

**La excedencia por cuidado de familiares no incluye la atención de un hijo de nueve años que necesita ayuda escolar para superar el curso.**

**Belén García Romero**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia*

**Resumen:** *El Tribunal Supremo analiza el alcance subjetivo de la excedencia laboral por cuidado de familiares y si, respecto del hijo de nueve años de edad, la necesidad de ayuda escolar para no repetir curso académico tiene cabida en la expresión de familiar que, razón de su edad “no puede valerse por sí mismo”, a efectos de que la trabajadora puede acogerse a dicha modalidad de excedencia (art. 46.3, párrafo segundo ET), y su distinción de la excedencia por cuidado de hijo (art. 46.3, párrafo primero ET).*

**Palabras clave:** *Excedencia por cuidado de hijos. Excedencia por cuidado de familiares. Excedencia voluntaria. Necesidad de ayuda escolar de hijo de nueve años.*

**Abstract:** *The Supreme Court analyzes the subjective scope of the work leave to care for relatives and whether, with respect to the nine-year-old son, the need for school help in order not to repeat the academic year has a place in the expression of a relative who, due to his age “cannot take care of himself” (art. 46.3 second paragraph ET), and its distinction of leave for child care (art. 46.3 first paragraph ET).*

**Keywords:** *Child care leave. Leave for family care. Voluntary leave. Need for school help nine-year-old son.*

---

### I. Introducción

A diferencia de la excedencia laboral por cuidado de hijo, cuyo ámbito personal está claramente referido al cuidado de cada hijo durante un máximo de tres años a contar desde su nacimiento, adopción o acogimiento (artículo 46.3, párrafo primero ET), la delimitación del alcance subjetivo de la excedencia por cuidado de familiares resulta más compleja, al exigirse la concurrencia de dos requisitos acumulativos (artículo 46.3 párrafo segundo ET).

En el presente recurso de casación se plantea si respecto del hijo de nueve años de edad, la necesidad de ayuda escolar para no repetir curso académico tiene cabida en la expresión de familiar que, razón de su edad “no puede valerse por sí mismo”, a efectos de que la trabajadora puede acogerse a esta excedencia laboral por cuidado de familiares.

Para resolver esta cuestión, el Tribunal Supremo analiza el diferente régimen jurídico de las dos excedencias laborales reguladas en los dos primeros párrafos del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), así como también el contexto y antecedentes de la incorporación al ordenamiento legal de la excedencia para cuidado

de familiares, con el fin de determinar el sentido y finalidad de la razón de “edad” del párrafo segundo, aplicando un criterio interpretativo finalista y sistemático.

## **II. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución judicial:** sentencia.

**Órgano judicial:** Tribunal Supremo. Sala de lo Social.

**Número de resolución judicial y fecha:** sentencia núm. 161/2021, de 5 de febrero.

**Tipo y número recurso o procedimiento:** RCUUD núm. 2102/2018.

**ECLI:**ES:TS:2021:456.

**Fuente:** CENDOJ.

**Ponente:** Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín.

**Votos Particulares:** carece.

## **III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes**

La cuestión que se plantea 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 ET, incluye el supuesto de hijo de nueve años que necesita ayuda escolar para superar el curso.

### *1. Hechos probados*

Según constan como antecedentes de hecho del litigio principal, se trata de una trabajadora que presta servicios como dependienta en un centro comercial de Madrid. Está divorciada y es madre de un niño de nueve años edad sobre el que tiene la custodia ordinaria, mientras que el padre tiene restringido el régimen de visitas a los fines de semana.

Dicha trabajadora solicitó una excedencia laboral al amparo del art. 46.3, párrafo segundo ET y del art 32 del Convenio colectivo de comercio textil de la Comunidad Autónoma de Madrid, para atender al cuidado de su hijo que, según el director del colegio, necesita ayuda para reforzar los contenidos y superar el curso.

La empresa le denegó este derecho, por considerar que no se daban los presupuestos exigidos por el art. 46.3 ET para acogerse a la excedencia por cuidado de familiares.

La trabajadora pidió entonces una excedencia voluntaria de un año (prevista en el art. 46.2 ET), que le fue concedida, y a su término solicitó su reingreso a la empresa, respondiendo esta que solo disponía de una vacante en otro centro de trabajo de la misma ciudad y en jornada de veinte horas semanales en turnos rotatorios. Ante ello, la trabajadora demandó a su empleadora 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 del puesto de trabajo.

