

SUMARIO:

Excedencia por cuidado de familiares. Determinación de si incluye el supuesto de hijo de 9 años que necesita ayuda para reforzar los contenidos trabajados en clase con el fin de obtener una calificación positiva que evite el riesgo de repetir curso. La excedencia por cuidado de familiares (párrafo segundo del art. 46.3 ET) requiere que el familiar por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. Estos dos requisitos expresan la dificultad que tiene esta excedencia para poder aplicarse en el supuesto de hijo de nueve años que necesita ayuda escolar con vistas a no repetir curso. En primer lugar, no es fácil encajar esta necesidad de ayuda escolar en la expresión de que el familiar no pueda valerse por sí mismo, salvo que se desvirtúe y ensanche indebidamente esta última expresión. Tampoco parece razonable interpretar la razón de «edad» de la excedencia por cuidado de familiares, en el sentido de que todos los hijos y, concretamente los mayores de tres años (a los menores de esa edad, sin realizar ahora mayores precisiones, le es plenamente aplicable la excedencia por cuidado de hijos del párrafo primero del artículo 46.3 ET), sin excepción, no pueden valerse por sí mismos. Es claro que todos los menores de una determinada edad no pueden valerse por sí mismos en el sentido de que necesitan cuidados y la ley obliga a sus progenitores a atenderlos. Pero no parece que sea este el sentido que se quiere dar a la edad, como razón de la imposibilidad de valerse por sí mismo, en la excedencia por cuidado de familiares. Si se hiciera esta interpretación, sería tanto como decir que todos, o casi todos, los hijos mayores de tres años podrían causar derecho a una segunda excedencia, adicional a la potencialmente ya causada hasta los tres años, porque por razones de edad no pueden valerse por sí mismos. No cabe entender que sea esta la voluntad de la ley cuando ha limitado hasta los tres años la excedencia por cuidado de hijo. No es razonable interpretar que el párrafo segundo del art. 46.3 del ET permite cualquier edad para el cuidado de hijo, estableciendo una regulación contraria al límite de tres años del párrafo primero. Otra cosa es que la razón para atender el cuidado de un hijo mayor de tres años sea, no meramente la edad, sino las restantes causas enunciadas en el párrafo segundo del artículo 46.3 ET (accidente, enfermedad o discapacidad), en cuyo caso, el cuidado de hijo podría insertarse en el concepto de excedencia por cuidado de familiares de aquel párrafo segundo. Hay que tener en cuenta que la excedencia por cuidado de familiares se introdujo en el ET por la Ley 39/1999, en cuya exposición de motivos se resaltaba la ampliación del derecho a la reducción de jornada y la excedencia a los trabajadores que tuvieran que ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población. Fue, así, la voluntad del legislador a la hora de relacionar la edad con la imposibilidad de valerse por sí mismo, por lo que no se aprecia la existencia de razones para interpretar ahora la ley en un sentido distinto. En cuanto al segundo requisito que exige la excedencia por cuidado de familiares («y no desempeñe actividad retribuida»), en nuestro ordenamiento está prohibido el trabajo de los menores de dieciséis años, por lo que cabría entender que los menores de esa edad no pueden desempeñar actividad retribuida. Pero no parece que sea este el sentido de la incorporación como requisito del no desempeño de actividad retribuida en el precepto legal. El precepto parte de la existencia de la opción legal de realizar, o no realizar, actividad retribuida. Y los menores de dieciséis años no tienen legalmente esa opción, sino que siempre estarían en la opción de no realizar actividad retribuida. De alguna manera pasaría lo que ya hemos visto con una determinada interpretación de la palabra edad del párrafo segundo del artículo 46.3 ET. Anteriormente se ha descartado esa interpretación que conduciría a que todos los hijos mayores de tres años podrían dar derecho a la excedencia por cuidado de familiares. También ahora debe descartarse una interpretación de la exigencia de no realizar actividad retribuida que potencialmente se aplicaría a todos los menores de dieciséis años. En definitiva, procede rechazar una interpretación del término «edad» del párrafo segundo del artículo 46.3 ET aislada de la finalidad y del contexto y antecedentes en que se introdujo. De conformidad con el artículo 3.1 del Código Civil, ha de prevalecer una interpretación finalista y sistemática, toda vez que no se puede interpretar debidamente el término «edad» del párrafo segundo del artículo 46.3 ET sin tener en cuenta el párrafo primero del precepto.

