Sentencia del Tribunal Supremo –en adelante, TS– (Sala de lo Social), de 18 marzo 2002 –dictada en Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina (RCUD).

13 En este sentido, la Sentencia del TSJ País Vasco (Social), de 24 abril 2001.

14 Así, *vid.* Sentencia del TSJ Castilla-La Mancha (Social), de 25 marzo 1999.

o acogimiento múltiples). Necesaria resultaba la indicada previsión pues, evidentemente, y desde una interpretación teleológica de la norma, las atenciones alimenticias simultáneas a varios lactantes requieren una mayor disponibilidad temporal que no aparecía, hasta ahora, explicitada en el TRET. No obstante, el anterior silencio estatutario, del precepto –en su redacción precedente–, cabía, ya, inferir la posibilidad de acumulación de tantos derechos a permisos de esta índole como hijos lactantes existieran (se hablaba –y se habla, aún, en el inciso primero– de «lactancia de *un* hijo menor de nueve meses»); tal interpretación<sup>15</sup> vendría avalada por la doctrina judicial<sup>16</sup>, en base a la idea de que la titularidad del derecho corresponde, directamente, no al trabajador o trabajadora, sino al menor, puesto que es a él a quien está protegiendo la norma:

... la lactancia es protegida como derecho esencial del recién nacido, que no debe limitarse en su extensión, compartiéndolo con varios, en caso de parto múltiple y en la situación de difícil ayuda a la madre que impone la realidad de nuestro tiempo, máxime cuando, por notoriedad, consta que los partos con varios hijos, por su frecuencia, no deben ofrecer argumentos en contra de la interpretación expuesta y a la que apoya, como último argumento, el principio general de «in dubio pro labora».

Consecuentemente con todo lo anterior, y a pesar de que la LOI haya decidido, de nuevo, no hacer una referencia expresa al respecto, entendemos asimismo que el incremento correspondiente, derivado del número de hijos «lactantes», se aplicará en el supuesto de que el trabajador/a decidan el disfrute en la modalidad de reducción de jornada por lactancia (por lo que la reducción de jornada deberá ser proporcionalmente incrementada en función del número de hijos lactantes<sup>17</sup>).

La duración máxima del permiso por lactancia será de nueve meses, menos el tiempo que tras el parto, se haya consumido por aplicación de la suspensión por maternidad *ex art.* 48 TRET. Y ello porque, el art. 37.4 TRET establece un marco temporal para los efectos jurídico-laborales de la lactancia, marco temporal en el que, a tal fin, se ha de entender inscrita tanto la lactancia natural como la artificial, sea cual sea el tiempo real de la misma (que podrá ser menor o mayor que el período máximo legal de nueve meses). De esta manera, si la lactancia real se interrumpiera antes de cumplir el menor nueve meses de edad, quedaría extinguido el derecho al permiso (el derecho tiene la duración que tenga el hecho natural de la lactancia, siempre que ésta sea la de un menor de

15 *Vid., in extenso*, GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo (2004): *La Maternidad y su consideración jurídico laboral y de seguridad social*, Madrid: Consejo Económico y Social.

16 *Vid.* Sentencia TCT de 18 junio 1985; esta doctrina ha aparecido reiterada, posteriormente, entre otras, en la Sentencia TSJ Canarias-Las Palmas, de 24 mayo 1991 y la Sentencia del Juzgado de lo Social de Pamplona (Navarra), nº 2, de 8 junio 1999.

17 Tal ha venido siendo, además, práctica frecuente en el ámbito de la negociación colectiva.

nueve meses); de otra parte, la lactancia real que se prolongue más allá de los nueve meses de edad del menor no dará lugar al disfrute del permiso, al haberse extinguido el derecho una vez alcanzado el límite temporal máximo.

El permiso por lactancia, además, aparece configurado por el TRET como un derecho del trabajador, frente a cuyo ejercicio no podrá el empresario oponerse (so pena de desnaturalizar el derecho). En cualquier caso, el art. 37.4 TRET sigue sin regular el régimen de ejercicio del derecho al permiso, ni siquiera la comunicación al empresario –que debe entenderse preceptiva, conforme al deber de buena fe contractual *ex art. 5.a TRET*, de modo análogo a como se establece para los demás permisos en el apartado 3 del mismo precepto (no debe olvidarse, tampoco, que el apartado 6 del art. 37 TRET exige que el trabajador preavise al empleador con anterioridad a su reincorporación a la jornada ordinaria; *a fortiori*, entendemos, deberá hacerlo cuando se proponga hacer efectivo el permiso).

La modificación operada por la LOI sigue dejando sin respuesta dos cuestiones importantes: en primer lugar, la determinación de en qué parte o momento de la jornada laboral podrá disfrutarse el permiso; en segundo término, quién es el sujeto legitimado para decidirlo. La respuesta a tales incógnitas pasa por reconocer que, como regla general, será el trabajador quien decida sobre todo ello, de acuerdo con las necesidades del lactante; no obstante, el principio de buena fe actuaría, al respecto, como premisa básica de actuación, mediante la exigencia de armonizar (en la medida de lo posible) los intereses personales del trabajador –prioritarios, por constituir el objeto exclusivo de la norma– con los empresariales, si bien, de existir colisión entre ambos, deberá primar en todo caso el interés de aquél (representativo del interés del menor), pues las necesidades naturales de éste no pueden ceder a ninguna otra consideración. Tal libertad debe, asimismo, suponer la posibilidad de alterar *a posteriori* la opción inicial, en función de las necesidades que en torno al cuidado del menor se vayan planteando<sup>18</sup>; no obstante, tan flexible disponibilidad del permiso debería conjugarse, como establece la Recomendación n° 95 de la OIT, de 1952, sobre protección de la maternidad (por la que se complementa el Convenio n° 103), con la acreditación de su necesidad a través de certificado médico.

