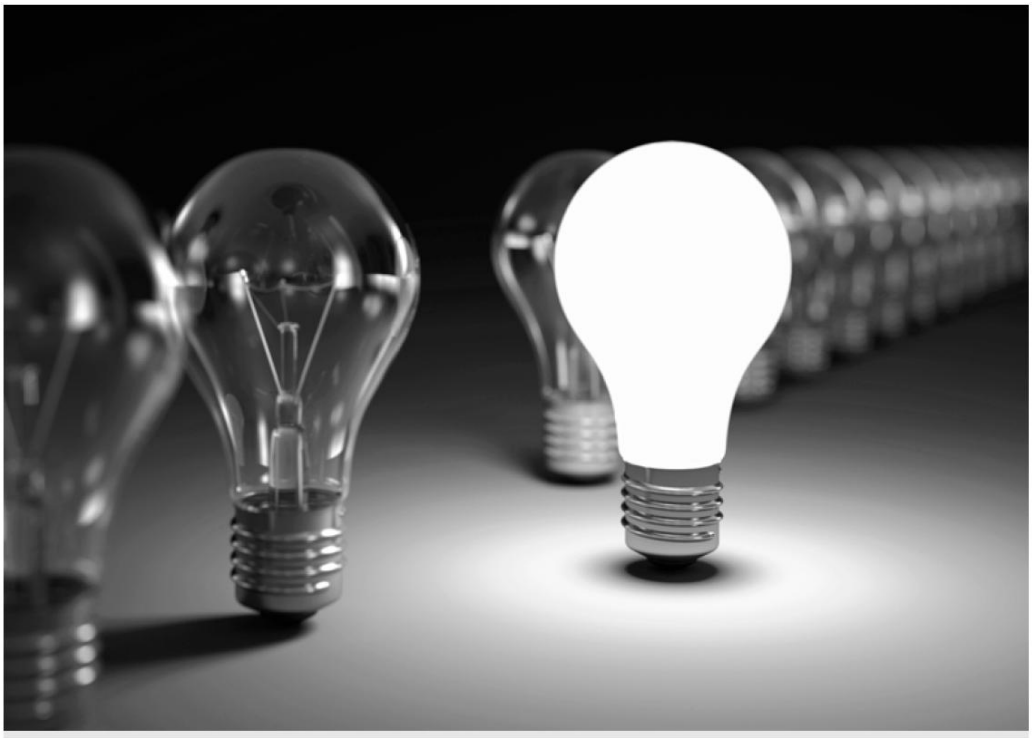
INFORMES JURÍDICO-PRÁCTICOS



EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO VS EXCEDENCIA POR CUIDADO DE FAMILIAR

CHILD CARE LEAVE VS FAMILY CARE LEAVE

PABLO MARTÍNEZ-BOTELLO
Graduado Social

Fecha de recepción: 20/05/2016
Fecha de recepción: 21/05/2016

Resumen: A pesar de que una lectura superficial podría hacernos pensar de otro modo, el ejercicio del derecho del cuidado de hijos y el del cuidado de familiar generan diferencias, o a veces el mismo asunto diferentes circunstancias.

Abstract: Although a cursory reading could come to think otherwise, the right to exercise the child care leave and family care leave it generate different, or sometimes the same subject in different circumstances.

Palabras clave: Excedencia, cuidado de hijo, cuidado de familiar.

Keywords: Leave, child care, family care.

A través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, (BOE del 6 de noviembre) para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, el legislador vino a distinguir entre la excedencia por cuidado de hijos menores, hasta tres años a contar desde el nacimiento o resolución administrativa o judicial cuando se trata de adopción o acogimiento, y la que tiene su razón de ser en el cuidado de familiares que por las circunstancias que señala (edad, accidente o enfermedad), no pueden valerse por sí mismos y no desempeñan actividad retribuida. La distinción entre estos dos tipos de excedencias (que generan sujetos pasivos diferentes) continua en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo de 2007 (BOE del 23 de marzo), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

El régimen jurídico de las citadas excedencias lo recoge el número 3, del artículo 46 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

Así, en el párrafo primero de su número 3 dice: *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.*

En su párrafo segundo estipula: *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 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.*

A pesar del esfuerzo llevado a cabo por el legislador en la exposición de motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre; cuando distingue de forma clara entre una y otra excedencia,[1] el asunto ha llegado a nuestros Tribunales Superiores de Justicia, trayendo a colación la Directiva Comunitaria 96/34 / CE del Consejo de 3 de junio de 1996, relativa a acuerdo marco sobre el permiso parental; ya que esta hace mención a que el permiso parental por motivo de nacimiento y adopción *puede* abarcar hasta los ocho años, debiendo ser *el Estado el que defina los límites*. Así, en el caso de Es-

(1) Cuando dice que, *igualmente se amplía el derecho a la reducción de jornada y excedencia a los trabajadores que tengan que ocuparse de personas* ***mayores*** *y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población*

paña el límite que ha establecido el estado no es otro que el de los tres años de edad del niño; de manera que *la normativa española respeta la comunitaria al marcar esta última un máximo y no un mínimo*.

