



PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL

Universidad de Córdoba

TRABAJO DURANTE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS Y PODER DISCIPLINARIO

STSJ de Madrid de 21 de enero de 2003

M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ *

SUPUESTO DE HECHO: La actora, que se encontraba en situación de excedencia por cuidado de hijos desde el día 8 de marzo de 2001 hasta el 8 de marzo de 2002, recibió de su empresa carta de despido, fechada el 27 de julio de 2001 y recibida por ésta diez días después. La empresa argumentó que habían tenido conocimiento, a través de terceras personas, que el mismo día de inicio de la excedencia firmó un contrato de trabajo indefinido para prestar servicios a tiempo completo en otra empresa. En el escrito se alegaba que la demandante, al solicitar la excedencia, era plenamente consciente de que no iba a utilizar el tiempo para cuidar de su hijo, sino para continuar trabajando a tiempo completo, lo que suponía un perjuicio para la empresa al verse obligada a respetar su derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado. Esta actuación, según la empresa, contraria a la buena fe contractual, se agravaba aún más por el hecho de haber suscrito el contrato de trabajo con una empresa del mismo sector de actividad, lo que suponía un quebranto de las obligaciones contenidas en los artículos 5.d) y 21.1 de la LET y derivaba en un incumplimiento grave y culpable que legitimaba al empresario a despedir con justa causa, en base a lo establecido en el artículo 54.2 ET, decisión contra la que accionó la trabajadora afectada, alegando la nulidad del despido efectuado. La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido de la demandante. Dicha sentencia fue recurrida por ambas partes, trabajadora y empresa, en suplicación. La prime-

* Profesora Ayudante del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ra solicitando la modificación al alza del salario regulador de las consecuencias económicas del despido, así como la declaración de nulidad, y la demandada, insistiendo en la procedencia de la decisión adoptada.

RESUMEN: El Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 21 de enero de 2003 (Ar. 1757) aprecia la existencia de circunstancias que llevan a la conclusión de que el trabajo realizado durante la excedencia debe reputarse desleal, lo que ocasiona, en consecuencia, un potencial perjuicio al empresario y supone la incursión de la demandante en la justa causa de despido contemplada en el artículo 54.2 ET. No obstante, según el Tribunal, dada la cronología de los hechos (en la propia carta de despido se afirma que el empresario tuvo conocimiento de la situación de concurrencia el día 4 de mayo de 2001, habiendo procedido a comunicar el despido por carta fechada el 27 de julio, enviada el día 30 y notificada a la actora diez días después) queda evidenciada la prescripción de la falta imputada, lo que no permite declarar la procedencia del despido.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. APUNTE SOBRE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO-LABORAL
3. LA PERVIVENCIA DEL VÍNCULO JURÍDICO DURANTE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS: DERECHO AL TRABAJO Y DEBER DE NO CONCURRENCIA
4. POSTURA DEL TRIBUNAL ANTE EL SUPUESTO PLANTEADO
5. VALORACIÓN CRÍTICA

1. INTRODUCCIÓN

Con el análisis de la STSJ de Madrid de 21 de enero de 2003 (Ar. 1757) se pretende determinar hasta que punto el empresario se encuentra legitimado para, en el ejercicio de su poder disciplinario, sancionar con el despido a un trabajador que haciendo uso de su derecho a la excedencia por cuidado de hijos suspende la relación laboral con la empresa pero continúa prestando sus servicios en empresa distinta.

En el caso a examinar, la pervivencia del vínculo jurídico que supone la excedencia por cuidado de hijos determina que el derecho que tiene la trabajadora deba cohonestarse obligatoriamente no sólo con el derecho fundamental al trabajo y a la libertad a un puesto de trabajo, sino también y al mismo tiempo con el deber genérico de buena fe, que debe presidir toda relación laboral, aún cuando ésta se encuentre en un estado latente, y que se concreta en una obligación de no perjudicar, aunque sea potencialmente, al



empresario que espera la reincorporación del excedente a la empresa una vez finalizado el periodo dedicado al cuidado del hijo.