Llegados a este punto, debe recordarse que el contenido del permiso por lactancia consiste, precisamente, en el derecho del trabajador/a a «ausentarse» del trabajo (a fin de cuidar del lactante causante del derecho); desde un punto de vista semántico, el término «ausencia» ha de ser interpretado como «no presencia» (*en el puesto de trabajo*); por ello, no es imprescindible que la ausencia se entienda referida al centro de trabajo (ha de advertirse que la referencia legal queda hecha al «trabajo» y no al «centro de trabajo»), pues no

18 En tal sentido, la Sentencia TCT de 23 marzo 1988. Por su parte, la Sentencia TSJ Madrid (Social), de 17 octubre 1989, esgrime la excepcionalidad de tal posibilidad, ciñéndola, únicamente a supuestos necesarios y justificados; se prohíbe, por tanto, la modificación arbitraria, no la justificada por la alteración en las rutinas del lactante.

puede descartarse la existencia de guardería en el propio centro y, por tanto, la posibilidad de lactar al menor en el propio centro de trabajo, en locales especialmente habilitados para ello<sup>19</sup>. En cualquier otro caso, la ausencia del puesto de trabajo no acompañada de una ausencia del centro de trabajo (y desplazamiento allí donde se halle el lactante a atender), podrá considerarse como uso del permiso para finalidad distinta de la legal (ocio personal, etc.) y como transgresión de la buena fe contractual, con los efectos disciplinarios, en su caso, procedentes<sup>20</sup>.

Las distintas posibilidades de producirse la ausencia, conforme al régimen legal *ex art. 37.4 TRET*, así como el distinto régimen de ubicación y duración en tales casos, dan lugar a tres diferentes derechos –alternativos y excluyentes– para el/la trabajador/a:

- En primer lugar, la ausencia *durante la jornada de trabajo*, con una duración de una hora (fraccionable, a criterio del/la interesado/a en dos partes, de igual o distinta duración –pero en cualquier caso, sumadas no podrán superar la hora legalmente prevista–) se configura como una (o dos, en su caso) *interrupción/es* de la jornada laboral; se dé o no el fraccionamiento, el disfrute del tiempo de permiso puede localizarse en cualquier momento a lo largo de la jornada, siempre que, concluido aquél, exista posibilidad de retornar al trabajo por no haber acabado todavía la jornada laboral del/la trabajador/a. Cuestión aparte es la relativa a la suficiencia o no de la duración estatutariamente prevista, a los efectos propuestos por la norma de poder atender al cuidado del lactante; en este sentido, la doctrina científica (Rivas Vallejo, 1997: 63) ha señalado que tal duración es acorde con lo establecido por el art. 3.d del Convenio n° 3 OIT, pero resulta inferior a la aconsejada por la Recomendación n° 95 OIT («siempre que sea posible, la interrupción para la lactancia de los hijos debería representar una duración total de una hora y media, por lo menos»), y que quizá la norma está pensando sólo en las madres/padres que tengan a sus hijos cerca de su puesto de trabajo (en otro caso, puede resultar imposible para el trabajador/a atender adecuadamente al cuidado del lactante en tan breve tiempo). En este sentido, señalar que la LOI ha optado por no ampliar la duración de estas interrupciones.

- En segundo lugar, la ausencia del trabajador/a puede darse *al inicio o al final de la jornada de trabajo*: se trataría, entonces, de una *reducción de la jornada*. En este caso, la duración de la ausencia se reduce a la mitad (media hora) e implica el acortamiento de la jornada en media hora, ya por retrasar la hora de

19 Según prevén la Recomendación n° 95 de la OIT y el Decreto 2310/1970, de 20 de agosto.

20 Así, la Sentencia TSJ Cataluña (Social), de 29 septiembre 2000 declara la procedencia del despido de una trabajadora que durante el horario de disfrute del permiso permanecía en el centro de trabajo, al considerar escaso el tiempo disponible para un desplazamiento demasiado largo al hogar.



incorporación al trabajo, ya por adelantar la hora de terminar el trabajo, e igualmente, sin pérdida de retribución<sup>21</sup>.

- Finalmente, dando –así– respaldo legal a una práctica convencional muy extendida, la LOI ha dado en introducir una tercera vía de disfrute del permiso por lactancia, consistente en la posibilidad de su disfrute *acumulado* en jornadas completas, de acuerdo con lo establecido por el convenio colectivo aplicable, o según pacto individual con el empresario –posibilidad que ha de entenderse en el sentido de una eventual mejora de las condiciones de disfrute para el trabajador/a, respecto de lo previsto en el convenio que, según la nueva redacción del precepto estatutario, habrá de respetarse, que actuará, pues, como norma mínima. De esta manera, la remisión del TRET a la negociación colectiva podrá dar lugar a un amplio abanico de posibilidades de configuración de esta suerte de «permiso acumulado» pues, atendiendo a experiencias negociales previas, pueden –ya– describirse algunas como las que siguen:

- acumular el total de horas por permiso de lactancia disfrutándolo de forma ininterrumpida a continuación de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad;
- acumular el número total de horas correspondiente a un trimestre o a un semestre, para disfrutarlo de la misma manera que en el párrafo anterior;
- sustitución por dos/tres semanas adicionales de permiso por maternidad, etc.

### **3. Reducción de jornada por guarda legal de menor de ocho años, persona disminuida o cuidado directo de un/a familiar**

El fundamento último del derecho a la reducción de jornada, en estos casos, parece ser (Valle, 1999: 35) una vez más, el cuidado de los/as hijos/as en sus edades más tiernas, el cuidado de las personas disminuidas (sin límite de edad y sin exigirse más parentesco o relación que la guarda legal sobre ellas –con lo que también quedaría, como no, amparado el cuidado de un/a hijo/a disminuido/a, con independencia de la edad), y el cuidado de familiares (hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad –lo que, asimismo, incluye a los hijos– cuando por su edad, o por accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos).

