

Tribunal Supremo

(Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 21 febrero 2013

[RJ2013\3460](#)



DESPIDO NULO: negativa empresarial al reingreso tras el primer año de excedencia por cuidado de hijos, alegando la inexistencia de vacante.

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina 740/2012

Ponente: Excmo Sr. Jordi Agustí Juliá

El TS **desestima** el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por «Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores y Químicos, Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija» contra la Sentencia del TSJ del País Vasco, de fecha 20-12-2011, dictada en autos promovidos por la trabajadora contra la recurrente y el FOGASA, sobre despido.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Febrero de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Rafael Budi Hurtado obrando en nombre y representación de la entidad "**HERMANDAD NACIONAL DE ARQUITECTOS SUPERIORES Y QUÍMICOS, MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL A PRIMA FIJA.**", contra la [sentencia de fecha 20 de diciembre de 2011 \(PROV 2012, 175407\)](#) , dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación núm. 2484/2011 , formulado contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de los de Bilbao , en autos núm. 130/2011, seguidos a instancia de Dª. Camino contra dicha recurrente y el **FONDO DE GARANTÍA SALARIAL**, en reclamación por Despido .

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida Dña. Camino , representada por el Letrado Sr. Ruiz Oliva.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jordi Agusti Julia,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 15 de abril de 2011, el Juzgado de lo Social número 6 de Bilbao, dictó sentencia , en la que como hechos probados se declaran los siguientes: "PRIMERO: La actora venía prestando servicios para la empresa demandada con la categoría profesional de GRUPO 11 nivel 5 "jefe de equipo", antigüedad del 26.02.2007 y un salario de 1.515,65 euros. - SEGUNDO: Desde el 24.09.2008 la actora ha estado en situación de excedencia por cuidado de su hija Ariane, nacida el

NUM000 .2008.- TERCERO: La actora, mediante Burofax enviado a la empresa, señalaba textualmente: "Llodio, 15 de diciembre de 2010.- Att: Director de Recursos Humanos.- Estimado Señor: Mi nombre es Camino y soy trabajadora de la oficina comercial de Bilbao en situación de excedencia por maternidad, derecho del que vengo haciendo uso desde el 24/09/08 por cuidado de mi hija Ariane nacida el NUM000 /08. - Mediante este escrito, comunico a la empresa mi decisión de dar por finalizado dicho periodo de excedencia y reincorporarme a mi puesto de trabajo con fecha 03/01/2011.- Aprovecho la ocasión para comunicarles que estoy embarazada de mi próxima hija, saliendo de cuentas el 23 de Marzo de 2011.- Esperando se pongan en contacto conmigo lo antes posible, le saluda atentamente,".- La empresa, mediante BUROFAX, recibido por la actora el 03-01-2011, procedió a emitir, textualmente, la siguiente contestación: " Dña. Camino .- DIRECCION000 nº NUM001 - NUM002 .- 01400 Llodio Álava).- Madrid, 30 de diciembre de 2010.- Muy Sra. nuestra: En relación con su solicitud recibida en nuestras oficinas mediante burofax de fecha 16 de diciembre de 2010, lamentamos comunicarle que, por el momento, no es posible su reincorporación a esta empresa al no existir ninguna vacante adecuada o similar a su categoría.- Atentamente.".- CUARTO: La demandante está en situación de maternidad de su hija nacida el NUM000 -08 y está nuevamente embarazada habiendo nacido su hijo en el actual momento procesal.- QUINTO: La demandante no tiene la condición de delegada de personal.- SEXTO : Con fecha 9- 2-2011 se celebró el preceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia".

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que con desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento y en cuanto al fondo estimando en su petición principal la demanda interpuesta por Camino frente a HERMANDAD NACIONAL DE ARQUITECTOS SUPERIORES y FOGASA, en materia de despido, debo declarar y declaro el Mismo NULO y en su consecuencia debo condenar y condeno a la mercantil a que readmita con carácter inmediato a la demandante en las mismas condiciones que tenía antes del despido y le abone salarios de tramitación hasta que se produzca la efectiva readmisión desde la fecha de despido a 3-1-2011 a razón de 50,52 euros al día con descuento de los periodos de IT".