Para abordar este asunto *vamos a servirnos de dos sentencias de distintos Tribunales Superiores de Justicia, que llevan a conclusiones diferentes; si bien es cierto que una de ellas con mayor argumentación y con más enjundia jurídica*.

La primera de ellas (Sala de lo Social de TSJ de Navarra, de 23 de febrero de 2006, Recurso de Suplicación 25/2006), considera que el hijo mayor de tres años puede incluirse entre los familiares por los que se puede solicitar la excedencia por cuidado de familiar. Por el contrario, (la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de 2 de mayo, de 2007, Recurso de suplicación 424/2007), entiende que cada una de las excedencias protege el derecho al cuidado de sujetos pasivos distintos.

Adelantándonos a la conclusión final, diremos que nosotros estamos más de acuerdo con el fallo de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. No sólo porque consideremos que su argumentación va en línea con la recogido en el ET, sino también, porque sus razonamientos son de mayor calado.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, para declarar el derecho de la trabajadora a disfrutar de una excedencia por cuidado de un hijo mayor de tres años (cinco en concreto) argumenta que el cuidado de un hijo mayor de tres años debe entenderse incluido en la excedencia por cuidado de 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 pues el hijo mayor de tres años es sin duda familiar que por razón de edad no puede valerse por sí mismo– Para llegar a tal conclusión únicamente razona, *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.*

Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sostiene la tesis contraria. No es posible incluir la atención del hijo biológico mayor de tres años de edad en la excedencia por cuidado de familiar, puesto que ésta es para cuidado de familiares que por su edad avanzada, por enfermedad o accidente, no pueden valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida.

Por lo tanto, parece claro que el legislador quiso distinguir entre una y otra excedencia, marcando el límite temporal en los tres años del hijo; lo que por otro lado se acomoda al límite temporal de la Directiva 96/34 / CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, puesto que el permiso parental por motivo de nacimiento y adopción que ésta contempla puede abarcar hasta los ocho años, debiendo ser el Estado el que defina los límites. Digamos, que la meritada Directiva es una norma de máximos y no de mínimos[2].

---

(2) Otra cuestión es la relativa a que nos pueda parecer, o no, suficiente el límite de los tres años del menor por el que ha optado el legislador, asunto que bien podría abordarse en otro trabajo.

En palabras del tribunal vasco, *en suma, los sujetos de una y otra clase de excedencia son distintos, a excepción de aquellos casos en que la excedencia cuya aplicación se pretende éste motivada por* ***la atención de un hijo sea o no menor de edad, que por razón de accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida –sujeto en el que el sujeto causante sería el mismo–,*** y cuya madre si podría acceder a la excedencia por cuidado de familiar.

No significa que se acepte que la edad de tres años es la que marca la consideración de una y otra clase de excedencia cuando se trata de hijos por naturaleza no enfermos. Lo asumido es que la excedencia por razón de cuidado de un hijo para atender a su cuidado, en ausencia de otras circunstancias como enfermedad del hijo o accidente, tiene una duración de tres años desde el nacimiento de hijo o desde la resolución judicial o administrativa en caso de adopción o acogimiento, pero desde luego se parte de la consideración de que la debatida es la única posible cuando se trata de atender por determinadas circunstancias (por ejemplo grave enfermedad del progenitor o progenitores, por parte de abuelos o hermanos al nieto o hermano no enfermo, menor de edad aún mayor de tres años. Es decir, que para poder ejercer la excedencia por cuidado de familiar (cuando este familiar es un hijo mayor de tres años) se precisa que el hijo no realice actividad retribuida y que por razones de accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo.

Llegados a este punto, sólo nos queda esperar para saber cuál será línea a seguir por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo si alguno de estos casos se plantea para unificación de doctrina. En cualquier caso, conviene decir que otra resolución judicial más sigue la línea de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJ de Aragón, de 14 de octubre de 2009, Recurso de Suplicación 7374/2009).