

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, Sentencia 370/2018 de 11 Abr. 2018, Rec. 1608/2017**

**Ponente: Ruiz Pontones, Manuel.**

**Nº de Sentencia: 370/2018**

**Nº de Recurso: 1608/2017**

**Jurisdicción: SOCIAL**

Derecho de una madre a la excedencia por cuidado de familiar para atender a su hijo mayor de 3 años con necesidades especiales

EXCEDENCIA. Por cuidado de hijos y familiares. Duración máxima. Inclusión del hijo mayor de tres años. Derecho de la demandante a la excedencia por cuidado de su hijo menor, de casi nueve años de edad, computándose el año de duración de la misma a efectos de antigüedad y con derecho a reserva de puesto de trabajo. Compatibilidad y posible disfrute de forma sucesiva de la excedencia por cuidado familiar y la excedencia para la atención o cuidado de hijos. La intención del legislador al regular la excedencia para el cuidado de familiares no es excluir el supuesto de atención a hijos mayores de tres años, y ello con independencia de que se hubiera disfrutado previamente de la excedencia prevista para la atención o cuidado de hijos, pues ambas excedencias son compatibles y susceptibles de ser disfrutadas de forma sucesiva. VOTO PARTICULAR.

*El TSJ estima el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid y condena a la empresa demandada a que reconozca a la actora la excedencia por cuidado de hijo menor, computándose el año de duración de la misma a efectos de antigüedad y con derecho a reserva de puesto de trabajo.*

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 02 de lo Social**

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 , Planta 2 - 28010

Teléfono: 914931969

Fax: 914931957

34001360

**NIG** : 28.079.00.4-2015/0053170

**Procedimiento Recurso de Suplicación 1608/2017-s**

**ORIGEN:**

Juzgado de lo Social nº 01 de Madrid Procedimiento Ordinario 1235/2015

**Materia** : Materias laborales individuales

**Sentencia número: 370/2018**

**Ilmos. Sres**

D./Dña. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO

D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES

D./Dña. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO

En Madrid a once de abril de dos mil dieciocho habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 2 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

### **EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

### **Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE**

### **EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación 1608/2017, formalizado por el/la LETRADO D./Dña. JULIAN GREGORIO M. RUBIO ARES en nombre y representación de D./Dña. Camino , contra la sentencia de fecha 22.9.2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 01 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario 1235/2015, seguidos a instancia de D./Dña. Camino frente a ADOLFO DOMINGUEZ SA, en reclamación por Materias laborales individuales, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. MANUEL RUIZ PONTONES, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- La actora inició prestación de servicios profesionales para la empresa demandada desde el día 15 de julio de 2011, con la categoría profesional de dependienta y percibiendo un salario bruto mensual, con prorrateo de pagas extraordinarias, de 1.866,12 euros. El centro de trabajo es El Corte Inglés de la Calle de la Princesa, nº 56, de Madrid.

SEGUNDO.- La actora tiene la custodia de su hijo Anton , nacido el NUM000 de 2006.

**TERCERO.-** A tenor de sentencia de 21 de octubre de 2015, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Pozuelo de Alarcón , en autos de modificación de medidas 37/2015, el régimen de visitas del padre ha quedado restringido a los fines de semana.

**CUARTO.-** Amparándose en los arts. 46.3 ET y 32 del Convenio colectivo de comercio textil de la Comunidad de Madrid, que cita expresamente, la actora solicitó excedencia para atender al cuidado de su hijo menor mediante escrito de fecha 24 de septiembre de 2015, por tiempo de un año, con efectos de 1 de octubre de 2015.

**QUINTO.-** La empresa respondió mediante carta de 6 de octubre de 2015, manifestando que no procedía esa clase de excedencia, por no concurrir las condiciones necesarias para ello, sin perjuicio del derecho de la actora a solicitar excedencia voluntaria.