SEGUNDO

Anunciado e interpuesto recurso de suplicación contra dicha sentencia, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, dictó sentencia de fecha [20 de diciembre de 2011 \(PROV 2012. 175407\)](#) , en la que como parte dispositiva consta la siguiente: "Que **desestimando** el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores y Químicos - Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de los de Bizkaia, dictada el 15 de abril de 2011 en los autos nº 130/11 sobre despido, seguidos a instancia de Dña. Camino contra la ahora recurrente y el Fondo de Garantía Salarial, **confirmamos** la sentencia recurrida. - Procede imponer a la recurrente las costas, incluidos los honorarios del letrado impugnante en la cantidad de 360 euros, con pérdida de las consignaciones efectuadas para recurrir, a las que se dará el destino que corresponda cuando la sentencia sea firme.

TERCERO

.- Contra la sentencia dictada en suplicación, se formalizó, por la representación procesal de Hermandad Nacional de Arquitectos Superiores y Químicos - Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija, recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la [sentencia recurrida \(PROV 2012. 175407\)](#) y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha [8 de julio de 2008 \(PROV 2008. 328968\)](#) (Rec. nº 2098/2008).

CUARTO

Mediante resoluciones de esta Sala de 18 de julio de 2012, se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO

Evacuado el trámite de impugnación por la representación de Dña. Camino , se dio traslado al

Ministerio Fiscal para informe, dictaminado en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el 14 de febrero de 2013, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

1. La cuestión debatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, se centra en determinar si en un supuesto de una trabajadora en excedencia por cuidado de hijo, que tras haber superado el primer año de excedencia, que solicita el reingreso en la empresa, ésta puede oponerse al reingreso alegando la inexistencia de vacante adecuada o similar a su categoría, y consecuencias, en su caso de la negativa a la reincorporación a la empresa.

2. En la [sentencia \(PROV 2012, 175407\)](#) objeto del presente recurso consta que : a) la trabajadora demandante, que venía prestando servicios para la empresa demandada con la categoría profesional de Grupo 11, nivel 5 "jefe de equipo", solicitó su reincorporación a la empresa tras su permanencia en situación de excedencia por cuidado de hijo. En concreto, llevaba en situación de excedencia desde el 24-09-2008 por cuidado de su hija nacida el NUM000 -2008; b) en diciembre de 2010, la trabajadora remitió burofax a la empresa comunicándole su decisión de dar por finalizado dicho período de excedencia, informándole de que estaba nuevamente embarazada -dio a luz durante la tramitación del procedimiento-, y solicitando su reincorporación a su puesto de trabajo en fecha 03-01-2011; y, c) la demandada contestó a la trabajadora a través de burofax recibido por la demandante en 03-01-2011, del siguiente tenor literal : "Madrid, 30 de diciembre de 2010. Muy Sra. Nuestra : En relación con solicitud recibida en nuestras oficinas mediante burofax de fecha 16 de diciembre de 2010, lamentamos comunicarle que, por el momento, no es posible su reincorporación a esta empresa al no existir ninguna vacante adecuada o similar a su categoría".

2. La trabajadora formuló demanda por despido, dictándose sentencia por el Juzgado de lo Social, por la que con desestimación de la excepción de inadecuación de procedimiento alegada por la demandada, y con estimación de la demanda declaró la nulidad del despido, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.

3. Por la empresa demandada se recurrió en Suplicación alegando, de una parte, las excepciones de falta de acción e inadecuación del procedimiento por despido, puesto que, transcurrido más de un año desde el inicio de la excedencia, la demandante mantiene el derecho a reingresar en la vacante correspondiente cuando ésta se produzca, sin que la empresa le haya extinguido el contrato de trabajo -en cuyo caso procederá la acción por despido- sino sólo denegado temporalmente el reingreso, pidiendo sólo demandar por derecho a volver, aunque la excedencia lo sea por cuidado de hijo, y sin que tampoco su situación de embarazo varíe el tipo de acción a ejercitar; y de otra parte, con carácter subsidiario, sosteniendo que para que proceda el reingreso es necesario que existe una vacante efectiva, y en este caso no existe desde que la demandante plantea su solicitud, si que se posibilite el derecho que reclama por el hecho de que se hubiera contratado a otra trabajadora para sustituirle, a la que se le hizo fija de plantilla una vez transcurrido el primer año de obligada reserva del puesto de trabajo de la demandante.