Dicha demanda fue desestimada por sentencia del juzgado de lo social, frente a la cual interpuso un recurso de suplicación, que fue estimado por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, en sentencia de 11 de abril de 2018 (rec. 1608/2017).

La empresa recurrió en casación para la unificación de doctrina la sentencia del TSJ de Madrid, aportando como sentencia de contraste una del STSJ del País Vasco, de 2 de mayo de 2007 (rec. 424/2007). En su recurso 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 la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (en adelante LOI), así como la incorrecta aplicación del art. 46.3 ET.

## 2. Sentencia recurrida y sentencia de contraste

La Sentencia recurrida es la de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 11 de abril de 2018 (rec. 1608/2017) en la que se estimó la pretensión de la trabajadora condenando a la empresa a reconocer la excedencia por cuidado de hijo menor, computándose el año de duración de la misma a efectos de antigüedad y con derecho a reserva del puesto de trabajo.

La sentencia de contraste es la dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de 2 de mayo de 2007 (rec. 424/2007) dictada también en un caso en el que una trabajadora solicitó una excedencia para atender a su hijo de seis años, al amparo de lo regulado en el convenio colectivo, de redacción idéntica a la del art. 46.3 ET. La petición fue denegada por la empresa, y aunque la demanda interpuesta por la trabajadora fue estimada por sentencia del Juzgado de lo Social, el recurso de suplicación formulado por la empresa, en el que se alegaba la incorrecta aplicación del art. 46.3 ET, fue, sin embargo, estimado por la sentencia referencial, dictada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco.

En consecuencia, pese a que las situaciones fácticas examinadas en ambos procesos eran plenamente coincidentes, los tribunales de suplicación interpretaron en sentido opuesto el párrafo segundo del art. 46.3 ET, lo que hace necesario que el Alto Tribunal unifique doctrina y establezca cuál de las resoluciones es la correcta.

## IV. Posición de las partes

La parte recurrida en el recurso de casación es una trabajadora divorciada que presta sus servicios como dependiente en un centro de Madrid, y que es madre de un niño de corta edad sobre el que tiene la custodia ordinaria, mientras que el padre tiene restringido el régimen de visitas a los fines de semana.

La trabajadora considera que tiene derecho a la excedencia laboral por cuidado de menor 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 vistas a obtener una evaluación positiva y de evitar la repetición de curso, y que se computara el año de duración de la misma a efectos de antigüedad, con derecho a la reserva del puesto de trabajo, ex artículo 46.3 párrafo quinto ET.

La parte recurrente es la empresa, la cual se opone a la solicitud de la empleada por entender que no concurren las condiciones del artículo 46.3 ET, y que al haberse acogido a la excedencia voluntaria recogida en el artículo 46.2 ET, no tiene derecho a reincorporarse al mismo puesto de trabajo a la finalización de aquella, sino un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya o que se produjeran en la empresa, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.5 ET, por lo que, desde su punto de vista, la sentencia del TSJ de Madrid recurrida ha aplicado incorrectamente la normativa correspondiente.

## V. Normativa aplicable al caso

La resolución de la cuestión planteada en el presente recurso de casación hace necesario que el Tribunal Supremo interprete los dos primeros párrafos del artículo 46.3 ET, cuya redacción es la misma en la versión del ET de 1995 y de 2015.

- Artículo 46.3, párrafo primero ET, reconoce la excedencia por cuidado de hijos: “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 o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa”.

- Artículo 46.3, párrafo segundo ET, establece la excedencia por cuidado de familiares: “También tendrán derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor en la 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”.

## **VI. Doctrina básica**

### *1. Sobre la excedencia por cuidado de familiares y por cuidado de hijos. Aspectos comunes y diferencias*

El artículo 46.3 ET establece dos modalidades de excedencia laboral relacionadas con la conciliación. La primera de ellas, reconocida en el art. 46.3 párrafo primero ET, ya estaba presente en la redacción original del ET de 1995, e incluso en el ET de 1980. En cambio, la segunda de ellas, formulada en el párrafo segundo del mismo precepto, se introdujo en el ET por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y no tenía precedentes.

