

POSIBLES CONSECUENCIAS DE INICIAR OTRA RELACIÓN LABORAL DURANTE LA SITUACIÓN DE EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO

Centro de Estudios Financieros

El artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET) regula la excedencia por cuidado de hijo, ésta tiene por finalidad hacer realidad la efectiva conciliación entre la vida familiar y laboral, y para ello la legislación laboral le concede al trabajador la reserva del mismo puesto de trabajo durante el primer año de la excedencia y, una vez transcurrido éste, se limita al mismo grupo profesional no pudiendo tener una duración superior a 3 años (recordando que la ley impone un periodo de descanso obligatorio posterior al parto).

Esta causa de suspensión del contrato fue introducida por la Ley 39/1999 de 5-11, con la finalidad de promover la conciliación de la vida laboral y familiar propiciada por la incorporación de la mujer al mundo laboral, modificando por ello el ámbito laboral, de Seguridad Social y de procedimiento.

En este artículo se pretende analizar las posibles consecuencias de iniciar otra prestación laboral mientras se está disfrutando de la excedencia con la finalidad de atender al menor. **¿Constituiría ello una transgresión de la buena fe contractual?**

Ello variará dependiendo de la jornada laboral realizada y si efectivamente la finalidad de haber solicitado la excedencia era el cuidado del menor. Así, si el trabajador inicia otra prestación laboral con un horario que le permite compatibilizar su trabajo con el de la guardería del hijo este caso estaría justificado y no supondría la transgresión de uno de los deberes laborales básicos del trabajador [artículos 5 a) y 54. 2 d) del ET]] ya que

“no es a la empresa ... sino a la trabajadora a quien corresponde valorar aquello que mejor le convenga para conciliar su vida laboral con la familiar”.

En este sentido véanse las sentencias de TSJ de Castilla La Mancha de 15-2-2011 y TSJ de Castilla León/Valladolid- de 17-10-2012.

Sin embargo, si el trabajador inicia prestación laboral con un horario de trabajo más “intenso” y además le supone desplazamientos, la finalidad de la excedencia queda en entredicho, buscando el trabajador más su promoción profesional, que el cuidado del hijo (STSJ de Canarias/Tenerife de 16-3-2012) o si el trabajador aprovechara la situación para iniciar un negocio por cuenta propia, constituyendo una empresa que compite directamente con la empresa en la que está excedente (STSJ del País Vasco de 1-3-2011), también constituiría una clara transgresión de la buena fe contractual, concurriendo deslealmente con la empresa inicial.

Hay que partir de la base de que no existe una obligación de no trabajar mientras se está disfrutando de la excedencia por cuidado de hijo, ya que nada dice el ET al respecto. La STSJ de Castilla León mencionada anteriormente analiza ese supuesto, descartando la prohibición de prestar servicios en otra empresa, ya que para ello debería de haberse efectuado un pacto de plena dedicación del artículo 21 del ET para que la trabajadora se abstuviese de aquella concurrencia.

Como contrapunto tenemos el voto particular de la STSJ del País Vasco antes mencionada, del Magistrado Enguaras Mendiri que apela al artículo 35 de la Constitución Española (derecho al trabajo) en relación con el artículo 46.3 del ET ya que el hecho de que la relación laboral esté suspendida *“no implica el derecho ilimitado de fidelidad” puesto que no existe el pacto de no concurrencia. Además, si la relación se encuentra suspendida el trabajador “se encuentra amparado por un derecho superior que le afecta y le protege que es el del artículo 35 de la CE”.*

En definitiva lo que el Magistrado entiende es que cuando el trabajador se encuentra prestando servicios están activadas todas las obligaciones inherentes al contrato, pero si el contrato se encuentra en suspenso, entonces el trabajador puede prestar actividad en otros ámbitos “incluso concurrentes pues lo contrario supone llevar a cabo un perjuicio difícilmente compensable con el derecho fundamental a trabajar”.

