



Roj: **STSJ NA 93/2006 - ECLI:ES:TSJNA:2006:93**

Id Cendoj: **31201340012006100039**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **1**

Fecha: **23/02/2006**

Nº de Recurso: **25/2006**

Nº de Resolución: **42/2006**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **MARIA DEL CARMEN ARNEDO DIEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ILMO. SR. D. VICTOR CUBERO ROMEO

PRESIDENTE

ILMA. SRA. D^a. CARMEN ARNEDO DIEZ

ILMS. RA. D^a. M^a CONCEPCION SANTOS MARTIN

En la Ciudad de Pamplona/Iruña, a VEINTITRES DE FEBRERO de dos mil seis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el Recurso de suplicación interpuesto por CESAR COTTA MARTINEZ DE AZAGRA, en nombre y representación de PROCESOS LASER AUXILIARES DE NAVARRA, SL, frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social N° 3 de Pamplona/Iruña sobre Derechos; ha sido Ponente la Ilma Sra. Magistrada DOÑA CARMEN ARNEDO DIEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Ante el Juzgado de lo Social n° Tres de los de Navarra, se presentó demanda por DON Ignacio , en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se reconozca el derecho de la actora a la excedencia por cuidado familiar, condenando a la empresa demandada, PROCESOS LASER AUXILIARES DE NAVARRA, S.L. a aceptar a la misma.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio oral en el que la parte actora se ratificó en la misma, oponiéndose la demandada según consta en el acta extendida a tal efecto por el Sr. Secretario. Recibido el juicio a prueba se practicaron las propuestas y declaradas pertinentes.

TERCERO: Por el Juzgado de instancia se dictó sentencia, cuya parte dispositiva dice: "Que estimando la demanda sobre excedencia por cuidado de un familiar deducida por D. Ignacio frente a PROCESOS LASER AUXILIARES DE NAVARRA S.L., debo declarar y declaro el derecho del demandante a disfrutar de una excedencia por cuidado de familiar durante el periodo de 8 de agosto de 2005 al 7 de septiembre de 2005, ambos inclusive, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a reconocer al actor dicho derecho de excedencia, con los efectos legales que sean inherentes a la misma"

CUARTO: En la anterior sentencia se declararon probados: "PRIMERO: El demandante D. Ignacio viene prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada Procesos Láser Auxiliares de Navarra, S.L., desde el 17 de mayo de 1999, con la categoría profesional de Oficial de Segunda.- SEGUNDO.- El 29 de abril de