2. APUNTE SOBRE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO-LABORAL

La excedencia por el cuidado de hijos fue creada con una finalidad inmediata y principal: la protección de la familia en general y la de los hijos recién nacidos, en concreto. De este modo, ésta puede concebirse como una auténtica prolongación del período de suspensión de 16 semanas, o el tiempo que corresponda en el caso de partos múltiples¹, como un verdadero derecho al que puede acceder el trabajador si así lo desea², que se centra en un objetivo principal: la atención al hijo nacido³.

Este propósito, concreto y delimitado, es el que podríamos calificar de inmediato, pues existe otro, indirecto, y efecto o consecuencia del primero, que no es otro que el incremento de las probabilidades de las mujeres-madres de acceder y permanecer en el mundo laboral, y ello a través de la regulación de la excedencia como arma erradicadora o al menos paliadora de las dificultades a las que éstas tienen que hacer frente⁴. Desde la creación

¹ Vid., TORTUERO PLAZA, «Excedencia por cuidado de hijos. Técnica jurídica versus institución jurídica», en la obra de AA.VV., *La suspensión del contrato de trabajo. Cuadernos de Derecho Judicial*. CGPJ, Madrid, 1994, p. 265; GORELLI HERNÁNDEZ, *La protección por maternidad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, pp. 23 y 204. El autor afirma que el proceso de maternidad se prolonga en el tiempo y origina una nueva regulación que se centra sobre el hijo recién nacido.

² Vid., STSJ de Andalucía (Sevilla) de 24 de abril de 1998 (Ar. 2199) que califica la excedencia por cuidado de hijos como un derecho del trabajador cuya concesión no depende de la voluntad de la empresa (Vid., el comentario que hace al respecto GONZÁLEZ DÍAZ, «El disfrute fraccionado de la excedencia para el cuidado de hijos», *Aranzadi Social*, 3/2003), basando la notificación a ésta para el acceso al mismo. Con respecto a esta última cuestión DILLA CATALA, *La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (La Ley 4/95 de 23 de marzo) AL 40/1995*, p. 687, considera conveniente que se solicite por escrito, indicando el momento de inicio y la duración de la misma.

³ GONZÁLEZ VELASCO, «La excedencia para atender al cuidado de los hijos y la Ley 3/89 de 3 de marzo», *AL 21/1989*, p. 270, apuntaba, muy acertadamente, que el derecho a la excedencia no surge con el parto, sino con el nacimiento de un hijo necesitado de atenciones. DILLA CATALA, «La nueva... cit.», p. 694, afirma que el objeto de este derecho es la atención del menor.

⁴ Vid., PÉREZ ALONSO, *La excedencia laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 58. La autora considera que uno de los objetivos de la regulación es evitar una discriminación indirecta a través de la que se expulsa a la mujer del mercado de trabajo. También, GORELLI HERNÁNDEZ, *op. cit.* p. 223, que junto a estos objetivos distingue otro al calificar esta institución laboral como mecanismo de fomento de una determinada política de natalidad.

de la excedencia como figura jurídico-laboral hasta la actualidad los cambios habidos en el contenido de las normas reguladoras han reflejado los intentos del legislador para lograr la meta ansiada: que el cuidado de los hijos no se traduzca en una carga exclusiva de la madre, impeditiva de la integración o reintegración de ésta en el ámbito laboral y causa o motivo de marginación socio-laboral ⁵.

En el artículo 46.3 de la LET y en la disposición adicional 14 del mismo texto legal, se encuentra el grueso del régimen normativo vigente de la excedencia por cuidado de hijos. El artículo 46.3 vigente es fruto de numerosas reformas legislativas protagonizadas principalmente por las Leyes 3/89 de 3 de marzo y 4/95 de 23 de marzo, y la más reciente llevada a cabo por la Ley 39/99, de 5 de noviembre. Aparece en él regulado una excedencia por cuidado de hijos fruto palpable de una intensa evolución de normas dirigidas a facilitar el ejercicio coordinado de las obligaciones de los padres-trabajadores dentro y fuera del hogar. Reconoce el artículo un derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años ⁶

⁵ Partimos de una realidad constatable de la que no se puede dudar y es que son las mujeres las que mayoritariamente se dedican al cuidado de los hijos; éstas, como consecuencia de su dedicación a la vida familiar, se ven «expulsadas» del mercado de trabajo (ya sea en el sentido literal del término —a través de despidos que camuflan motivos discriminatorios o mediante la no renovación del contrato temporal que con la empresa tenían suscrito—, ya se trate de una anhelada incorporación que nunca se llega a producir). Se convierten así en víctimas de prácticas y actitudes discriminatorias, que les impide hacer efectivo su reconocido derecho al trabajo y, por tanto, la posibilidad de gozar de una suficiencia económica para satisfacer sus necesidades y las de su familia (artículo 35 de la Constitución).