La titularidad del derecho a la reducción de jornada corresponde, según el TRET, a «*quien* por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo...» y a

21 Y ello, a pesar de la lógica que inspira la regulación de otras reducciones de jornada en el TRET (por guarda legal, o por hospitalización de hijos prematuros o no), para las cuales se prevé expresamente la disminución proporcional del salario. Es elocuente el silencio del legislador en lo que a la reducción de jornada por lactancia se refiere, debiendo prevalecer, por ello, su carácter retribuido.

«*quien* precise encargarse del cuidado directo de un familiar...»; ese *quien* será –como expresamente señala el propio precepto– cualquier trabajador, hombre o mujer, que se encuentre en tales circunstancias. Veamos. En primer lugar, quien tenga que cuidar a un menor o a una persona con discapacidad<sup>22</sup> por corresponderle *su guarda legal*: en este caso hallaremos a los progenitores –por naturaleza o por adopción–, a los responsables del acogimiento preadoptivo o permanente, o a un tercero (por ejemplo, persona que ejerza la tutela); en segundo término, quien cuide de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, supuesto en el que será precisamente el parentesco –en los grados correspondientes, y con independencia de que pueda provenir de adopción– el dato determinante de la posible titularidad del derecho.

La reducción de jornada contemplada en el presente apartado constituye, según reza el mismo precepto, un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres; en cualquier caso –prevé el TRET–, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante (por consiguiente, posible disfrute simultáneo), el empresario podrá limitar dicho ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. En cualquier caso, y aunque no resulte muy habitual la concurrencia apuntada, no cabe entender la *posibilidad* empresarial de limitar el ejercicio de alguno de los interesados a la reducción de jornada como algo *forzoso*; de hecho, y en tanto resulta restrictiva de los derechos del trabajador, parece ser concebida por el legislador estatutario como una facultad a emplear únicamente en los casos en que haya razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Y es que, como ha señalado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 11 diciembre 2001, la reducción de jornada por guarda legal:

... tiende(n) a proteger no sólo el derecho de los trabajadores a conciliar su vida laboral y familiar para mejor cumplir con los deberes inherentes a la patria potestad que enumera el art. 154.1 del Código Civil, sino también el propio interés del menor a recibir la mejor atención posible.

De ahí que, como asimismo ha apuntado la Sentencia de 13 septiembre 2006:

... en la aplicación de las reducciones de jornada que establece el art. 37.5 Estatuto de los Trabajadores, ha de partirse de la base de que tal precepto forma parte del desarrollo del mandato constitucional (art. 39 de la Constitución) que establece la protección a la familia y a la infancia.

<sup>22</sup> Se halla aquí la primera de las modificaciones operadas por la LOI en este apartado 5 del art. 37 TRET; con certeza, la de menor profundidad, pues responde –en mi opinión– a una mera aplicación del principio de uso no sexista del lenguaje, sustituyendo el masculino «minusválido» por la expresión neutra «persona con discapacidad».

Finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa.

Nada indica el legislador estatutario sobre una eventual imposibilidad de disfrute de esta reducción por parte de los/las trabajadores/as a tiempo parcial, por lo que no cabe inferir su exclusión<sup>23</sup>.

Parece obvio –por expresamente exigido– que el cuidado ha de ser dispensado de manera directa por parte del trabajador interesado en la reducción de jornada (no cabe, por tanto, la reducción de jornada cuando el cuidado se lleva a cabo por persona interpuesta, aun cuando a la misma se le retribuya por cuenta y cargo de aquél); por ello, parece ajustado al propósito de la norma y conforme con el principio de buena fe contractual que la reducción así practicada sea efectivamente empleada por el trabajador para el cuidado, directo o indirecto, del menor, persona discapacitada o familiar causante, lo que no implica, forzosamente, limitar la libertad del trabajador para organizar y distribuir *el tiempo resultante total* durante el que no presta servicios efectivos para la empresa, exigiendo que todo él se destine a dicho cuidado<sup>24</sup>.

La reducción de jornada subsistirá –tratándose del cuidado de un/a menor–, hasta que éste/a alcance la edad legal, que, con anterioridad a la reforma operada por la LOI quedaba fijada en seis años y que, ahora, merced a la indicada reforma ha sufrido una sustancial mejora, pues abarca hasta la edad de ocho años. En cualquiera de las demás hipótesis, la duración del derecho podrá ser indefinida, al quedar supeditada al mantenimiento –en algunos casos, invariable– de las circunstancias habilitantes (guarda y cuidado de persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que no realice actividad retribuida, o cuidado de un/a familiar –hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad– que no pueda valerse por sí debido a la edad –corta o avanzada–, accidente o enfermedad, y que no desempeñe actividad retribuida), si bien, en todo caso, se extinguirá por privación de la guarda legal (cuidado de menor de seis años o de persona disminuida), por desempeño de actividad retribuida (de la persona con discapacidad o del familiar a quien se cuida), por curación (del familiar accidentado/a), por fallecimiento (tanto del/la menor, familiar o persona discapacitada, como del/la trabajador/a beneficiario/a de la reducción) y, por supuesto, por voluntad del/la trabajador/a beneficiario/a<sup>25</sup>.

Desde la perspectiva del *quántum*, la reducción de jornada ha sido objeto de una notable mejora, a través de la modificación operada por la LOI en el art. 37.5 TRET. En efecto, mientras antes se preveía una reducción máxima de

23 En este sentido, incluso, algunos convenios colectivos prevén expresamente la posibilidad de reducción de jornada para los/las trabajadores/as a tiempo parcial.