2005 el gerente de la empresa demandada comunicó al actor que debía disfrutar de sus vacaciones anuales en el mes de julio, a lo que el trabajador le contestó que ya conocía que desde que nació su hijo durante el mes de julio tenía quien atendiese cuidase al hijo menor, pero no así en el mes de agosto, por lo que solicitaba que se le concediese vacaciones en ese mes de agosto, reiterando el gerente de la empresa que en este año 2005 tenía que coger sus vacaciones en julio.- TERCERO.- Tras intentar solucionar el demandante la situación del cuidado de su hijo menor, y ante la imposibilidad de conseguir una solución, el 1 de julio de 2005 presentó a la empresa demandada una solicitud de excedencia, que obra unida a los autos y que se da aquí por reproducida, y en la que se indicaba que con fecha 8 de agosto de 2005, y hasta el 7 de septiembre de 2005, se acoge al supuesto recogido en el art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores , relativo a la excedencia para el cuidado de familiar que por razones de edad no puede valerse por si mismo y no desempeña actividad retribuida, excedencia que se solicita para el cuidado del hijo de cinco años de edad, que no puede valerse por si mismo, añadiendo que le comunica la reincorporación el 8 de septiembre de 2005, al finalizar el periodo de excedencia solicitado, y se añade que de no tener contestación por escrito antes del día 10 de julio del 2005, y a fin de que no exista una situación de indefensión de mis derechos se entenderá que le ha sido concedida la excedencia, rogando que se realicen las gestiones oportunas por la empresa a fin de dar efectividad a la misma.- CUARTO.- El 5 de julio de 2005 la empresa entregó carta al actor en la que le indicaba que acusaban recibo de la carta anterior de 1 de julio de 2005 remitida por el demandante, y si le comunica asimismo que debido a las fechas en que se ha planteado la solicitud, la empresa no podrá contestar a la petición en el plazo que unilateralmente ha intentado establecer el trabajador, y que la falta de respuesta por parte de la empresa no equivaldrá a la concesión ni a la denegación de la excedencia solicitada, añadiendo que al encontrarse de vacaciones, caso de ser denegada su petición y en el supuesto de que no pudiéramos ponernos en contacto con usted, se le advierte que la no incorporación a su puesto de trabajo el 8 de agosto de 2005, se considerará como falta de asistencia sin causa justificada, por lo que la empresa se verá facultada para tomar las medidas disciplinarias oportunas.- QUINTO.- El 11 de julio de 2005 el demandante acude a la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social para asesorarse sobre que podía hacer ante la situación planteada, aconsejándole la Inspección que volviese hablar con la empresa para intentar que le contestase, y que caso de no tener respuesta podía interponer denuncia ante el organismo.-El 12 de julio de 2005 el actor mantiene una larga conversación telefónica con el gerente de la empresa, y no recibe respuesta alguna por parte de la empresa, ni tampoco se le asegura que vaya recibir ningún tipo de respuesta, por lo que el 13 de julio de 2005 presenta una denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que obra unida a los autos y que se da aquí por reproducida, y en la que solicitaba que se tomasen las medidas oportunas a fin de que su derecho a la excedencia no sea conculcado por la empresa.- Verbalmente se le indica por la Inspección de Trabajo al actor, el 18 de julio de 2005, que no puede realizar actuación alguna ya que lo que solicita es la interpretación de la Ley, función que corresponde exclusivamente al Juez, y que queda fuera de sus atribuciones.- El 15 de septiembre de 2005 se remite contestación por escrito al demandante respecto de la denuncia interpuesta, señalándose que no corresponde a la Inspección pronunciarse sobre la correcta interpretación de párrafo segundo del artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores , siendo además un derecho individual del trabajador que si usted considera que le asiste podrá ejercitarlo, sin perjuicio de la interpretación que al respecto efectúen en los Tribunales competentes (comunicación escrita que obra unida a los autos y que se da aquí por reproducida).- SEXTO.- El 21 de julio de 2005 la empresa remite nueva comunicación al actor, que obra unida a los autos y que se da aquí por reproducida, y la que se le deniega la excedencia solicitada por considerar que no tiene derecho a la misma al amparo del art. 46.3, párrafo primero , al tener el hijo del actor 5 años de edad, ni al amparo del segundo párrafo del mismo artículo, apartado tercero, al considerar la empresa que a los familiares a los que se refiere son a personas adultas y de avanzada edad, añadiendo que además la concesión de la excedencia solicitada ocasionaría a la empresa una gravísimo perjuicio en el proceso productivo ya que por razón de las vacaciones de la plantilla se han organizado dos turnos de trabajo para el mes de agosto que se realizarán con el mínimo de trabajadores necesarios, por lo que la falta de uno de ellos podría ocasionar la supresión de un turno de trabajo, lo que produciría el gravísimo perjuicio productivo y económico a la empresa.- SÉPTIMO.- El demandante dejó de acudir a la empresa durante el periodo que solicitó como excedencia para cuidado del hijo de cinco años de edad, con periodo en el que atendió y cuidó a dicho hijo.- El 25 de agosto de 2005 la empresa demandada comunica al actor la sanción de despido con efectos de 25 de agosto de 2005, y ello por no haberse reincorporado a su puesto de trabajo después de la finalización de las vacaciones anuales en julio de 2005, y en concreto por no haber acudido a trabajar los días laborales comprendidos entre el 8 y el 24 de agosto ambos inclusive, sin justificación alguna (carta de despido que obra unida a los autos y que se da aquí por reproducida).- OCTAVO.- La esposa del demandante D^a. Blanca presta sus servicios por cuenta de la empresa Master Navarra y Consulting S.L., a jornada completa, en un puesto de alta responsabilidad dentro de la empresa, teniendo que atender a sus padres, de 90 y 85 años de edad, que se encuentran enfermos, por lo que gran parte de la responsabilidad del cuidado diario del hijo común del matrimonio recae sobre el demandante.- NOVENO.- El demandante disfrutó de reducción de jornada por cuidado de hijo menor de edad, nacido el 7 de julio del 2000, desde el 1 de octubre de 2003.- DÉCIMO.- Consta unido a los autos y se da aquí



por reproducido el cuadro de permanencias de los trabajadores de la empresa demandada en los turnos de julio y agosto de 2005.- UNDÉCIMO.- Se celebró el preceptivo acto de conciliación el 12 de agosto de 2005, instado el 3 de agosto de 2005, concluyendo sin avenencia"