Precisamente a evitar esta discriminación que ha venido padeciendo el colectivo femenino han respondido las sucesivas reformas habidas en las normas reguladoras de la suspensión por maternidad que pretendían el establecimiento de medidas que facilitasen la implicación del padre en las tareas derivadas del cuidado y la crianza de los hijos, favoreciendo, de este modo, el reparto de cargas familiares, y la consiguiente posibilidad de la madre-trabajadora de acceder o permanecer en el mercado de trabajo. *Vid.*, BALLESTER PASTOR, «Discriminación por razón de sexo en el acceso al empleo». *La Ley*, 1993. Tomo I, p. 195, con cita de doctrina comparada. Para la autora, la normativa tradicional protectora de la maternidad de exclusiva aplicación a la mujer trabajadora contribuyó, en gran medida a perpetuar su desigualdad en el lugar de trabajo.

⁶ Puesto que el plazo es máximo, sería posible solicitar una duración inicial más breve para luego ir prolongándola, sin necesidad de solicitar prórroga. *Vid.*, como ejemplo, la STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 1999 (Ar. 3966), que afirma que la norma no impone la obligación de fijar desde su inicio el período por el que se quiere disfrutar, ni mucho menos impone la solicitud de prórroga posteriores. Según el Tribunal, «la propia finalidad de la norma justifica esta flexibilidad en el régimen jurídico aplicable a tan especial excedencia, dejando en manos de los interesados la posibilidad de acomodar su duración hasta el máximo legal en función de las exigencias o conveniencia personal que el cuidado del hijo menor de tres años le imponga a efectos de que sean los propios padres los que decidan el momento oportuno para reincorporarse al trabajo...».



para atender al cuidado de cada hijo, ya lo sea por naturaleza, por adopción o esté en régimen de acogimiento. A completar esta regulación que, a pesar de su evolución adolece aún de importantes deficiencias⁷, viene la disposición adicional decimocuarta, donde se regulan una serie de medidas dirigidas a los empresarios. Éstas pretenden potenciar las posibles contrataciones mediante la aplicación de reducciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes en determinadas cuantías.

3. LA PERVIVENCIA DEL VÍNCULO JURÍDICO DURANTE LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS: DERECHO AL TRABAJO Y DEBER DE NO CONCURRENCIA

El disfrute de la excedencia por cuidado de hijos, en cuanto figura jurídica equiparable por sus efectos a la excedencia forzosa⁸ que, en definiti-

⁷ Desde la publicación de la Ley 39/99 el Gobierno Central y los Autonómicos han ido adoptando medidas complementarias con el objeto de posibilitar el ejercicio de este derecho reconocido. Existen muchos ejemplos al respecto, todos ellos tendentes a apoyar a la familia y a la conciliación de la vida familiar y laboral, que se traducen en ayudas y subvenciones cuyos destinatarios son los implicados directamente, esto es, las personas trabajadoras y empresarios.

Así, por ejemplo, recordemos que una de las novedades de la reforma del IRPF, que entró en vigor en enero de 2003, consistió en el reconocimiento de una cantidad económica mensual (100 euros) a las trabajadoras con hijos menores de tres años. Esta ayuda, calificada como «nuevo impuesto negativo» se completa con una nueva reducción en la base del IRPF para todas las madres —incluidas las que trabajan en el hogar— por cada hijo a su cargo también menor de tres años. En lo referente a los Gobiernos autonómicos, el Gobierno de Navarra, fue pionero en la materia; mediante Decreto foral de 27 de junio de 2000 reguló ayudas económicas directas como medida complementaria para conciliar la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras y fomentar la vida familiar. Consisten estas ayudas en el abono mensual de una cantidad dineraria dirigida a las familias hasta que el hijo cumpla un año cuando se trate del segundo hijo (o del primero si es minusválido) o hasta que el hijo cumpla tres años cuando se trate del tercer o sucesivo hijo (o del segundo si es minusválido), siempre que los dos padres trabajen y uno de ellos haya solicitado la excedencia por cuidado de ese hijo.