24 De esta manera, Sentencia TSJ Comunidad Valenciana (Social), de 11 julio 2000.

25 Al respecto, la Sentencia TSJ Madrid (Social), de 29 enero 1998.

jornada de 1/2, y, como mínimo, 1/3 (con la proporcional reducción de salario), la nueva redacción establece un régimen de reducción (temporal y, por ende, económica) mucho más flexible y, así, más ajustable a las necesidades reales de tiempo que el/la trabajador/a pueda presentar, así como de sus auténticas posibilidades de «sacrificio» retributivo. Así, la modificación legal mantiene el máximo de reducción en 1/2 de la jornada, pero reduce el mínimo a 1/8 parte de aquélla. Además, las previsiones estatutarias pueden resultar mejoradas por la negociación colectiva, y, como ha venido sucediendo hasta ahora, pueden establecerse sistemas de reducción salarial «amortiguada» o no proporcional (por ejemplo, reducción de jornada de un 1/3 ó 1/2 de la misma, percibiendo un 80 o un 60%, respectivamente, de la totalidad de sus retribuciones, tanto básicas como complementarias, con inclusión de los trienios –o calculando el porcentaje mejorado sobre la retribución íntegra). La reducción de jornada podrá variar, en lo que a su concreción horaria se refiere, por la mera voluntad del/la trabajador/a, de acuerdo con el cambio que puedan sufrir las concretas necesidades derivadas del cuidado de la persona al que dicha reducción va dirigida<sup>26</sup>.

#### 4. La excedencia por cuidado de hijos/as y familiares

Con carácter previo, entendemos necesaria una –siquiera breve– referencia a los distintos avatares legislativos que estas excedencias han sufrido durante los últimos años, y que han dado en introducir importantes modificaciones en su caracterización básica, la cual se ha ido desplazando desde opciones político-legislativas que pudiéramos denominar «clásicas» (basadas en premisas propias del proteccionismo sexista –indefectiblemente derivado de esa concepción biológica y exclusivista que ha impregnado, en el pasado, la práctica legislativa laboral), hasta llegar (sin duda por la necesaria adecuación a la normativa comunitaria) a los planteamientos actuales que, cimentados sobre la tutela objetiva, se han mostrado más acordes con la protección de los múltiples y heterogéneos bienes jurídicos emergentes en materia de «maternidad/paternidad/parentalidad» desde su perspectiva iuslaboral.

Hasta hace unas pocas décadas, no podía hablarse, *de lege data*, de la existencia de una excedencia por cuidado de hijos/as (al menos, en el ámbito de las relaciones laborales *strictu sensu*); además, su originaria caracterización como excedencia voluntaria *causal* permanecería incólume hasta la aprobación de la Ley 3/1989, por la que se procedería a la reforma legislativa del instituto, en la línea de configurarlo como una figura de naturaleza *sui*

26 De esta manera, Sentencia TSJ Comunidad Valenciana (Social), de 27 septiembre 2001.

*generis*, calificada, en cualquier caso, por sus *efectos* (que no operaban de un modo lineal pues, este tipo de excedencia se dividía –en su régimen jurídico– en dos intervalos temporales: un primer período –coincidente con el primer año de excedencia– en que los efectos operados seguían las reglas de la excedencia forzosa; y un segundo período –de dos años más de duración– que se regía de acuerdo con los criterios generales de la excedencia voluntaria). Tal ruptura del «ritmo» o de la linealidad del régimen jurídico suponía no sólo importantes inconvenientes técnicos, sino que, además, obedecía a un manifiesto propósito proteccionista del rol maternal de la mujer, tutela subjetiva que incidiría aún más en su misma segregación normativa y, por ende, produciría «efectos secundarios» todavía más indeseables (Tortuero, 1994: 266). Con posterioridad, la Ley 4/1995, de 23 de marzo, sobre permiso parental y por maternidad<sup>27</sup> (Escudero, 1995: 100) (Quintanilla, 1995, 11), vendría a dotar a la excedencia por cuidado de hijos de un carácter unívoco, terminando con su doble caracterización –y, por consiguiente, con la duplicidad temporal de su estructura– y configurándola expresa y enteramente como excedencia *forzosa* (art. 4), y atribuyéndole no sólo los efectos generales que como tal le corresponden, sino, incluso, otros, específicos y exclusivos, completamente ajenos a la institución de la excedencia forzosa en la que se queda definitivamente incardinada la derivada del cuidado de hijos/as (Rivas Vallejo, 1999: 222).

Más tarde, y ante la necesaria transposición de la Directiva 96/34/CE, la Ley 39/1999, en su art. 4, vendría a regular un nuevo género de excedencia, la «excedencia por cuidado de familiares», denominación bajo la cual han venido quedando comprendidas dos especies concretas. La primera, la excedencia «para atender al cuidado de cada hijo» (hijos/as, por naturaleza –hasta los tres años de edad–, o adoptivos/as y menores acogidos/as –con carácter preadoptivo o permanente– hasta cumplirse tres años desde la resolución administrativa o judicial correspondiente). La segunda, la excedencia «para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad» (en la que cabría, asimismo, el cuidado de hijos/as –naturales o adoptivos/as– que, por haberse superado los tres años antes indicados, no dieran derecho a la excedencia derivada del supuesto anterior, pero sí a éste, al «no poder valerse por sí mismos, por razones de edad, accidente o enfermedad, y no desempeñar actividad retribuida»). No obstante tal cambio nominal y estruc-