PRECEPTOS:

RDLeg 2/2015 (TRET), art. 46.3.

PONENTE:

Don Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

Magistrados:

Don ROSA MARIA VIROLES PIÑOL
Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO
Don JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE
Don RICARDO BODAS MARTIN
Don IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 2102/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 161/2021

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D^a. Rosa María Virolés Piñol

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Juan Molins García-Atance

D. Ricardo Bodas Martín

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 5 de febrero de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa ADOLFO DOMINGUEZ S.A. representada y asistida por la letrada D^a Marta Tejado García contra la sentencia de fecha 11 de abril de 2018 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de suplicación núm. 1608/2017, formulado frente a la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2017, dictada en autos 1235/2015 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, seguidos a instancia de Doña Sonsoles, contra la empresa Adolfo Domínguez, S.A., sobre reconocimiento de excedencia por cuidado de menor.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 22 de septiembre de 2017, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Que, desestimando la demanda interpuesta por Sonsoles, absuelvo de sus pretensiones a la empresa Adolfo Domínguez SA."

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

"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 Hermenegildo, 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 DIRECCION000, 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 carta 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 Hermenegildo 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 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 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 DIRECCION001 NUM001, AVENIDA000, NUM002, 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".

Segundo.

Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia con fecha 11 de abril de 2018, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS: Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Sonsoles 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 Sonsoles (sic) ADOLFO DOMÍNGUEZ 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".

Tercero.

Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de la empresa ADOLFO DOMÍNGUEZ S.A., el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 2 de mayo de 2007 (rec. 424/2007).

Cuarto.

Por providencia de esta Sala de fecha 31 de enero de 2019, se admitió a trámite el presente recurso.

Quinto.

No habiéndose personado la parte recurrida, no obstante haber sido emplazada en forma, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar el recurso procedente. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos.

Sexto.

Por Providencia de fecha 16 de diciembre de 2020 y por necesidades del servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 3 de febrero de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero. Cuestión planteada y sentencia recurrida**

1. La cuestión planteada en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina es si la excedencia por cuidado de familiares, prevista en el párrafo segundo del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), incluye el supuesto de hijo de nueve años que necesita ayuda escolar para superar el curso.

2. La trabajadora, parte recurrida en el actual recurso y que presta servicios como dependiente en un centro de Madrid de la empresa recurrente, solicitó, con amparo en el artículo 46.3 ET y en el artículo 32 del convenio colectivo de comercio textil de la Comunidad de Madrid, excedencia durante un año para atender al cuidado de su hijo de nueve años que, según informe del director de su centro escolar, necesitaba ayuda para reforzar los contenidos trabajados en clase con el fin de obtener una calificación positiva que evitara el riesgo de repetir curso.

La empresa denegó la excedencia solicitada, por no concurrir las condiciones del artículo 46.3 ET, sin perjuicio del derecho de la trabajadora de solicitar la excedencia voluntaria. La trabajadora pidió esta excedencia voluntaria, que le fue concedida por la empresa. La trabajadora solicitó su reincorporación a la empresa, respondiendo esta que solo disponía de una vacante en otro centro de trabajo de Madrid y en jornada de veinte horas semanales en horarios rotatorios. El artículo 32 del convenio colectivo mencionado es plenamente coincidente en sus términos, en lo que aquí importa, con el artículo 46.3 ET.

3. La trabajadora demandó a la empresa solicitando que se le reconociera su derecho a la excedencia por cuidado de menor y se computara el año de duración de la misma a efectos de antigüedad, con derecho a la reserva de puesto de trabajo.

La demanda fue desestimada por la sentencia del juzgado de lo social.