⁸ Recordemos que la Ley 3/89 de 3 de marzo modificó el núm. 3 del artículo 46 del texto estatutario de 1980 estableciendo el derecho a la reserva de puesto de trabajo al menos durante el primer año de excedencia por esta causa. Durante este primer año no sólo existía reserva de puesto de trabajo sino cómputo de antigüedad en la empresa; además el período era considerado como de ocupación cotizado para la percepción de todas las prestaciones excepto para la de IT; también la situación del excedente durante este primer año era asimilada al alta. Durante los dos años restantes, el trabajador sólo tenía derecho a un reingreso preferente en la empresa. La Ley 4/95 de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad, vino a modificar la redacción de la Ley 3/89, introduciendo importantes novedades: el derecho a la reserva de puesto de trabajo durante todo el período de excedencia y, en consecuencia, la

va, no es sino una suspensión del contrato propiamente dicha⁹, permite el mantenimiento del vínculo contractual y, en consecuencia, la pervivencia de ciertos derechos y obligaciones de las partes implicadas.

Con respecto a los primeros, surgen dudas acerca de una cuestión para la que no existe precepto específico en la regulación legal. La ausencia de una normativa «ad hoc» nos hace dudar sobre el derecho que tiene el excedente por cuidado de hijos a realizar actividad lucrativa durante el tiempo de disfrute de la excedencia. Al no existir tampoco previsiones al respecto cuando el contrato está afectado por alguna de las causas suspensivas, ni siquiera es posible recurrir a la aplicación analógica. Únicamente podemos acudir a los pronunciamientos jurisprudenciales existentes al respecto, a las opiniones doctrinales basadas en ellas y en la interpretación de las normas¹⁰.

posibilidad de reincorporación al puesto de trabajo tras la finalización del período total dedicado a la misma. A partir de la ley 4/95 entonces, y por deseo expreso del legislador, el régimen de la excedencia por cuidado de hijos será el propio de la excedencia forzosa.

⁹ Los efectos o consecuencias provocados por la excedencia forzosa, guardan una identidad sustancial con los que producen cualquiera de las causas de suspensión contractual. Existe una identificación entre la suspensión y la excedencia forzosa. La excedencia forzosa no es sino una suspensión propiamente dicha, y así la ha expuesto, desde hace años, buena parte de la doctrina. *Vid.*, las manifestaciones de VIDA SORIA, *La suspensión del contrato de trabajo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1965, p. 47; PEDRAJAS MORENO, *La excedencia laboral y funcional*. Montecorvo. Madrid, 1983, p. 445; RAYÓN SUÁREZ, *Las interrupciones no periódicas de la prestación laboral*. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo. Madrid, 1975, p. 72; PÉREZ ALONSO, *La excedencia laboral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995, p. 80 que da por supuesto que la excedencia forzosa es un supuesto de suspensión del contrato de trabajo, ó GORELLI HERNÁNDEZ, *Las excedencias en Derecho del Trabajo*. Comares. Granada, 1998, p. 19.

Recordemos también que en el Texto del Proyecto del ET de 1980 sólo aparecía en el listado del artículo 45 el término «excedencia». Fue el Grupo Parlamentario Socialista el que presentó una enmienda en la que se determinaba «que sólo deberían entenderse como excedencia la de carácter voluntario y que todos los supuestos que venían conceptuándose como excedencia forzosa entraban dentro de los supuestos de suspensión». La intención del legislador fue, desde un primer momento, la de identificar la excedencia forzosa y la figura suspensiva.