27 Nomenclatura, *per se*, deficiente, pues, por un lado, contenido y título mantienen una clara disintonía (no se regula en ella permiso parental alguno, sino la excedencia por cuidado de hijos recién nacidos); por otra parte, parece instituir un elemento diferenciador entre dos figuras que, por constituir –respectivamente– género y especie, guardan entre sí claros vínculos teleológicos y, desde la perspectiva objetiva, una nada desdeñable similitud de razón y de propósito. Resulta, de todo ello, una norma sesgada y perturbadora.

tural, la Ley 39/1999 no supondría variación alguna sustancial en el régimen jurídico que, hasta su aprobación, había venido rigiendo la dinámica de la excedencia por cuidado de hijos/as; sí ha operado, en cambio, una modificación en la *naturaleza jurídica* de la institución que, progresivamente, se ha venido «acomodando» más al perfil de la suspensión del contrato de trabajo; en efecto, la Ley 39/1999 indujo un notable cambio en este sentido, al sustituir la mera expectativa anterior de reingreso del/la trabajador/a –cuando la excedencia superaba en primer año de duración– por una *reserva de puesto de trabajo* (siquiera el de origen, pero sí otro, perteneciente al mismo grupo profesional o categoría equivalente), con lo cual la reincorporación, en tal período, se produce *automáticamente*, sin quedar, por tanto, supeditada a la existencia previa de vacante (Rivas Vallejo, 1999: 229). Ahora, la LOI viene a incidir en tres cuestiones básicas que, aunque de naturaleza y alcance diversos, persiguen –en su modificación– un propósito común: lograr mayores y mejores cotas de conciliación de la vida laboral y personal de los/as trabajadores/as que sobrellevan la responsabilidad del cuidado de un/a hijo/a o de una persona dependiente en su familia. Conforme a la literalidad del art. 46.3 TRET, las excedencias allí reguladas quedan caracterizadas como derechos que corresponden a «los trabajadores», aunque no de modo incondicionado, pues nos hallamos ante excedencias *causales* que, para desplegar todos sus efectos jurídicos, precisan de la concurrencia de la correspondiente circunstancia habilitante que las naturaliza: la condición paternal/maternal o familiar (parental) del/la trabajador/a solicitante<sup>28</sup> respecto del sujeto causante de la excedencia (hijo/a, menor acogido/a o familiar, en general). La concurrencia del parentesco (o, en su caso, de la situación de acogimiento) y el propósito del disfrute de la excedencia constituyen los elementos que, una vez comunicados debidamente al empresario, bastan *per se* para acceder al disfrute del derecho, al no existir previsión estatutaria alguna sobre una eventual exigencia empresarial en torno a la acreditación de tal circunstancia (Pedrajas, 1983: 412).

El primero de los cambios legales operados viene referido, precisamente, a la inclusión del acogimiento provisional entre las situaciones protegidas o que dan derecho a la excedencia por cuidado de hijos/as; en efecto, el art. 46.1, párrafo primero, se refiere –ahora– en su nueva redacción, al «acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque *éstos sean provisionales*». Así, con la LOI, la excedencia por cuidado de hijos/as regulada en el apartado primero

28 Obviamente, cuando se trate de la *excedencia por cuidado de otros familiares* (artículo 46.3, párrafo segundo, TRET), habrá de existir el parentesco correspondiente, dentro de los límites establecidos por el precepto como habilitantes de la excedencia (hasta el segundo grado, inclusive, por consanguinidad o afinidad), amén de las circunstancias que provoquen el desvalimiento del familiar (edad, enfermedad o accidente, y falta de actividad remunerada).

del art. 46.3 TRET queda caracterizada por ser un instituto jurídico que, básicamente, permite el mantenimiento de la suspensión del contrato de trabajo previamente generada por una situación de maternidad/paternidad biológica o adoptiva, o por el acogimiento preadoptivo o permanente, incluso provisional, de un/a menor, más allá de las dieciséis semanas –o las que corresponda por parto, adopción o acogimiento múltiple–, pudiendo, incluso, producirse tal mantenimiento suspensivo sin solución de continuidad; y es que entre los distintos bienes jurídicos tutelados por ambas figuras (excedencia por cuidado de hijos/as y suspensión del contrato de trabajo por maternidad) existen grandes coincidencias: de hecho, salvo la tutela física o biológica de la mujer (que se recoge exclusivamente en el caso de la suspensión), los demás son casi comunes (cuidado, crianza y establecimiento de vínculos afectivos y relacionales entre el/la hijo/a y sus progenitores, estabilidad en el empleo de éstos, coparticipación en las responsabilidades parentales), si bien, en el caso de la excedencia, con unos límites temporales más amplios, que permiten abarcar el cuidado de hijos no ya recién nacidos, sino de edad superior (en principio, menores de tres años, aunque es posible en edades posteriores<sup>29</sup> –*cuando no puedan valerse por sí mismos*– a través de la excedencia para cuidado de familiares).

Las excedencias familiares se instituyen como un derecho para el/la trabajador/a, sin que, en ningún caso (y a diferencia de lo que sucede, de un lado, con la suspensión contractual por maternidad/paternidad –con la que guarda una nada desdeñable similitud de propósito– y, de otro, con la misma excedencia forzosa –a cuya dinámica operativa se suma–) se establezca por el legislador segmento temporal alguno de obligatorio disfrute; por ello (Valle, 1999: 60), la excedencia por cuidado de hijos (así como la derivada del cuidado de familiares) son, por supuesto, total o parcialmente renunciables por parte de la persona trabajadora, ya que no se trata de un derecho necesario; desde el punto de vista del empresario, se debe permitir al/la trabajador/a el disfrute de la excedencia por cuidado de hijos/as siempre que se acredite la existencia de la causa que la justifica<sup>30</sup>.