Ahora nos planteamos supuesto, dentro de la que acabamos de explicar –realizar otra prestación de servicios durante el disfrute de excedencia por cuidado de hijo- que también se puede producir y es la dar a luz a un segundo hijo durante esta situación, en este caso, **¿qué ocurriría con la prestación por maternidad?**

Con respecto al ámbito de la Seguridad Social, como sabemos se considerará como cotizado el periodo de tiempo que se encuentre el trabajador en excedencia por cuidado de hijo a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social –jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad-. Además, durante este tiempo el trabajador se encuentra en situación de asimilada a la de alta, lo cual significa que está comprendido en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) [artículos 124 y 180 de LGSS, artículo 36 del RD 84/1996 y D.A. 4 del RD 295/2009].

Por tanto, si la trabajadora se encuentra en situación de excedencia por cuidado de hijo ante una nuevamente maternidad pasará a ser beneficiaria nuevamente de dicha prestación. No obstante, ¿qué ocurriría en los casos en los que el trabajador ha iniciado el desempeño de otra prestación laboral?

Si la trabajadora se da de alta en el RETA durante la situación de excedencia por cuidado de hijo y durante ese tiempo da a luz a otro hijo y solicita, por tanto, la prestación por maternidad tanto en el RETA como en el RGSS, nos plantea la duda de si se puede lucrar la prestación por maternidad en ambos regímenes de manera

simultánea. En la STSJ de Castilla León de 30-10-2013 se enjuicia esta situación, denegando, al igual que la Entidad Gestora, la prestación en el RGSS; pero ¿por qué?

La razón esgrimida es que la trabajadora no se encontraba en situación asimilada a la de alta al no estar disfrutando de una excedencia por cuidado de hijo, es decir la Sala se ampara en el ámbito laboral, no en el de Seguridad Social, analizando la finalidad de la situación de excedencia por cuidado de hijo. Así determina que

“desde el punto de vista estrictamente laboral no puede considerarse ... que la trabajadora se encuentre en su empresa y a efectos de la Seguridad Social en situación de excedencia por cuidado de hijo, por lo cual no puede beneficiarse de las ventajas de seguridad social aplicables a dicha situación”.

Entiende que la excedencia por cuidado de hijo tiene una finalidad que es la dedicación al cuidado del mismo, y dicha excedencia deja de seguir su régimen propio cuando pierde la causa, debiéndose aplicar el régimen legal que le corresponda. Si bien la Sala entiende que puede haber excepciones, -acercándose a las sentencias analizadas anteriormente- como puede ser la realización de trabajos “de poca duración o a tiempo parcial con escasa dedicación horaria”. En definitiva, que la trabajadora no puede lucrar la prestación por maternidad en el RGSS.

En el supuesto de que la trabajadora preste temporalmente servicios por cuenta ajena, de manera coincidente al disfrute de la excedencia por cuidado de hijos, de tal forma que cuando nace su segundo hijo ya ha finalizado esa segunda relación laboral, habría que distinguir, como señalamos al inicio del comentario, si la jornada tiene una extensión que pueda entenderse compatible con la finalidad de la norma.

En el caso analizado por la STSJ de Aragón de 10-10-2012 “... el hecho de prestar servicios -en este caso a tiempo parcial- para otra empresa no deja sin efecto la excedencia por cuidado de hijos ... “ si bien abre la puerta a un posible despido de la trabajadora por éste hecho diciendo textualmente *“sin que la empresa en la que se encuentra en situación de excedencia haya despedido a esta trabajadora, lo que supone que la situación de excedencia subsistía en la fecha del hecho causante”.*

Es decir, que la Sala del TSJ de Castilla-León sí considera la modificación del régimen jurídico de la excedencia a efectos de Seguridad Social al entender que la prestación era habitual y con dedicación y la Sala del TSJ de Aragón no lo entiende así, concediendo la prestación porque entiende que un trabajo a tiempo parcial en este caso, no desvirtúa la situación de excedencia por cuidado de hijos.