¹⁰ En una primera aproximación la propia configuración jurídica de la suspensión hace inviable cualquier tipo de trabajo mientras actúa la causa suspensiva y, por tanto, la situación legal de suspensión. Así, en causas tales como la IT parece palmario que el mero trabajo desempeñado durante la suspensión podría poner en peligro la salud del trabajador afectado, contraviniendo, de este modo, la finalidad última de la institución. Desde este punto de partida, trabajo y suspensión por IT serían conceptos incompatibles. Sin embargo, una línea jurisprudencial admite que el trabajador pueda desarrollar ciertas actividades durante la suspensión por IT «siempre y cuando no perjudiquen el proceso curativo...ni el interés empresarial» y, claro está, si el trabajador no está vinculado por un pacto de plena dedicación. Otras causas tales como las técnicas, organizativas o de producción o las debidas a fuerza mayor que colocan al trabajador en situación legal de desempleo, permiten combinar el trabajo para otra empresa durante el período suspensivo, siempre y cuando no se incurra en concurrencia desleal prohibida. También podría-

Para algunos la realización de actividad laboral durante el período concedido para el disfrute de la excedencia por cuidado de hijos parece ir en contra del espíritu o intención última de la figura. Si la finalidad de la norma al crear esta figura y darle identidad propia y diferenciada no fue sino proporcionar a los progenitores la oportunidad de abandonar el trabajo durante un plazo de tiempo para facilitar de este modo la crianza, educación y dedicación al hijo¹¹, es probable que la realización de un trabajo en este período dificulte este objetivo. Incluso se podría ir más allá y afirmar que el desempeño de actividad laboral puede suponer un incumplimiento de la obligación de buena fe¹² a la que debe atenerse el trabajador durante el período de la excedencia por cuidado de hijos¹³.

Sin embargo, puesto que no existe ninguna previsión legal expresa que regule las reglas de compatibilidad de la excedencia por cuidado de hijos

mos referirnos al caso de la huelga. Parte de la doctrina considera que el trabajador durante la huelga podrá realizar actividades para otra empresa, siempre que no sean relevantes para el empleador. *Vid.*, por todos, VIDA SORIA, «Efectos laborales del ejercicio del derecho de huelga» en la obra de AA. VV., *Ley de huelga*, (Instituto Sindical de Estudios). Madrid, 1993, p. 143.

¹¹ La normativa que afecta a la excedencia por cuidado de hijos evoluciona con el fin de que la crianza y el cuidado de éstos pueda hacerse sin temor a la pérdida de trabajo. La conciliación entre la vida familiar y la laboral va a permitir que la madre y/o el padre se dediquen durante el tiempo prefijado en la ley exclusivamente a su hijo pudiendo, después, volver a su trabajo; para los que parten de esa base, resulta difícil entender la necesidad de combinar trabajo y crianza de hijos durante un tiempo consagrado por la ley al cuidado del hijo en exclusiva.

¹² Para PEDRAJAS MORENO, *op. cit.*, p. 414, el incumplimiento de esta obligación podría ser sancionado con el despido del trabajador. Más recientemente, SEMPERE NAVARRO, «La Ley 39/99 de conciliación de la vida familiar y laboral y el ET», *Aranzadi Social*, 20/2000, considera que el hecho de que la excedencia sea para atender al cuidado del hijo no debe suponer una exigencia de dedicación directa e ininterrumpida; sin embargo, cree que hay pedir coherencia en el excedente «de modo que obraría fraudulentamente si aduce tal motivo para interesar la suspensión del contrato y lo que hace es cambiar de actividad productiva».

Tal es el caso que se contempla en la STSJ del País Vasco de 26 de octubre de 1999 (Ar. 3569) en la que la trabajadora solicita la excedencia por cuidado de hijo e inicia el trabajo en otra empresa. Considera el Tribunal que esta actuación es contraria a lo que se contiene en el ordenamiento jurídico y que se está produciendo en fraude de ley (máxime si atendemos al supuesto concreto examinado en el que la trabajadora que celebró contrato con más de una empresa, en las que cesó, pretendía además percibir la prestación por desempleo).