29 Respecto de la posible derivación de una excedencia por el cuidado de hijo/a mayor de tres años, la doctrina científica mantiene opiniones divergentes: por la «ortodoxia» interpretativa, negando la aplicación al cuidado de hijos más allá de los tres años de edad, por todos, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (1999): «La reciente Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Relaciones Laborales*, n° 24, p. 38; admitiendo la posibilidad apuntada, SEMPERE NAVARRO, Antonio (1989): «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», *Relaciones Laborales*, n° 13, p. 16. La doctrina judicial, por su parte, se ha mostrado favorable; en este sentido, y por todas, la STSJ Navarra, de 23 febrero 2006.

30 En este sentido, entre otras, Sentencia TSJ Madrid (Social), de 10 enero 2002, Sentencia TSJ Comunidad Valenciana (Social), de 30 julio 1996 y Sentencia TSJ Andalucía/Sevilla (Social), de 24 abril 1998.

La segunda de las grandes áreas reformadas por la LOI viene constituida, precisamente, por la ampliación de la extensión temporal de la excedencia, si bien sólo en su modalidad por cuidado de familiar. En efecto, y si bien –antes– la duración prevista era de un año, ampliable por la negociación colectiva, la LOI duplica el *quántum* mínimo temporal establecido estatutariamente para el disfrute de tal derecho (estableciéndose, por tanto, en dos años –igualmente mejorables vía convenio colectivo). En esta sede, entendemos imprescindible la referencia concreta a una cuestión *sui géneris* que afecta, por su propia naturaleza, a la excedencia para cuidado de hijos/as o menores acogidos/as, y que, pese a ciertas iniciativas parlamentarias, no ha hallado reflejo positivo en la modificación del apartado primero del art. 46.3 TRET: la ubicación del *dies a quo* en que se produce el inicio del cómputo del período de excedencia. Y es que la naturaleza causal de esta modalidad de excedencia ha condicionado, desde sus orígenes, la extensión temporal o duración del derecho; en efecto, es la corta edad del/la hijo/a la que determina la necesidad e intensidad de los cuidados y atenciones de sus progenitores, hasta el punto de justificar una dedicación exclusiva a ello merced al mecanismo jurídico-laboral de la excedencia, que permite a las personas trabajadoras asumir las responsabilidades derivadas de la crianza temprana del hijo/a mediante una ausencia del trabajo que no afecte a su estabilidad en el empleo. De acuerdo con ello, se ha configurado una duración máxima de tres años (art. 46.3 TRET), si bien ligada –en su cómputo inicial– al dato objetivo del inicio de la relación paterno/materno-filial que, en el caso de la maternidad/paternidad natural o biológica, queda determinado por el momento del nacimiento, mientras que en la adoptiva (y en el acogimiento) tal momento queda fijado en la fecha de la resolución judicial o administrativa correspondiente. De acuerdo con esto, el disfrute íntegro, en su extensión máxima resulta, en la práctica, inviable, tanto por la propia dinámica de la institución: en la medida que la maternidad/paternidad, tal como se regula por el legislador estatutario, da lugar –simultáneamente– a los «permisos» por maternidad y paternidad y la excedencia por cuidado de hijos, y la prioridad temporal de los primeros (y el hecho de su solapamiento con la excedencia) opera una suerte de «solapamiento» de períodos, con lo que el mero transcurso del tiempo y el disfrute mismo de los permisos indicados merma, progresivamente, la eventual duración efectiva de la excedencia. En este sentido, la negociación colectiva ha venido presentando numerosos ejemplos de «paliativos» de tal reducción fáctica. Paliativos que pasan, básicamente por *comenzar a contabilizar el período de excedencia a partir de la fecha de terminación del permiso por maternidad*, y que no han logrado, a la vista de la LOI, convencer al legislador.

Por lo que se refiere al eventual disfrute fraccionado de estas excedencias, hasta la LOI, el legislador había guardado silencio. Ante ello, la doctrina científica se ha venido pronunciando de manera desigual a favor de la admisibilidad



de un eventual disfrute «discontinuo» o fraccionado de dicho período<sup>31</sup>; del mismo modo, la doctrina judicial tampoco era pacífica<sup>32, 33</sup>. Y es que la tercera de las reformas introducidas por la LOI en este instituto jurídico se proyecta, concretamente, sobre la posibilidad expresamente admitida de disfrute fraccionado de ambas excedencias. La LOI zanja, así, de manera definitiva, la previa situación de incertidumbre y respalda, por ende, el criterio, científico y judicial, favorable al fraccionamiento del período de disfrute.

De otro lado, en tanto el art. 46.3 TRET concibe las excedencias familiares como un derecho de las personas trabajadoras en general y, en cuanto tampoco se exige requisito alguno de antigüedad previa en la empresa para causar derecho a ellas (Sempere, 2001: 348), nada parece obstar a la posibilidad de que los trabajadores con contratos de duración determinada puedan acceder a las mismas<sup>34</sup>; ello supondrá, simplemente, un mero inconveniente en el normal desenvolvimiento *–per se, temporal–* de la relación laboral, al superponerse dos eventos diferentes pero coincidentes en cuanto a su naturaleza contingente (de un lado, la duración determinada de la relación de trabajo y, de otro, la duración también transitoria de la excedencia). Y es que, al respecto, ha de recordarse que, conforme al art. 7 del R.D. 2720/1998, «la suspensión operada en los contratos de duración determinada por alguna de las causas contempladas en los artículos 45 y 46 ET, no comportará la ampliación de su duración, salvo pacto en contrario». Así, y a tales efectos, cabría distinguir dos posibles hipótesis: la primera, consistente en el disfrute de una excedencia por cuidado de hijos/as de duración *inferior* a la del contrato (en tal caso, concluido el período de excedencia, el/la trabajador/a se reincorporaría al trabajo hasta la llegada del término estipulado en el contrato); la segunda, consistente en el disfrute de una excedencia por cuidado de hijos/as de duración *superior* a la estipulada para el contrato de