**SEXTO.-** La actora remitió a la empresa cata de 19 de octubre de 2015, exponiendo su situación de divorciada con la custodia ordinaria del menor, adjuntando informe del director del centro escolar a que asistía el mismo, fechado el 14 de octubre de 2015, con el siguiente contenido:

*« El alumno de 4º de Primaria Anton tiene capacidad suficiente para adquirir los contenidos y conseguir los objetivos marcados por la actual ley educativa. Sin embargo, sus hábitos y actitud impiden frecuentemente el aprovechamiento de su aprendizaje. Suele distraerse y llamar la atención en clase, no suele terminar las atareas - tanto las escolares como las de casa-. Al no tener la capacidad de atención suficiente y al no realizar las tareas, no adquiere los conocimientos mínimos y suele suspender las pruebas que se le hacen.*

*Desde el centro se recomienda que haya un seguimiento mayor desde casa: se le inculquen unos valores y hábitos de interés, atención y trabajo constantes. También que se le preste ayuda para reforzar los contenidos trabajados en clase con el fin de obtener una calificación positiva al final del curso. De seguir así, corre el riesgo de repetir curso. »*

**SÉPTIMO.-** Mediante carta de 22 de octubre de 2015, la empresa respondió que la situación que la actora planteaba no se encuadraba en el contexto del art. 46.3 ET , por lo que le denegaba la excedencia por cuidado de menor.

**OCTAVO.-** La actora solicitó la excedencia voluntaria mediante escrito de 28 de octubre de 2015, con efectos de 2 de noviembre de 2015, hasta el 1 de noviembre de 2016. Mediante correo electrónico de 29 de octubre de 2015, la empresa accedió a esa excedencia.

**NOVENO.-** Mediante escrito fechado el día 30 de septiembre de 2016, la actora solicitó reincorporarse al trabajo al día siguiente. La empresa respondió mediante carta de 27 de octubre de 2016, informando a la actora de que solo disponía de una vacante en el centro comercial El Bercial 771, Avda. Comandante Ripollés, 2, de Madrid, en jornada de 20 horas semanales en horarios rotativos.

**DÉCIMO.-** Según manifestaciones de las partes, la actora ha interpuesto demanda por despido basada en la falta de readmisión, hallándose suspendido ese procedimiento por litispendencia respecto de las presentes actuaciones.

**UNDÉCIMO.-** La parte actora presentó papeleta de conciliación previa a la vía jurisdiccional el día 2 de noviembre de 2015, celebrándose sin avenencia el intento conciliatorio el 19 de noviembre de 2015.

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que, desestimando la demanda interpuesta por Camino , absuelvo de sus pretensiones a la empresa Adolfo Domínguez SA".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDANTE, D./Dña. Camino , formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 07.3.2018 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que *desestima la pretensión de la demandante que se condene a la empresa a reconocerle la excedencia por cuidado de menor y se le compute el año de duración de la misma a efectos de antigüedad, con derecho a reserva del puesto de trabajo*, la representación letrada de la misma interpone recurso de suplicación formulando dos motivos destinados a la revisión fáctica y a la censura jurídica. El recurso ha sido impugnado.

En el primer motivo, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS , interesa la revisión del hecho probado tercero proponiendo la siguiente redacción:

*"A tenor de sentencia de 21 de octubre de 2015, dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Pozuelo de Alarcón , en autos de modificación de medidas 37/2015, el régimen de visitas del padre ha quedado restringido a los fines de semana, suprimiéndose las visitas dos tardes intersemanales ."*

La revisión se desestima porque el régimen de visitas no tiene trascendencia para la resolución de la cuestión controvertida.

**SEGUNDO.-** En el segundo motivo, al amparo del artículo 193 c) de la LRJS, alega infracción del artículo 46.3, párrafo 2 del ET . *En síntesis expone que el hijo de la demandante merece atención y que cumple todos los requisitos de la norma para el derecho cuestionado.*

El artículo 46.3 del ET dispone:

*"Los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.*

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

*La excedencia contemplada en el presente apartado, cuyo periodo de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.*

*Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo periodo de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.*

*El periodo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.*

*No obstante, cuando el trabajador forme parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto de trabajo se extenderá hasta un máximo de quince meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de dieciocho meses si se trata de categoría especial .".*