4. La trabajadora interpuso recurso de suplicación contra esta sentencia de instancia, siendo estimado el recurso por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, de 11 de abril de 2018 (rec. 1608/2017).

Segundo. El recurso de casación para la unificación de doctrina, el informe del Ministerio Fiscal y la existencia de contradicción

1. La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 11 de abril de 2018 (rec. 1608/2017), ha sido recurrida en casación para la unificación de doctrina por la empresa.

El recurso invoca como sentencia de contraste la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de 2 de mayo de 2007 (rec. 424/2007) y denuncia la infracción de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, así como la incorrecta aplicación del artículo 46.3 ET.

2. La trabajadora no se ha personado en el recurso.

3. Partiendo de la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste, el Ministerio Fiscal interesa en su informe la estimación del recurso.

4. Apreciamos, de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, que existe contradicción entre la sentencia recurrida y la sentencia de contraste.

En efecto, también en el caso de la sentencia de contraste la trabajadora solicitó una excedencia para atender a su hijo de seis años, al amparo de lo regulado en el convenio colectivo, de redacción plenamente coincidente con el artículo 46.3 ET. La petición fue denegada por la empresa. La demanda interpuesta por la trabajadora fue estimada por la sentencia del juzgado de lo social, pero el recurso de suplicación formulado por la empresa, en el que se alegaba la incorrecta aplicación del artículo 46.3 ET, fue estimado por la sentencia referencial, dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco.

Como puede advertirse, tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste las trabajadoras solicitaron que se les reconociera excedencia para atender el cuidado de un menor de edad superior a tres años, amparando la petición en el párrafo segundo del artículo 46.3 ET y en el precepto del convenio colectivo aplicable, de redacción plenamente coincidente con aquel precepto legal. Y, así como la sentencia recurrida estimó la pretensión, por el contrario, la sentencia referencial la desestimó, interpretando ambas resoluciones en sentido opuesto el citado párrafo segundo del artículo 46.3 ET. Surge, en consecuencia, la necesidad de unificar doctrina y de establecer cuál es la correcta.

Tercero. *La excedencia por cuidado de familiares (artículo 46.3, párrafo segundo, ET) no incluye el supuesto de hijo de nueve años que necesita ayuda escolar para superar el curso. Diferencia con la excedencia por cuidado de hijos (artículo 46.3, párrafo primero, ET)*

1. El examen de la cuestión planteada en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina requiere interpretar los dos primeros párrafos del artículo 46.3 ET. En lo que aquí importa, la redacción de los dos párrafos es la misma en el ET de 1995 y en el ET de 2015.

El párrafo primero del artículo 46.3 ET establece que "los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, ..., a contar desde la fecha de nacimiento ...".

El párrafo reconoce, así, la excedencia por cuidado de hijos.

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 46.3 ET dispone 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 pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida."

El párrafo reconoce la excedencia de cuidado de familiares.

En ambos casos, de conformidad con lo previsto en el párrafo quinto del artículo 46.3 ET, "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."

Esta redacción de los párrafos primero, segundo y quinto del artículo 46.3 ET se introduce en el ET de 1995 por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y ha permanecido invariable desde entonces, pasando al ET de 2015, con las únicas diferencias de que la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, añadió la discapacidad como nueva causa de la excedencia por cuidado de familiares y que la duración no superior a un año de esta excedencia en la redacción de la Ley 39/1999, pasa a tener una duración no superior a dos años a raíz de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

También la Ley 39/1999 dio nueva redacción a los dos primeros párrafos del artículo 37.5 ET de 1995, que en el ET de 2015 es el artículo 37.6 ET, con diferencias no decisivas a los efectos del presente recurso de casación unificadora. El párrafo primero del artículo 37.6 ET reconoce el derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal de menores de (actualmente) doce años. Y el párrafo segundo del artículo 37.6 ET la reducción de jornada por cuidado de familiares.

De la exposición de motivos de la Ley 39/1999 interesa reproducir los dos siguientes pasajes:

"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."

...