31 De esta manera, la Sentencia TSJ Castilla y León /Burgos (Social), de 21 enero 2002; Sentencia TSJ Murcia (Social), de 12 marzo 2001; Sentencia TSJ Baleares (Social), de 29 noviembre 1999. Desde la doctrina científica, GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco (2003): «El disfrute fraccionado de la excedencia para el cuidado de hijos», *Aranzadi Social*, n° 3, pp. 42 y 43). A favor de la posible «interrumpibilidad» del período de excedencia, entre otros RODRÍGUEZ COPÉ, M<sup>a</sup> Luisa (2001): *La institución suspensiva en el Derecho contractual laboral*, Córdoba, ejemplar multicopiado, p. 387; TORTUERO PLAZA, José Luís (2000): «Las excedencias», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 100, p. 973; SEMPERE NAVARRO, Antonio (1989): «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», *Relaciones Laborales*, n° 13. En contra de ello, ALBIOL MONTESINOS, Ignacio (2001): *La modificación del ET por la Ley 39/1999*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 96 y ss.; RIVAS VALLEJO, M<sup>a</sup> Pilar (1999): *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona: Aranzadi, p. 238.

32 Sentencia TSJ Baleares (Social), de 29 noviembre 1999 y Sentencia TSJ Murcia (Social) de 12 marzo 2001.

33 Por todas, por lo categórica, la Sentencia TSJ País Vasco (Social), de 11 octubre 2005.

34 Sentencias TSJ Comunidad Valenciana (Social), de 13 abril 1999 y 14 julio 2000, y la Sentencia TSJ Castilla-La Mancha (Social), de 23 noviembre 1999. Igualmente, las Sentencias STSJ Cataluña (Social), de 11 y 19 noviembre 1999, sobre acceso a la excedencia por cuidado de hijos desde una prestación de servicios interina.

trabajo (aquí, salvo pacto en contrario, el transcurso del tiempo, aún constante la situación de excedencia, abocaría inexorablemente a la extinción de la relación laboral, que se produciría llegado el término final).

Concluiremos recordando que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 46.3 TRET, el período en que la persona trabajadora permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijos/as o por cuidado de familiares «será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional», a cuya participación deberá ser convocada por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación; además, «durante el primer año<sup>35</sup> tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo», mientras que, una vez «transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente».

Durante la excedencia, obviamente, desaparece para la persona trabajadora la obligación de prestar el trabajo convenido y, correlativamente, el empresario queda dispensado de retribuir<sup>36</sup> unos servicios no prestados; fuera de la suspensión de estas obligaciones principales, el resto del contenido contractual (derechos y obligaciones) queda intacto y mantiene su vigencia –al igual que el contrato de trabajo– durante todo el período de excedencia. Además de estas consecuencias o efectos básicos, el art. 46.3 TRET hace derivar de la situación de excedencia por cuidado de hijos toda una serie de implicaciones *sui generis*. En primer término las relativas al *régimen de conservación o estabilidad en el empleo* del/la trabajador/a interesado/a; en efecto, y por lo que afecta al *primer año de excedencia*, durante el mismo existe un *derecho a la reserva del puesto de trabajo original* –en igualdad de condiciones retributivas y de todo tipo a las que se venían disfrutando con anterioridad a la excedencia–, y el reingreso durante dicho período habrá de producirse de manera automática (siempre que la solicitud para ello se haga mientras subsiste la reserva del puesto); ese primer año, además, tiene la consideración de situación asimilada al alta a efectos de acceso a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social (excepto la de Incapacidad Temporal). De otra parte, los dos primeros años de la excedencia por cuidado de hijos/as quedan configurados como período de cotización efectiva, a efectos del acceso a las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad; y ello, con el propósito de posibilitar la protección del sistema en tal situación, mediante el acceso a las prestaciones correspondientes. (Esta consideración como período de cotización efectiva opera, asimismo, en el caso de la excedencia por cuidado de familiares, durante

35 Ó 15 meses cuando el/la trabajador/a forme parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial.

36 Al objeto de proteger económicamente al trabajador/a excedente, alguna Comunidad Autónoma ha implantado ciertas medidas asistenciales, consistentes en el abono de una prestación económica [Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres del País Vasco (BOPV n. 42 de 2/3/2005), art. 48.3].

toda su duración –un año– y con el mismo alcance). Por otro lado, si la excedencia se prolonga más allá de ese primer año (alcanzando, o no, el máximo estatutariamente permitido), prevé el legislador que la *reserva* se circunscribirá «a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente»<sup>37</sup>; como ha indicado la doctrina, se trata de una previsión de reserva algo más débil que la referida al primer año de la excedencia (por cuanto no se reserva el puesto de trabajo de origen, ni hay reincorporación automática, sino un derecho de reingreso preferente en puesto de igual o análoga categoría), aunque claramente más favorable que la inherente a la excedencia voluntaria (por cuanto en la excedencia aquí comentada el reingreso no queda condicionado a la existencia de vacante). Por lo que afecta a la consideración de este segundo período (segundo y, eventualmente, tercer año de excedencia) a efectos de Seguridad Social, indicar que sólo mantiene la consideración de situación asimilada al alta de cara a la obtención de las prestaciones por desempleo.