Como señala la STSJ de Navarra de 23/02/2006, recurso nº 25/2006 :

*" Desde esta perspectiva, en el ordenamiento actualmente vigente la excedencia por cuidado de hijos y familiares se articula como una modalidad de excedencia forzosa, suspensión en consecuencia del contrato de trabajo, sobre la que operan algunas reglas particulares. Los supuestos para los que está prevista esta excedencia son dos:*

*1º) El «cuidado de cada hijo, tanto cuando sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo» ( art. 46.3 ET ). Se concede, pues, en los mismos supuestos que la suspensión por maternidad. Se concibe así como una figura complementaria de esa causa de suspensión, que posee su misma justificación y permite prolongar más allá de la duración de aquélla la dedicación plena del trabajador a las relaciones paterno- filiales.*

*2º) El cuidado de un familiar «hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida» ( art. 46.3 p. 2 Estatuto de los Trabajadores ). Los sujetos para cuyo cuidado puede solicitarse esta excedencia son los mismos que habilitan al trabajador a disfrutar de los permisos retribuidos por cuidado de familiares ( artículo 37.5 Estatuto de los Trabajadores ).*

*Su duración es distinta según la causa que la haya suscitado. Así, la excedencia por cuidado de hijos tendrá una duración «no superior a tres años», computables desde el momento del nacimiento, en caso de maternidad/paternidad natural, o desde la fecha de la resolución administrativa o judicial por la que se constituye el acogimiento o la adopción y, la excedencia por cuidado de familiares tiene una duración «no superior al año».*

*También debe tenerse presente que la Ley permite expresamente el disfrute sucesivo de varias excedencias por esta causa, estableciendo que «cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando» ( art. 46.3 p. 4 ET ).*

*Efectuadas las anteriores consideraciones, aún cuando una primera lectura del precepto podría hacernos pensar que los sujetos causantes del derecho a la excedencia son distintos en ambos supuestos: el hijo recién nacido (menor de tres años), adoptado o acogido, en la excedencia regulada en el párrafo primero, y otro familiar, enfermo o desvalido, en el segundo, sin embargo una interpretación literal y, fundamentalmente, teleológica del precepto nos*

*lleva a considerar que en los dos casos subyace una situación de desvalimiento de la persona causante del ejercicio del derecho, motivada por su edad, enfermedad o accidente, de tal forma que no existe obstáculo alguno para permitir el disfrute de la excedencia solicitada por el demandante, pues un niño mayor de tres años es, sin duda, un familiar que por razón de edad no puede valerse por sí mismo. También avala esta interpretación la propia Directiva 96/34/CE cuando prevé la concesión de un permiso parental para ocuparse del cuidado de hijos de «hasta ocho años» (cláusula 2.1).*

*Lo anteriormente razonado nos lleva a concluir, en consonancia con el criterio del Juzgador de instancia, que en la intención del legislador al regular la excedencia para el cuidado de familiares no estaba la de excluir el supuesto de atención a hijos mayores de tres años, y ello con independencia de que se hubiera disfrutado previamente de la excedencia prevista en el párrafo primero del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores para la atención o cuidado de hijos, pues ambas excedencias son compatibles y susceptibles de ser disfrutadas de forma sucesiva."*

La fundamentación expuesta es compartida por esta Sala lo que lleva a que *el motivo y el recurso se estiman porque el hijo de la recurrente es menor de edad, nacido el NUM000 /2006, y a la edad de casi 9 años, cuando solicita la excedencia objeto de debate, no puede valerse por sí mismo para desenvolverse en la vida diaria, aunque mantenga la plenitud de sus facultades físicas y mentales, precisando el apoyo, la atención, de familiares para realizar determinadas actos.*

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## **FALLAMOS**

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por **la representación letrada de Camino** contra la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2017, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid , en autos nº 1235/2015, seguidos a instancia de Camino ADOLFO DOMINGUEZ S.A., en reclamación de DERECHO A LA EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO MENOR, revocamos la misma y condenamos a la demandada a que le reconozca la excedencia por cuidado de hijo menor, computándose el año de duración de la misma a efectos de antigüedad y con derecho a reserva de puesto de trabajo.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN** : Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador ,causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Publico de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS , y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2827-0000-00-1608-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martinez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito ( art.230.1 L.R.J.S ).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif /cif de la misma. En el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2827-0000-00-1608-17.