¹³ La permanencia del deber de buena fe constituye, por una parte, muestra inequívoca de la existencia, o mejor dicho, persistencia, del vínculo contractual, durante la etapa *suspensiva*. Por otra parte, la pervivencia de esta obligación, a pesar de la interrupción, demuestra cómo su exigencia deviene fundamental en la protección de los intereses de los sujetos, de ahí que el trabajador (también el empresario) deba actuar conforme al principio general y al mismo tiempo abstracto de buena fe; y empleamos el término *abstracto* porque es bastante difícil concretar las conductas que deben ser exigibles al trabajador que disfruta de una excedencia por cuidado de hijos.

con el trabajo, otros ¹⁴ consideran adecuado aplicar el régimen de la excedencia voluntaria y compatibilizar, por tanto, con el ejercicio de actividades lucrativas que no representen una concurrencia o competencia desleal. También existen pronunciamientos judiciales en este sentido ¹⁵.

Ante estas posiciones doctrinales diversas nos preguntamos si el principio de buena fe exigible a un trabajador en excedencia por cuidado de hijos, debe entenderse referido al deber general de no trabajar —ya se perjudique o no con dicho trabajo al empresario— o se concreta únicamente en la prohibición de realizar actividades competitivas para el empleador sin el consentimiento de éste y perjudicando claramente su interés.

4. POSTURA DEL TRIBUNAL ANTE EL SUPUESTO PLANTEADO

En el análisis del caso concreto que nos ocupa, el Superior de Justicia de Madrid nos aclara la duda planteada al afirmar que la concesión de la excedencia por cuidado de hijos no aparece condicionada a una especial obligación de no desempeñar actividad laboral mientras se disfruta de la excedencia. La única condición legalmente impuesta está íntimamente relacionada con el fin propio de la figura, esto es, la atención y el cuidado del hijo, objetivo que puede cumplirse si la prestación del trabajo permite compatibilizar la vida familiar y laboral.

El hecho de que la actora pudiese realizar gran parte de su trabajo desde su casa, sin necesidad de asistir diariamente a la oficina, reuniéndose cada tres o cuatro días con su superior jerárquico y teniendo libertad de horario, hace presumir el cumplimiento de la finalidad última para la que se concedió la excedencia. Igualmente, estas circunstancias no legitiman al empresario para despedir a la trabajadora esgrimiendo el incumplimiento del deber de buena fe subsistente durante la excedencia.

No obstante, el Tribunal nos recuerda que una de las concreciones de este deber genérico de buena fe, proclamado en el artículo 5.a) y 20.2 de la

¹⁴ *Vid.*, como ejemplo, PÉREZ ALONSO, *op. cit.*, p. 68, que 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.

¹⁵ *Vid.*, STSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de enero de 1994 (Ar. 372). Recientemente, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 4 de abril de 2000 (Ar.4111) nos recuerda el contenido de esta sentencia al pronunciarse sobre la situación de una trabajadora en excedencia por cuidado de hijos, de acuerdo con el artículo 46.3 ET, en redacción dada por la ley 3/89. Para el Tribunal, de la contratación de la trabajadora en una nueva empresa no puede derivarse su baja voluntaria en la empresa en la que solicitó la excedencia pues, en opinión del Tribunal, nada impide que durante la excedencia por cuidado de hijos se presten servicios en una empresa distinta que, por sus características, pueda convenir más al trabajador durante ese período.



LET está en la obligación de no concurrir con la actividad de la empresa¹⁶. La obligación de abstención de competencia no tiene su fundamento ni su función en la efectiva prestación de trabajo, sino en el propio contrato¹⁷, por lo que no pierde en absoluto virtualidad en situaciones de interrupción de la prestación de trabajo. De tal modo que durante la excedencia por cuidado de hijos, la prohibición no radica en la prestación de otro trabajo, sino que se concreta en prestar un trabajo que pudiese competir *deslealmente* con la actividad que se realiza en la empresa donde ha cesado momentáneamente en la prestación de servicios.

Y es en este punto dónde el Superior de Justicia centra su atención. En sus argumentos se basa en reiterados pronunciamientos del Supremo acerca de la dimensión del deber de buena fe que, a juicio del Tribunal, se identifica con un principio general del derecho que impone un comportamiento conforme a determinadas valoraciones éticas y que actúa, por lo tanto, como condicionante o limitador del ejercicio de derechos subjetivos, con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza; en el marco específico del desempeño de la actividad laboral se concreta o materializa en el deber legal de no hacer concurrencia desleal al empresario.

