



JOSÉ LUIS PEÑIN LORENZO

Abogado Abdón Pedrajas
jpl@abdonpedrajas.com

¿Es posible disfrutar de la excedencia por cuidado de familiar para atender a un hijo mayor de 3 años?

Todos los profesionales que han tenido un mínimo contacto con la jurisdicción social son conocedores de la abundante litigiosidad que suscitan las cuestiones relativas a la conciliación de la vida laboral y familiar. Tal conflictividad viene determinada, en gran medida, por el amplio catálogo de derechos que ha ido desarrollando el legislador en los últimos años que, sin duda, han aportado un avance importante entre la compatibilidad de la carrera profesional y conciliación familiar. Entre dichos derechos destacan la excedencia por cuidado de hijo o cuidado de familiar (art. 46.3 ET). Una de las diferencias más importantes con la excedencia voluntaria, a la que todo trabajador con más de un año de antigüedad tiene derecho, es que en la excedencia por cuidado de hijo o familiar confiere

reserva del puesto de trabajo durante el primer año con carácter general. En consecuencia, mientras la excedencia voluntaria condiciona el derecho de reingreso a la existencia de vacantes de igual o similar categoría profesional, en la excedencia por cuidado de familiar se tiene reserva de puesto de trabajo durante el primer año, quedando dicha reserva referida a un puesto del mismo grupo trascurrido ese plazo. Además la excedencia por cuidado de familiar computa a efectos de antigüedad durante los tres primeros años, con unos efectos prácticos que dicho reconocimiento implica. Por lo demás, la excedencia por cuidado de hijo y familiar se beneficia de ciertas garantías en caso de despido, como es que el despido de estos trabajadores tiene reconocida la calificación de nulidad ex lege art. 55.5 ET.

A partir del planteamiento jurídico anterior, cabría plantearse si se tiene derecho a disfrutar de la excedencia por cuidado de familiar para atender a un hijo mayor de tres años. Es evidente que si el hijo es menor de tres años se tiene derecho a la excedencia por cuidado de hijo regulada en el párrafo primero del art. 46.3 ET, que como ha matizado la doctrina judicial solo se puede disfrutar hasta que el hijo cumpla la edad de tres años, en este sentido citamos la STSJ de País Vasco de 1 de marzo de 2017. Sin embargo, no son infrecuentes las solicitudes de excedencia por cuidado de familiar de hasta segundo grado que no se puede valer por sí mismo regulada en el párrafo segundo del art. 46.3 ET para atender a un hijo mayor de 3 años.

En una primera lectura del párrafo segundo del art. 46.3, podría pensarse que tal opción es posible. Por ejemplo, pensemos en un niño de 6 años. Parece que encaja en el presupuesto de hecho de la norma ¿Se puede valer un niño de 6 años por sí mismo? Seguramente no. Sin embargo, hay que hacer una interpretación sistemática de la norma en su conjunto. Fruto de esa interpretación conjunta no parece muy lógico que en el párrafo primero del art. 46.3 ET se limite la excedencia por cuidado de hijo hasta el cumplimiento de la edad de tres años y por otro lado sea posible a partir de los cuatro años del hijo canalizar el derecho por la excedencia por cuidado de familiar del párrafo segundo del art. 46.3 ET.

Esta es la interpretación que han venido haciendo los órganos judiciales. En concreto las STSJ de Aragón de 14 de octubre de 2009, TSJ de País Vasco de 2 de mayo de 2007. Como resultado de esta doctrina judicial se aplica la regulación especial para la excedencia por cuidado de hijo plasmada en el párrafo primero del art. 46.3 ET que está limitada hasta los tres años de edad y solo en aquellos casos en las que el hijo este enfermo parece que será posible reconducir la petición de la excedencia por cuidado de familiar para los hijos mayores de tres años. Recientemente la SJS nº 2 de Cartagena de 27 de julio de 2018,



refrenda la denegación por parte de la empresa de una excedencia por cuidado de familiar de hasta segundo grado para cuidar de un hijo de 10 años de edad apoyándose en la interpretación de los pronunciamientos judiciales citados.

La Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo también ha seguido esta línea en reclamaciones de funcionarios públicos que han sido denegadas. Esta jurisprudencia se puede extrapolar a las relaciones laborales sometidas al Estatuto de los Trabajadores porque la norma reguladora de la excedencia tiene una regulación idéntica que el art. 46.3 ET.

En concreto, en el art. 356 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en sus apartados d) y e) podemos ver la idéntica regulación para el colectivo de funcionarios de justicia de la excedencia por cuidado de hijo hasta los tres años y por cuidado de familiar hasta segundo grado. Esta jurisprudencia sigue el mismo criterio que hemos expuesto hasta ahora y deniega el derecho a solicitar una excedencia por cuidado de familiar al amparo del 356 e) LOPJ de los funcionarios de justicia para cuidar a sus hijos mayores de tres años.

Aunque con la regulación vigente de la excedencia contenida en el art. 46.3 ET y la interpretación que se ha hecho por los órganos judiciales podemos llegar a la conclusión que la solicitud de excedencia para el cuidado de un hijo mayor de tres años no tiene encaje legal en la excedencia por cuidado de familiar, entendemos que siempre es necesario hacer un análisis caso por caso.

Todos los pronunciamientos judiciales que hemos citado deniegan la excedencia para el cuidado de niños mayores de tres años pero que no tienen ningún problema de salud.

Es posible, que en algunos casos los problemas de salud impidan al hijo que se pretenda cuidar valerse por sí mismo, y en consecuencia se abriría la posibilidad de solicitar la excedencia por cuidado de familiar.

Por otro lado, no podemos pasar por alto la regulación del convenio colectivo de aplicación o incluso la existencia de un algún acuerdo colectivo que mejore la regulación del Estatuto de los Trabajadores y que pueda dar cobertura a las solicitudes de excedencia para atender a hijos mayores de tres años.]

Mientras la excedencia voluntaria condiciona el derecho de reingreso a la existencia de vacantes de igual o similar categoría profesional, en la excedencia por cuidado de familiar se tiene reserva de puesto de trabajo durante el primer año, quedando dicha reserva referida a un puesto del mismo grupo trascurrido ese plazo •