Una vez adquiriera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

## **VOTO PARTICULAR**

Que emite el Ilmo.Sr. Magistrado D. MIGUEL MOREIRAS CABALLERO en la sentencia acabada de pronunciar con el voto mayoritario de los Ilmos Sres. Magistrado D. MANUEL RUIZ PONTONES y D. SANTIAGO EZEQUIEL MARQUÉS FERRERO, de los que discrepa por los siguientes argumentos jurídicos:

**PRIMERO** .- En la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de fecha 23.7.2003 , resolviendo el recurso de suplicación nº 8289/2003 , que trata de una cuestión idéntica a la que es objeto de este recurso, se contienen los siguientes Fundamentos de Derecho:

*"FUNDAMENTOS DE DERECHO:*

*PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la demanda mediante la que se interesaba se declarase el derecho del actor a una reducción de su jornada ordinaria, por tener que encargarse del cuidado de su hija, mayor de seis años, por no poder ésta valerse por sí misma, al amparo de lo previsto en el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores .*

*Recurre el actor formulando dos motivos. El primero se dirige a obtener una modificación del relato de los hechos probados en el sentido de que se añada la constancia de las circunstancias laborales de la madre de la menor, quien también presta servicios para la empresa demandada. Sin embargo, es solicitud que no puede acogerse porque es un dato que, ya no sólo no encuentra amparo en prueba alguna -que ni alega- sino que es totalmente novedoso con los hechos que han sido vertidos al proceso y sobre los que versó el acto del juicio.*

*SEGUNDO.- Al amparo del art. 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral se denuncia la infracción del art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores , en su redacción dada por la Ley 39/1995 , sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.*

*Se argumenta en base al espíritu de la citada Ley, de otorgar una amplia y generosa protección social, económica y jurídica a la familia, y que, por ello, la interpretación del citado precepto no puede suponer distinguir entre los familiares que pueden motivar la citada reducción, si concurre una necesidad de cuidado por otra persona.*

*Del inalterado relato de los hechos probados resulta que el actor disfrutó de una reducción de jornada hasta que su hija cumplió seis años. Ahora, cuando la menor ha superado dicha edad pretende mantener el derecho a la reducción amparándose en el segundo párrafo del referido precepto.*

*El apartado 5 del artículo 37 quedó redactado, a partir de aquella Ley, de la siguiente forma: "5. Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquélla.*

*La reducción de la jornada contemplada en el presente apartado constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.*

*Tal redacción, a la luz de los criterios de interpretación que recoge el art. 3 del Código Civil , no puede, sin embargo llevarnos a la conclusión pretendida.*

*El precepto contempla en el primer párrafo el supuesto del trabajador que tiene la guarda legal de un menor de seis años o de un minusválido; mientras que en el segundo párrafo considera el supuesto de otros familiares, respecto a los que no exista el deber de guarda legal, en los que la situación de desvalimiento o de necesidad de asistencia y atenciones por una tercera persona, derive de enfermedad, accidente o edad, entendiéndose, para este caso, una edad avanzada, puesto que el legislador ya deja contemplado y regulado con el alcance que considera oportuno -hasta los seis años- el caso de los menores.*

*Acoger la interpretación que propone el actor supondría, por el contrario, ampliar la previsión legislativa para los*

*menores hasta el punto de dejar sin efecto la limitación por la edad de los seis años, en tanto que difícilmente un niño, aunque supere los seis años, puede valerse por sí mismo y desarrollar una actividad retribuida.*

*En conclusión, se impone la confirmación de la sentencia de la instancia, denegando la pretensión del actor".*

**SEGUNDO** .- Sobre la misma cuestión de la excedencia voluntaria regulada en el artículo 46.2 del E.T . se han pronunciado los autores en los siguientes términos:

"El derecho a la excedencia voluntaria aunque ha de ser calificado como derecho necesario no es de carácter absoluto, pues como dice la sentencia de 3 de octubre de 1990, ha de ser coherente con los otros derechos y deberes de carácter básico con los que pueda concurrir: así, el derecho a la excedencia voluntaria ha de armonizarse con el deber básico del trabajador de no concurrir con la actividad de la empresa que enuncia el apartado d) del artículo 5º del E.T . (lo que supondría, a aquélla un perjuicio injusto) (...). La posibilidad de disfrutar de la excedencia voluntaria que atribuye el artículo 46.3 del E.T . a los trabajadores para atender al cuidado de cada hijo a contar desde la fecha de nacimiento por un periodo no superior a tres años, si únicamente se atribuyera a la mujer de hecho buscaría excluirla del mercado de trabajo durante un largo período, lo que resulta evidente si se considera el contexto social en el que la norma fue elaborada (...). El precepto contenido en el artículo 46.1 del E.T ., caracteriza la excedencia voluntaria como una causa de incompatibilidad material con el trabajo o imposibilidad de la ejecución del trabajo". (Autor: D. José María Botara López , Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 38).

Tenemos pues, que para conciliar la vida familiar y laboral el legislador ha regulado la excedencia voluntaria de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo (...) a contar desde la fecha de nacimiento.

De este modo concilia la necesidad de atender a un menor de tres años de edad que imposibilita en ocasiones la realización del trabajo por uno de sus progenitores, normalmente la madre, sin que ésta quede casi excluida del mercado de trabajo por el hecho de la maternidad. Lo que podría suceder si el periodo de excedencia fuera muy dilatado.

En el mismo apartado 3 del artículo 46 del E.T . en su segundo párrafo, dice que "también tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no puede valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida". Este supuesto de hecho es sustancialmente distinto al anterior, al del primer párrafo, pues aunque es naturalmente incuestionable que un hijo está dentro del 2º grado de consanguinidad (es del 1º), su cuidado mientras haya que hacerlo por razones de edad está previsto y regulado en el primer párrafo del citado artículo: hasta un periodo no superior a tres años a contar desde la fecha de nacimiento a efectos del derecho a disfrutar de excedencia voluntaria. Si por encima de esa edad sigue necesitando cuidados que justifiquen la concesión de la excedencia voluntaria, ésta no limitada a los progenitores sino a cualquier familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, lo que establece una diferencia sustancial con el anterior supuesto de hecho, esta necesidad tendría que estar causada por accidente, enfermedad o discapacidad que le impidan valerse por sí mismo. Lo mismo que por razones de edad que si la ponemos en relación con la circunstancia de hecho también prevista en el segundo párrafo del repetido artículo 46.3 del E.T . de que, el necesitado de cuidados por razones de edad "no desempeñe actividad retribuida", es obvio que se está refiriendo a personas de edad avanzada, desde luego mucho mayores de tres años de edad porque si fueran menores de dieciséis no podrían desempeñar actividad laboral retribuida. Y si añadimos que, desde luego, un menor de tres años de edad sigue necesitando del cuidado de sus progenitores, también podemos afirmar que esa necesidad la mantiene después de los cinco años de edad.

Así pues, aún cuando los dos periodos de tres y dos años de ambos párrafos no se abarcaría todo el periodo natural en que un menor necesita ser cuidado por sus progenitores. Lo que sucede es que el legislador al regular la excedencia voluntaria por cuidado de un recién nacido lo extiende al periodo de tres años únicamente y su ampliación no está prevista ni regulada en la norma legal, esto es, en el artículo 46.3 del E.T . La aplicación de esta norma tanto desde una interpretación literal como teleológicamente permite ampliar el plazo de tres a cinco años de excedencia voluntaria para cuidar de un recién nacido.

Estas son las razones legales por las que emito el VOTO PARTICULAR discrepante con el de la mayoría del Tribunal

respecto de la anterior sentencia.

**PUBLICACIÓN**

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.