En el caso enjuiciado, el Tribunal considera que la concurrencia que lleva a cabo la actora debe reputarse desleal¹⁸ porque, en primer lugar, se aprecia un elemento intencional en la conducta de la trabajadora (al iniciar la relación laboral con la segunda empresa al día siguiente de comenzar el disfrute de su excedencia) lo que, según el juzgador, evidencia una planifi-

¹⁶ Recordemos a VIDA SORIA, «La suspensión... cit., p. 70 que hablaba de las tres típicas manifestaciones del deber general de fidelidad (la exigencia de buena fe sustituyó la vieja idea de fidelidad proclamada desde la doctrina en años anteriores): guardar secreto, deber general de lealtad y abstención de competencia ilícita

¹⁷ En este sentido se pronuncia CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Trabajo. Madrid, 1977, p. 157.

¹⁸ La STS de 21 de marzo de 1990 (Ar 2203) establece que «no toda actividad adicional es concurrencia desleal, pero sí lo es aquella en la que el trabajador puede desviar clientela o aprovechar conocimientos adquiridos en la empresa a la que hace competencia, o prevalerse de la información que ha podido proporcionar la presencia en el interior de ésta». En sentido similar, STSJ de Navarra de 28 de abril de 2000 (Ar. 1017) que establece que es conveniente analizar en cada caso el tipo de relación de trabajo de que se trate, las características de los puestos y las del sector de actividad en que se cuestiona la producción de la concurrencia desleal. Considera, siguiendo a las STS de 22 de octubre de 1990 (Ar. 7707) y de 8 de marzo de 1991 (Ar. 1840) que «la concurrencia sancionable como desleal se produce cuando el trabajador despliega una actividad productiva en empresa distinta que tiene el mismo objeto que la que produce la competencia... y se produce cuando el trabajador utiliza el conocimiento profesional adquirido contra su principal...».

cación laboral y profesional de la que no se informó a la empresa, y en segundo lugar, las características del puesto de trabajo son esencialmente similares a las del puesto que se venía desempeñando antes de la excedencia, lo que evidencia que la actividad se realiza en el mismo sector, mismo mercado y un círculo de clientes similar, lo que puede provocar un desvío de clientela, así como un aprovechamiento de los conocimientos adquiridos en la empresa que le concedió la excedencia, y a la que sigue vinculada, originando un perjuicio para el empresario¹⁹. Todos estos son argumentos suficientes para considerar que la excedente ha incurrido en justa causa de despido, en base al artículo 54.2 d) ET, lo que legitima al empresario para poner fin a la relación laboral de la misma.

5. VALORACIÓN CRÍTICA

Esta posición judicial deja claro que durante la excedencia por cuidado de hijos se prohíbe únicamente la *concurrencia desleal* con el empresario originario²⁰. *A sensu contrario*, no se va a prohibir el desempeño de actividad laboral durante el disfrute de la excedencia, ni siquiera cuando el trabajador se dedique a una actividad similar a la de la empresa, pues si bien es cierto que el peligro de competencia desleal se va a dar entre aquellas empresas que oferten los mismos o equivalentes bienes y servicios o que se dirijan al mismo vínculo potencial de clientes, no podríamos calificar *a priori* la deslealtad de una actividad por el sólo hecho de presentar similitud con la que se venía desempeñando. No olvidemos que, desde hace años, la doc-

¹⁹ El juzgador considera que para calificar la deslealtad de una actividad laboral en otra empresa es intrascendente el eventual beneficio del trabajador y el perjuicio causado a la empleadora, bastando sólo su potencialidad. Se continúa así la línea jurisprudencial mayoritaria, que viene fijando el punto clave para determinar la deslealtad, no en la ventaja económica que pudiera o no haber obtenido el trabajador y el perjuicio ocasionado al empresario, sino en la vulneración de la lealtad debida a la buena fe recíprocamente exigible en las relaciones laborales *Vid.*, como ejemplos, STS de 20 de enero de 1990 (Ar. 170), STS de 17 de septiembre de 1990 (Ar.7014) y STS de 4 de abril de 1992 (Ar. 2292) y Sentencia del Juzgado núm. 3 de Navarra/Pamplona de 17 de febrero de 2000 (Ar. 158).