"se establece la aplicación de la reducción de la jornada o excedencia para atender al cuidado de familiares que por razón de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida,..."

Es interesante subrayar la diferencia de que, así como la excedencia por cuidado de hijos del párrafo primero del artículo 46.3 ET estaba ya presente en la redacción original del ET de 1995, e incluso en el ET de 1980, sin entrar ahora en mayores detalles, la excedencia por cuidado de familiares del párrafo segundo del artículo 46.3 ET se introdujo por vez primera en el ET de 1995 por la Ley 39/1999 y no tenía precedentes.

Lo mismo sucede con la reducción de jornada prevista, en la actualidad, en los dos primeros párrafos del artículo 37.6 ET. Así como la reducción de jornada por razones de guarda legal de menores de una determinada edad formaba parte de la redacción original del ET de 1995, e incluso del ET de 1980, la reducción de jornada por cuidado de familiares solo se incorpora al ET de 1995 como consecuencia de la Ley 39/1999 y no contaba con precedentes.

De conformidad con el artículo 237.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), los tres años del periodo de excedencia por cuidado de hijos (párrafo primero del artículo 46.3 ET) tienen la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de seguridad social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (en la actualidad, prestaciones de nacimiento y cuidado de menor; artículos 177 y siguientes LGSS). Sin embargo, solo el primer año (no así el segundo) de excedencia por cuidado de familiares (párrafo segundo del artículo 46.3 ET) tiene la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de seguridad social mencionadas (artículo 237.2 LGSS).

2. La exposición hasta aquí realizada sobre la excedencia por cuidado de hijos (párrafo primero del artículo 46.3 ET) y la excedencia por cuidado de familiares (párrafo segundo del artículo 46.3 ET) revela que se trata de dos supuestos diferenciados (el primero para los hijos y el segundo para familiares) cada uno de ellos con su propio régimen jurídico.

En efecto, la primera excedencia, contemplada desde siempre en el ET, es un derecho que se tiene durante un máximo de tres años para atender al cuidado de cada hijo, a contar desde la fecha de su nacimiento, por centrarnos en este supuesto, sin que se exija requisito adicional alguno.

Por el contrario, la excedencia por cuidado de familiares, de más reciente incorporación al ET, además de tener una duración distinta (un máximo de dos años, salvo que por negociación se establezca una duración mayor), requiere que el familiar (i) por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y (ii) no desempeñe actividad retribuida.

Se exige así que el familiar (hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad) cumpla con dos requisitos acumulativos: que por las razones mencionadas no pueda valerse por sí mismo y que no realice actividad retribuida.

Estos dos requisitos expresan la dificultad que tiene que la excedencia por cuidado de familiares se pueda aplicar en un supuesto, como el que se presenta en el actual recurso de casación para la unificación de doctrina, de un hijo de nueve años que necesita ayuda escolar con vistas a no repetir curso.

En primer lugar, no es fácil encajar esta necesidad de ayuda escolar para superar el curso académico en la expresión de que el familiar no pueda valerse por sí mismo, salvo que se desvirtúe y ensanche indebidamente esta última expresión.