En segundo lugar, el art. 46.3 TRET hace derivar de la excedencia por cuidado de hijos/as otros efectos, si bien de carácter complementario. El primero, relativo al cómputo del período de excedencia a efectos del cálculo de la *antigüedad*: el TRET establece expresamente la inclusión del tiempo así transcurrido en el total de antigüedad del trabajador, habiendo de entenderse por tal tanto la antigüedad vinculada a la *promoción profesional* del trabajador (en el sistema de ascensos), como la relacionada con su *promoción económica* (tanto respecto de eventuales complementos salariales por tal concepto, como respecto de los años de servicio computables en el cálculo de indemnizaciones por despido) (Valle, 1999: 70). El segundo, en materia de *actualización y reciclaje profesional*, según el cual se reconoce abiertamente al/la trabajador/a un verdadero *derecho* (no obligación) a la *asistencia a cursos de formación profesional*, que se materializará a través de la necesaria convocatoria empresarial a dichos cursos (la finalidad de tal prescripción: compensar la posible merma o deterioro que, en la cualificación o formación profesional del/la trabajador/a, causara el tiempo de inactividad por excedencia) (Escudero y Mercader, 1995: 111), y ello no sólo para que tal bien jurídico (objeto ya de protección expresa *ex art. 4.2.b TRET*) permanezca indemne *en la relación de trabajo* (como corresponde a la vigencia del contrato durante la situación suspensiva), sino, especialmente, para salvaguardarlo frente a eventuales «desviaciones» en la conducta empresarial, como el despido objetivo producido en base a una ineptitud sobrevenida para las tareas propias del puesto de trabajo, o por falta de adaptación a las modificaciones técnicas que puedan haberse operado en el mismo durante su ausencia.

37 En este sentido, la Ley catalana 18/2003, de 4 de julio, de *Apoyo a las Familias* (DO 16-7-2003), establece –art. 23– la necesidad de que, en el ámbito del personal al servicio de las Administraciones Públicas catalanas, se amplíe la duración de la reserva de puesto de trabajo hasta los tres años de duración máxima de la excedencia por cuidado de hijos o personas dependientes.

El empresario podrá ofrecer dicha formación durante todo el período de excedencia, aunque parece más lógico (y a tal razonamiento debe responder, sin duda, la intensificación legal al respecto) que se lleve a cabo conforme se acerca el momento de la reincorporación o, incluso, inmediatamente después de producida la misma, si bien, lógicamente, el tiempo empleado en tal formación sólo sería retribuido en el segundo caso (Escudero y Mercader, 1995: 104-106).

Advertir, finalmente, que el régimen jurídico establecido por el TRET se configura como un régimen de mínimos, claramente mejorable a través de convenio colectivo o mediante acuerdo individual.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio (2001): *La modificación del ET por la Ley 39/1999*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup> Amparo (2000): *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral: una corrección de errores con diez años de retraso*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup>. Emilia (1996): «Directivas comunitarias de origen convencional y ejecución convencional de las directivas: el permiso parental», *Relaciones Laborales*, n<sup>o</sup> 24.
- DILLA CATALÁ, M<sup>a</sup> José (1995 a): «La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (la Ley 4/1995, de 23 de marzo)», *Actualidad Laboral*, n<sup>o</sup> 40.
- . (1989 b): «El derecho a la licencia retribuida por lactancia», marginal 209, *Actualidad Laboral*, 89-1, XVII.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, Ricardo (1989): «La Ley 3/1989, una reforma promocional de la mujer con acentuados claroscuros», en *Relaciones Laborales*, 1989-II.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, Ricardo & MERCADER UGUINA, Jesús (1995): «Nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos», *Relaciones Laborales*, n<sup>o</sup> 11.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo (2004): *La Maternidad y su consideración jurídico laboral y de seguridad social*, Madrid: Consejo Económico y Social.
- GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco (2003): «El disfrute fraccionado de la excedencia para el cuidado de hijos», *Aranzadi Social*, n<sup>o</sup> 3.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (1999): «La reciente Ley 39/1999 para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Relaciones Laborales*, n<sup>o</sup> 24.
- . (1997): *La protección por maternidad*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORENO CÁLIZ, Susana (2004): «Permiso de lactancia en caso de parto múltiple», *Aranzadi Social*, n<sup>o</sup> 22.
- PEDRAJAS MORENO, Abdón (1983): *La excedencia laboral y funcionarial*, Madrid: Montecorvo.

- PÉREZ DEL RÍO, Teresa (1999): «La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales», *Temas Laborales*, n° 52.
- QUINTANILLA NAVARRO, Belén (1995): «La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995», en *Relaciones Laborales*, n° 20.
- . (1991): «Configuración jurisprudencial de los permisos laborales retribuidos», *Actualidad Laboral*, n° 5 y 6.
- RIVAS VALLEJO, M<sup>a</sup> Pilar (1999): *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Pamplona: Aranzadi.
- . (1997): «Los permisos retribuidos por causa de maternidad», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, n° 173.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M<sup>a</sup>. Luisa (2001): *La institución suspensiva en el Derecho contractual laboral*, Córdoba, ejemplar multicopiado.
- SALA FRANCO, Tomás (2001): *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- . (1992): «Trabajadores con responsabilidades familiares y contrato de trabajo», *Tribuna Social*, n° 14.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen (1999): *Los permisos retribuidos del trabajador*, Pamplona: Aranzadi.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio (2001): «Artículo 46 ET», en AA.VV.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Pamplona: Aranzadi.
- . (1994): «Excedencia por cuidado de hijos. Técnica jurídica versus institución jurídica», en AA.VV.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- . (1989): «La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica», en *Relaciones Laborales*, 1989-I.
- TORTUERO PLAZA, José Luís (2000): «Las excedencias», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 100.
- VALLE MUÑOZ, Fernando (1999): *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Madrid: Colex.

Recibido el 2 de junio 2008

Aceptado el 6 de septiembre de 2008

BIBLID [1132-8231 (2009)20: 59-79]