Dicha Ley 39/1999 dio nueva redacción al artículo 46.3 ET, en sus dos primeros párrafos, la cual ha permanecido invariable desde entonces, con las dos salvedades siguientes: la adición de la discapacidad como nueva causa de la excedencia por cuidado de familiares (realizada por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre) y la ampliación de uno a dos años de esta excedencia (Ley 3/2007, de 22 de marzo, LOI). Paralelamente, esa misma Ley 39/1999 dio lugar al reconocimiento de otros derechos laborales relacionados con la conciliación: la reducción de jornada por guarda legal de menores (actualmente, de doce años) y a la reducción de jornada por cuidado de familiares (artículo 37.5 ET de 1995 y 37.5 ET de 2015).

Según la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999: “se amplía el derecho a la reducción de jornada y excedencia a los trabajadores que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas, en la línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población”.

Ambos tipos de excedencia del artículo 46.3 ET tienen efectos comunes en el ámbito laboral: el cómputo del tiempo en que el trabajador permanezca en dicha situación a efectos de antigüedad, el derecho a asistir a cursos de formación profesional, especialmente con motivo de su incorporación y la reserva del puesto de trabajo durante el primer año (ampliada a quince meses y hasta dieciocho en el caso de que se trae de una familia numerosa de categoría general o de categoría especial, respectivamente). Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente (art. 46.3, párrafo quinto ET).

Asimismo, en el ámbito de la Seguridad Social el ejercicio de las dos modalidades de excedencia laboral por motivos de conciliación se ven reconocer similares beneficios, consistentes en la consideración como periodos de cotización efectiva del tiempo de excedencia laboral a efectos de las prestaciones de seguridad social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, y las actuales prestaciones por nacimiento y cuidado de menor (art. 237.1 y 2 LGSS), si bien, en el caso de la excedencia por cuidado de hijos tienen este reconocimiento los tres años de su duración, mientras que en el caso de la excedencia por cuidado de familiares solo el primer año de los dos reconocidos.

Por lo demás, ambos derechos laborales tienen un régimen jurídico diferenciado.

Así, la primera excedencia se reconoce durante un máximo de tres años para atender al cuidado de cada hijo, a contar desde la fecha de su nacimiento, (o desde su adopción o acogimiento), sin que se exija ningún otro requisito adicional.

Sin embargo, en lo que respecta a la excedencia por cuidado de familiares, además de tener duración distinta (un máximo de dos años, salvo que por negociación colectiva se establezca una duración mayor), se requiere que el familiar (hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad) por razones de edad, accidente,

enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

*2. La interpretación de la edad de los hijos como causa de la excedencia por cuidado de familiares y la dificultad de encajar la necesidad de ayuda escolar del hijo para superar el curso como habilitante de su ejercicio*

El artículo 46.3, párrafo segundo ET exige que el familiar cumpla con dos requisitos acumulativos: que por las razones señaladas (edad, accidente, enfermedad o discapacidad) no pueda valerse por sí mismo y que no realice actividad retribuida.

Según razona el Tribunal Supremo, no es fácil encajar la necesidad de ayuda escolar para superar el curso 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 mayores de tres años sin excepción, no pueden valerse por sí mismos. El análisis sistemático de los dos párrafos del artículo 46.3 ET permite constatar que la edad, respecto de los hijos, sin más condiciones, se contempla en el párrafo primero, fijando un tope máximo de edad de tres años (en el caso de nacimiento). Por ello, debe entenderse que la razón para atender el cuidado de un hijo mayor de tres años, al amparo de la excedencia por cuidado de familiares, no puede ser meramente la edad, sino las restantes causas enunciadas en el segundo párrafo del art. 46.3 ET, esto es: el accidente, la enfermedad o la discapacidad.

En otras palabras, no puede hacerse una interpretación del término “edad” del artículo 46.3, párrafo segundo ET aislada de la finalidad y del contexto y antecedentes en que se introdujo, de acuerdo con la voluntad expresada por el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de relacionar la edad con la imposibilidad de valerse por sí mismo por tratarse de personas mayores o enfermas.