QUINTO: Anunciado recurso de Suplicación por la representación letrada de la parte demandada, se formalizó mediante escrito en el que se consignan dos motivos, el primero al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral para revisar los hechos declarados probados, y el segundo amparado en el artículo 191.c) del mismo Texto legal, para examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

SEXTO: Evacuado traslado del recurso fue impugnado por la representación letrada de la parte demandante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó la demanda deducida por D. Ignacio declarando su derecho a disfrutar de una excedencia por cuidado de familiar durante el periodo comprendido entre el 8 de agosto y el 7 de septiembre de 2005. Frente a dicho pronunciamiento se alza en Suplicación la empresa demandada, Procesos Laxer Auxiliares de Navarra S.L., formulando dos motivos, el primero, por el cauce procesal del apartado b) del artículo 191 de la Ley Adjetiva Laboral, solicitando la revisión del ordinal sexto de la declaración fáctica rectificando la fecha en que la empresa demandada remitió nueva comunicación al actor denegándole la excedencia solicitada que, según entiende, se produjo el 19 de julio de 2005 y no el día 21 como declara probado el Juzgador de instancia.

Es conocida por reiterada la doctrina que esta Sala de lo Social viene manteniendo en el sentido de que sólo de excepcional manera han de hacer uso los Tribunales Superiores de la facultad de modificar, fiscalizándola, la valoración de la prueba hecha por el Juez "a quo", facultad que le es atribuida para el supuesto de que los elementos señalados como revisorios ofrezcan tan alta fuerza de convicción que, a juicio de la Sala delaten claro error de hecho sufrido por el Juzgador en la apreciación de la prueba.

Efectivamente, la revisión fáctica no puede sustentarse en medios de prueba que no sean la prueba documental, pública o privada, y la pericial, quedando expresamente excluidas la testifical y la declaración de las partes. En los supuestos de documentos contradictorios, debe prevalecer la solución fáctica realizada por el Juez de instancia, órgano soberano para la apreciación de la prueba (artículo 97.2 L.P.L.), tal como sostiene reiterada doctrina constitucional, con la salvedad de que su libre apreciación sea razonable (SSTC 44/1989, de 20 de febrero y 24/1990, de 15 de enero).

Además, el Tribunal "ad quem", debe ceñir su labor, salvo en aquellos temas que afectasen a cuestión competencial, al examen de los temas que se le someten y en los términos que se le plantean, marcando los artículos 191 y 194-2 y 3 de la Ley de Procedimiento Laboral su ámbito y el modo de formulación, de modo que, y por lo que aquí interesa, destaquemos que si la finalidad es revisar el «factum» y el derecho aplicado, han de separarse debidamente unos de otros motivos, principiándose por los hechos a cuyo respecto han de concurrir determinados requisitos atinentes unos al hecho en sí objeto de revisión y concernientes otros a la forma en que ha de llevarse a cabo la pretensión revisoria; y, entre ellos, sólo puede fundamentarse en prueba documental o pericial obrante en autos y no contradicha por otros medios, debiendo precisarse con exactitud el hecho o hechos objeto de revisión, así como en qué haya de consistir la interesada -supresión, adición o modificación-, facilitando en estos dos últimos casos los textos a insertar o alternativo, el contenido de los cuales ha de resultar, directamente, y sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas o razonamientos más o menos lógicos, del soporte que se alega y ha de evidenciarse el error del Juzgador, explicando, en definitiva, el alcance de la variación propugnada; por otro lado, la revisión fáctica al ser insuficiente por sí misma para alterar el signo del fallo, ha de acompañarse de motivo o motivos dedicados al examen jurídico concretando los preceptos que se entienden infringidos y razonando la vulneración que se denuncia.