Tampoco parece razonable interpretar la razón de "edad" de la excedencia por cuidado de familiares del párrafo segundo del artículo 46.3 ET, en el sentido de que todos los hijos, y concretamente los mayores de tres años (a los menores de esa edad, sin realizar ahora mayores precisiones, le es plenamente aplicable la excedencia por cuidado de hijos del párrafo primero del artículo 46.3 ET), sin excepción, no pueden valerse por sí mismos. Es claro que todos los menores de una determinada edad no pueden valerse por sí mismos en el sentido de que necesitan cuidados y la ley obliga a sus progenitores a atenderlos. Pero no parece que sea este el sentido que se quiere dar a la edad, como razón de la imposibilidad de valerse por sí mismo, en la excedencia por cuidado de familiares del párrafo segundo del artículo 46.3 ET. Si se hiciera esta interpretación, sería tanto como decir que todos, o casi todos, los hijos mayores de tres años podrían causar derecho a una segunda excedencia, adicional a la potencialmente ya causada hasta los tres años (párrafo primero del artículo 46.3 ET), porque por razones de edad no pueden valerse por sí mismos. No cabe entender que sea esta la voluntad de la ley cuando ha limitado hasta los tres años la excedencia por cuidado de hijo. La edad, respecto de los hijos, se contempla en el párrafo primero del artículo 46.3 ET, fijando, en caso de nacimiento, una determinada edad máxima, por lo que no parece razonable interpretar que el párrafo segundo del artículo 46.3 ET exime de ese tope de edad para el caso de hijos. No es razonable interpretar que el párrafo segundo permite cualquier edad para el cuidado de hijo, estableciendo una regulación contraria al límite de tres años del párrafo primero. Otra cosa es que la razón para atender el cuidado de un hijo mayor de tres años sea, no meramente la edad, sino las restantes causas enunciadas en el párrafo segundo del artículo 46.3 ET (accidente, enfermedad o discapacidad), en cuyo caso, el cuidado de hijo podría insertarse en el concepto de excedencia por cuidado de familiares de aquel párrafo segundo.

De conformidad con lo razonado, la razón de edad del párrafo segundo del artículo 46.3 ET está pensando en algo distinto a lo que se ha venido exponiendo.

Ya se ha recordado que la excedencia por cuidado de familiares se introdujo en el ET por la Ley 39/1999. Y se ha transcrito un pasaje de la exposición de motivos de esta ley que conviene reiterar. Es el siguiente:

"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."

El cuidado de personas "mayores", en línea con "los cambios demográficos y el envejecimiento de la población", fue, así, la voluntad del legislador a la hora de relacionar la edad con la imposibilidad de valerse por sí mismo. Y no se aprecia la existencia de razones para interpretar ahora la ley en un sentido distinto.

En todo caso, el segundo requisito que exige la excedencia por cuidado de familiares ("y no desempeñe actividad retribuida") confirma la interpretación realizada que conduce a excluir que, en un caso como el que concurre en el presente recurso de casación unificadora, se tenga derecho a la excedencia por cuidado de familiares del párrafo segundo del artículo 46.3 ET.

En nuestro ordenamiento está prohibido el trabajo de los menores de dieciséis años (artículo 6.1 ET), por lo que cabe entender que, en efecto, los menores de esa edad no pueden desempeñar actividad retribuida. Pero no parece que sea este el sentido de la incorporación como requisito del no desempeño de actividad retribuida en el precepto legal. El precepto parte de la existencia de la opción legal de realizar, o no realizar, actividad retribuida. Y los menores de dieciséis años no tienen legalmente, entre nosotros, esa opción, sino que siempre estarían en la opción de no realizar actividad retribuida. De alguna manera pasaría lo que ya hemos visto con una determinada interpretación de la palabra edad del párrafo segundo del artículo 46.3 ET. Anteriormente se ha descartado esa interpretación que conduciría a que todos los hijos mayores de tres años podrían dar derecho a la excedencia por cuidado de familiares. También ahora debe descartarse una interpretación de la exigencia de no realizar actividad retribuida que potencialmente se aplicaría a todos los menores de dieciséis años.

En definitiva, el razonamiento hasta aquí seguido conduce a rechazar una interpretación del término "edad" del párrafo segundo del artículo 46.3 ET aislada de la finalidad y del contexto y antecedentes en que se introdujo. De conformidad con el artículo 3.1 del Código Civil, ha de prevalecer una interpretación finalista y sistemática, toda vez que no se puede interpretar debidamente el término "edad" del párrafo segundo del artículo 46.3 ET sin tener en cuenta el párrafo primero del precepto.

3. La interpretación efectuada sobre los párrafos primero y segundo del artículo 46.3 ET es coincidente con la realizada por la Sala Tercera de este Tribunal Supremo sobre los apartados d) y e) del artículo 356 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), apartados estos últimos que, lo que a este recurso de casación para la unificación de doctrina importa, tienen una redacción prácticamente idéntica a la de los mencionados párrafos del artículo 46.3 ET.