No obstante, desde un sector de la doctrina se aboga por la necesidad de que concurra un perjuicio real, no meramente potencial. *Vid.*, al respecto, NEVADO FERNÁNDEZ, *Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo*. Tecnos. Madrid, 1998, p. 105

²⁰ Según NOGUEIRA GUASTAVINO, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*. Aranzadi. Pamplona, 1997, p. 327. sólo ésta puede suponer un beneficio inmediato del trabajador, una ventaja económica para él, con perjuicio efectivo e indiscutible para los intereses empresariales, y una repercusión negativa en el vínculo contractual, al romperse «el esperable estándar leal de conducta».



trina científica más autorizada²¹ ha venido considerando que, atendiendo a los términos de la regulación estatutaria, no se prohíbe la *competencia simple* durante la relación de trabajo, por lo que mucho menos podrá hacerse cuando se disfruta de una excedencia.

En consecuencia, la situación de excedencia por cuidado de hijos *per se* no condiciona o limita el derecho del excedente a desempeñar trabajo en otra empresa más allá del propio deber general de buena fe que preside el desenvolvimiento de la relación laboral prohibiendo la realización de actividades competitivas desleales mientras perdure el vínculo jurídico y, en ocasiones, después de finalizada la relación laboral (art. 21.2 LET)²².

A nuestro modo de ver, en el ámbito dónde nos encontramos, las posturas doctrinales y judiciales deben tener un talante abierto y tolerante; sólo así podrán responder a las necesidades planteadas por la realidad socio-laboral actual en la que los progenitores intentan armonizar, de la mejor manera posible, el trabajo doméstico y el extradoméstico. Se trata, por tanto, de facilitar esta combinación de responsabilidades a través de una interpretación flexible de las figuras jurídicas creadas *ad hoc*. Quién solicita una excedencia en el trabajo que está desempeñando para cuidar a un hijo puede compatibilizar ese cuidado con otro trabajo que le deje más tiempo libre o le cree menos estrés que el que desempeñaba antes. El trabajo realizado durante la excedencia no tiene por qué contradecir el propósito que tuvo el legislador al prever la figura. Por el contrario, puede beneficiar no sólo al progenitor, que no se desvincula del mundo laboral, sino también a la situación familiar, en general, en cuanto que la economía doméstica no se ve afectada por la falta del trabajo, lo que, sin duda, va a redundar en beneficio del hijo²³.

No dudamos que el derecho a conciliar la vida familiar y laboral, a poder realizarse en el trabajo y fuera de él, es indiscutible y exige una inter-

²¹ Como ejemplo *vid.*, DURÁN LÓPEZ, «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa», en *Comentarios a las leyes laborales. El ET*. Tomo V. Edersa. Madrid, 1985. p. 161. Afirma el autor, que tras la introducción del término «desleal» en la regulación del texto estatutario referido a la competencia, el alcance de lo que se permite es sensiblemente más amplio de lo que era posible admitir bajo regulaciones anteriores. (El artículo 73 la LRL de 1976 determinaba la obligación del trabajador a no hacer *concurrència* a su empresario ni a colaborar con quienes la hagan).

²² Recordemos que el legislador también prohíbe la prestación laboral de un trabajador para varios empresarios cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica. (Art. 21.1 LET).

²³ *Vid.*, en este sentido, BALLESTER PASTOR, «Las excedencias familiares: la larga agonia de la excedencia por matrimonio y la revitalización de la excedencia por cuidado de hijos». *Tribuna Social*, 68/1996 p. 26, Vislumbra la autora un beneficio indirecto del hijo al continuar el progenitor percibiendo una renta. No obstante, afirma, que aún sin detectar ningún beneficio del menor, el trabajo del excedente sería lícito.



pretación flexible de las normas por parte de los Tribunales que consiga adaptar la regulación vigente a las exigencias derivadas de un entorno social cambiante, en el que el protagonismo debe recaer no en el trabajador/a sino en las *personas* trabajadoras. Sin embargo, es evidente que la consecución de estos objetivos no puede lograrse a cualquier precio. Empresario y trabajador deben hacerse eco de sus derechos y deberes para evitar así el perjuicio de la contraparte.