En el caso enjuiciado, la revisión interesada no puede prosperar por carece de trascendencia, siendo irrelevante para la resolución del recurso concretar la fecha exacta en que la empresa remitió al trabajador demandante el burofax, teniendo presente que sólo transcurrieron dos días entre la fecha de presentación en Correos y la recepción por su destinatario.

SEGUNDO.- Como censuras jurídicas se denuncia infracción del artículo 46, apartado tercero del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada al mismo por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, en relación con el artículo 3 del Código Civil y Directivas del Consejo 92/85 y 96/34, considerando que la interpretación correcta del artículo 46.3, párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores, cuando regula la excedencia para el cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que "por razones de edad...no pueda valerse por sí mismo", se refiere



exclusivamente a familiares de edad avanzada, en cuanto fue introducido por el legislador ampliando 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, superando los niveles mínimos de protección previstos en la normativa comunitaria, tal y como concretó la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999. De esa forma concluye que la solicitud de excedencia no encaja en las previsiones del precepto que se denuncia como infringido.

La mencionada Exposición de Motivos explica que la Constitución Española reconoce en su artículo 14 el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición, el artículo 39.1 el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en el artículo 9.2, se atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

La necesidad de conciliación del trabajo y la familia ha sido ya planteada a nivel internacional y comunitario como una condición vinculada de forma inequívoca a la nueva realidad social. En este sentido la Directiva del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y la Directiva del Consejo 96/34/CE, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

De esa forma la Ley 39/1999 constituye una transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas, introduciendo una serie de cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres. Al mismo tiempo se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia.

Para ello en el primer Capítulo se introdujeron modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores en lo relativo a permisos y excedencias relacionadas con la maternidad, paternidad y el cuidado de la familia. Estas modificaciones mejoran el contenido de la normativa comunitaria y ajustan los permisos a la realidad social.

Así se hacen concordar los permisos o ausencias retribuidas con la Directiva 96/34/CE, previendo la ausencia del trabajador en los supuestos de accidente y de hospitalización, al mismo tiempo que se flexibiliza el derecho al permiso de lactancia.

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

Como novedad importante, cabe destacar que la Ley facilita a los hombres el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia, al conceder a la mujer la opción de que sea el padre el que disfrute hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad, permitiendo además que lo disfrute simultáneamente con la madre y se amplía el permiso de maternidad en dos semanas más por cada hijo en el caso de parto múltiple.

Asimismo, se introducen importantes modificaciones en la regulación de los permisos por adopción y acogimiento permanente y preadoptivo. Frente a la legislación actual en la que la duración del permiso depende de la edad del menor, concediéndose distintos períodos de tiempo, según el niño o niña sea menor de nueve meses o de cinco años, la Ley no hace distinción en la edad de los menores que generan este derecho, siempre que se trate de menores de seis años.

Por último, 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, configurándose este derecho como individual de los trabajadores.

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.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de Suplicación formulado por la representación Letrada de la empresa Procesos Laxer Auxiliares de Navarra, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº Tres de Navarra, en el Procedimiento Nº 542/05 , promovido por D. Ignacio contra la recurrente, sobre Derecho a disfrute de excedencia, confirmando la sentencia recurrida.

Notifíquese a las partes y al Ministerio Fiscal la Sentencia dictada, con la advertencia que contra la misma, puede interponerse Recurso de Casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, anunciándolo a través de esta Sala por escrito, dentro de los DIEZ DIAS hábiles siguientes a su notificación debiendo, la parte condenada si recurre y no tuviese reconocido el beneficio de justicia gratuita, constituir un depósito de 300,51 €. en la cuenta corriente que a nombre de la Presidencia de la Sala IV del Tribunal Supremo figura abierta en la oficina del Banco Español de Crédito (Banesto), calle Barquillo, nº 49 de Madrid, bajo el nº 2410 debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría de la Sala al tiempo de personarse en ella.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de lo social de procedencia con certificación de la misma, dejándose otra certificación en el rollo a archivar por esta Sala.

Así, por nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.