El apartado d) del artículo 356 LOPJ reconoce la excedencia para "el cuidado de los hijos, por un período no superior a tres años para atender a cada hijo, ..., a contar desde la fecha de nacimiento."

Y el apartado e) del artículo 356 LOPJ dispone que "también tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a tres años, para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida."

Las sentencias de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo que realizan una interpretación sobre estos apartados del artículo 356 LOPJ coincidente con la efectuada por la presente sentencia respecto de los párrafos primero y segundo del artículo 46.3 ET son las siguientes: SSTS (3ª) 1479/2017, 2 de octubre de 2017 (rec. 186/2017); 735/2018, 4 de mayo de 2018 (rec. 133/2017); y 1040/2018, 18 junio 2018 (rec. 218/2017).

4. Lo hasta aquí razonado nos lleva a excluir que, en el presente supuesto, la trabajadora tuviera derecho a la excedencia por cuidado de familiares del artículo 46.3 ET que le reconoce la sentencia recurrida.

Tanto la sentencia recurrida, por la vía de reproducir una sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Navarra, como la sentencia de contraste, citan en su apoyo la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y las CES, y en concreto su cláusula 2.1.

Esta Directiva fue derogada por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES. Y, a su vez, la Directiva 2010/18/UE ha sido derogada, con efectos a partir del 2 de agosto de 2022, por la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, debiendo los Estados miembros poner en vigor, a más tardar en la citada fecha del 2 de agosto de 2022, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para darle cumplimiento.

En las Directivas 96/34/CE y 2010/18/UE se establecía un derecho individual de permiso parental por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, de una duración mínima de tres (en la Directiva 96/34/CE) o de cuatro (en la Directiva 2010/18/UE) meses, hasta una edad determinada del menor que puede ser de hasta ocho años. Por su parte, la Directiva (UE) 2019/1158 reconoce el permiso de paternidad de diez laborables, el permiso parental de

cuatro meses que debe disfrutarse antes de que el hijo alcance una determinada edad, como máximo ocho años, y el permiso para cuidadores, no remunerado, de cinco días laborables al año por trabajador.

Con independencia de que, como recordamos, por ejemplo, en nuestras SSTs 497/2016, 8 de junio de 2016 (rec. 207/2015) y 468/2020, 18 junio 2020 (rec. 33/2019), las directivas no tienen efecto directo horizontal, de manera que "ni siquiera una disposición clara, precisa e incondicional de una directiva que tiene por objeto conferir derechos o imponer obligaciones a los particulares puede aplicarse como tal en el marco de un litigio entablado exclusivamente entre particulares" (así lo señalan, entre muchas, las SSTJUE, Gran Sala, de 6 de noviembre de 2018, C-569/16 y 570/16, y C-684/16), y con independencia del evidente margen de disposición que tienen los Estados miembros para trasponer las directivas, con independencia de lo anterior -decimos-, no parece que las previsiones legales españolas sobre la excedencia por cuidado de hijos y por cuidado de familiares del artículo 46.3 ET planteen problema alguno de compatibilidad con las mencionadas directivas europeas, cuyos permisos, al menos el de paternidad y el parental, se relacionan más bien, antes que con aquellas excedencias, con las causas de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo y causas similares del artículo 48.4 y concordantes ET.

Cuarto. La estimación del recurso

1. De acuerdo con lo razonado y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, procede estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, casar y anular la sentencia recurrida y confirmar la sentencia del juzgado de lo social.

2. No procede que la Sala se pronuncie sobre costas (artículo 235.1 LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

:

1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa Adolfo Domínguez, S.A., representada y asistida por la letrada doña Marta Tejedo García, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 de abril de 2018 (rec. 1608/2017), que estimó el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, de 22 de septiembre de 2017 (autos 1235/2015), que había desestimado la demanda promovida por doña Sonsoles.

2. Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 11 de abril de 2018 (rec. 1608/2017), y confirmar la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Madrid, de 22 de septiembre de 2017 (autos 1235/2015).

3. No efectuar declaración alguna sobre imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.