En cuanto a la relación de la edad del hijo con el al segundo requisito exigido en la excedencia por cuidado de familiares – “y no desempeñe actividad retribuida”- la Sala de lo Social del Tribunal Supremo descarta igualmente que pueda interpretarse en el sentido de considerar que todos los menores de dieciséis años tendrían cabida en este tipo de excedencia, basándose en el hecho de la prohibición legal del trabajo de los menores de dicha edad (art. 6.1 ET).

En definitiva, según el Alto Tribunal, no puede considerarse que todos los hijos mayores de tres años encajan sin más en la expresión de que no pueden valerse por sí mismos, a efectos de causar el derecho a la excedencia laboral por cuidado de familiares, por más que aquellos requieran ciertamente de cuidados y que sus progenitores tengan la obligación legal de atenderlos. Es decir, la imposibilidad de valerse por sí mismo no puede hacerse depender única y exclusivamente de la edad, sin tener en cuenta las restantes causas (accidente, enfermedad o discapacidad). Y tampoco puede interpretarse que la exigencia de no realizar actividad retribuida permita aplicar esta excedencia a todos los menores de dieciséis años.

## **VII. Parte dispositiva**

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 Tejado 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.

### VIII. Pasajes decisivos

*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 (...), sin excepción, no pueden valerse por sí mismos. 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.*

*(...) 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.*

### IX. Comentario

En su sentencia 161/2021, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo aborda el alcance subjetivo de la excedencia por cuidado de familiares, regulada en el artículo 46.3, párrafo segundo, ET y analiza uno de sus requisitos, el de que un familiar por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, presupuesto sobre el que indica que es necesario que el familiar cumpla con los dos requisitos acumulativos: que por las razones mencionadas "no pueda valerse por sí mismo" y "que no realice actividad retribuida".

En cuanto al primero de ellos, "que el familiar no pueda valerse por sí mismo", entiende la sentencia que no se puede aplicar extensivamente respecto a un hijo de nueve años que necesita ayuda escolar para no tener que repetir curso.

En el caso de autos, la trabajadora presta servicios como dependienta y 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, una excedencia laboral por cuidado de familiar de un año de duración 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, que sí le fue concedida, y cuando solicitó su reincorporación a la empresa, respondió esta que solo disponía de una vacante en otro centro de trabajo de Madrid y en jornada de veinte horas semanales en horarios rotatorios, lo que motivó que la trabajadora demandara a la empresa solicitando que se le reconociera su derecho a la excedencia por cuidado de familiar (hijo 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 de la trabajadora fue desestimada en la instancia, y estimada en suplicación, y ahora el Tribunal Supremo estima el recurso de casación para unificación de doctrina, confirmando la sentencia del Juzgado de lo Social y negando el derecho a la excedencia por concurrir el requisito de tener a cargo un familiar que no pueda valerse por sí mismo.

Para la Sala, no es fácil encajar una 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.

Siguiendo un razonamiento similar al que ha llevado a rechazar una interpretación extensiva que conduciría a que todos los hijos mayores de tres años podrían dar derecho a la excedencia por cuidado de familiares, por no poderse valer por sí mismos, considera el Tribunal Supremo que debe también descartarse una interpretación de la exigencia de no realizar actividad retribuida que potencialmente se aplicaría a todos los menores de dieciséis años.

Y por agotar todos los argumentos, dispone la sentencia que 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 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.

## **X. Apunte final**

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo rechaza una interpretación del término “edad” del párrafo segundo del artículo 46.3 ET, en lo que respecta a los hijos, teniendo en cuenta la finalidad, el contexto y los antecedentes en que se introdujo este derecho al ordenamiento laboral, vinculando su reconocimiento con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población que plantean a los trabajadores nuevas necesidades de conciliación para ocuparse de personas mayores y enfermas.

Asimismo, considera que ha de prevalecer una interpretación finalista y sistemática que hace que no se pueda interpretar debidamente el término “edad” del párrafo segundo del artículo 46.3 ET sin tener en cuenta el párrafo primero de dicho precepto.

Por último, para reforzar su posición, comprueba que su interpretación es coincidente con la realizada por la Sala Tercera del Alto Tribunal sobre los apartados d) y e) del artículo 356 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que reconocen el derecho a la excedencia por cuidado de hijos y por cuidado de familiares en los mismos términos que los párrafos primero y segundo del artículo 46.3 ET.