La Sala de lo Social del Tribunal superior de Justicia del País Vasco, mediante [sentencia de 20 de diciembre de 2011 \(PROV 2012, 175407\)](#) (recurso 2484/2011), desestimó el recurso, rechazando la tesis de la empresa de que el despido no se ha producido, argumentando, en síntesis -con cita de dos sentencias anteriores dictadas igualmente en supuestos de excedencia por cuidado de hijo y tras el examen de lo establecido en el artículo 46.3 del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997\)](#) -, que existen diferencias entre la excedencia por cuidado de hijo y la excedencia voluntaria, destacando, que aún superando la excedencia por cuidado de hijo el primer año, en el que se garantiza la reserva del mismo puesto, la situación en el período restante dista mucho de la excedencia voluntaria, pues se reserva un puesto de la misma o equivalente categoría, cuya inexistencia en el caso de autos ni tan siquiera se ha acreditado por la empresa, lo que efectivamente obliga a concluir que se trata de un despido.

4. Contra dicha [sentencia \(PROV 2012, 175407\)](#) recurre la empresa demandada en casación para

la unificación de doctrina, insistiendo en su pretensión de que no ha existido despido, designando como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha [8 de julio de 2008 \(PROV 2008, 328968\)](#) (recurso 2098/2008), referida también a una trabajadora que se encontraba en situación de excedencia por cuidado de hijo y que solicitó la reincorporación a su puesto de trabajo, acogiéndose al mismo tiempo al derecho de reducción de jornada para el cuidado de hijo menor de seis años. La empresa le respondió que no existía puesto vacante de igual o similar categoría, por lo que no podía ser aceptada su petición de reingreso. También en ese caso la trabajadora demandó por despido, y si embargo, en ese supuesto la Sala de lo Social de Madrid, confirmando la sentencia de instancia que había desestimado la acción por despido, llegó en su consecuencia a conclusión contraria a la de autos. Se razona en la sentencia que, en este tipo de excedencia, superado el primer año, la reserva queda referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, derecho que impide concluir que la respuesta de la empresa, señalando que no hay vacantes, equivalga al despido,. "pues resulta evidente que la voluntad del empleador no es la de resolver el contrato de trabajo, sino impedir por el momento las reconstitución del vínculo laboral porque cuando se cursa por el trabajador la solicitud del reingreso no hay vacantes de igual o similar categoría que la desempeñada antes de pasar a la situación de excedencia. No puede calificarse como despido, en sentido legal y estricto y sobre todo con los efectos legales que son propios, sino se hace patente una decisión expresa o tácita de la empresa de extinguir la relación laboral con la ahora recurrente, pues una cosa es oponerse sin más al reingreso o sin aducir el motivo en que se ampare la negativa al mismo, y otra distinta no acceder a la reincorporación de la interesada indicando la razón impeditiva de su efectividad con base en circunstancias referidas a la existencia de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que si no es cierta o fundada, podrá neutralizarse por el excedente mediante la aportación de los oportunos medios probatorios que pongan de manifiesto la existencia real de un puesto de trabajo susceptible de ocuparse por éste, más en el marco del procedimiento declarativo ordinario, no en el de despido...." La sentencia termina señalando que, "en consecuencia, la acción que se ha ejercitado en el proceso no es la apropiada porque debería haberse promovido para obtener la declaración del derecho a ser la demandante reincorporada a un puesto de trabajo de sus características profesionales, y no en calidad de despido nulo."

5. A tenor de lo expuesto, y a juicio de esta Sala, concurre el requisito de contradicción entre sentencias que exige el artículo 219 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(RCL 2011, 1845\)](#) para la viabilidad del recurso de casación unificadora, pues en ambos casos se trata de trabajadoras en excedencia por cuidado de hijo, que solicitan el reingreso en la empresa tras superar el primer año de excedencia, sin que conste prueba de la inexistencia de vacantes. En el caso de la sentencia recurrida se considera adecuada la acción por despido ejercitada, mientras por el contrario en la sentencia de contraste se remite al proceso ordinario para el reconocimiento del derecho al reingreso.

SEGUNDO

1. La cuestión debatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, se centra en determinar -como ya se ha anticipado- si en el supuesto de una trabajadora en excedencia por cuidado de hijo, que tras haber superado el primer año de excedencia, solicita el reingreso en la empresa, ésta puede oponerse al reingreso alegando la inexistencia de vacante adecuada o similar a su categoría, y consecuencias, en su caso de la negativa a la reincorporación a la empresa.

2. El actual redactado del apartado 3 del artículo 46 del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997\)](#) en la redacción dada al mismo por la [Ley 4/1995, de 23 de marzo \(RCL 1995, 955 \)](#) , de regulación del permiso parental y por maternidad, tras establecer, que : "Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia, no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, a contar desde la fecha de nacimiento de éste.", dispone, en su párrafo tercero, que, "El período 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*

"

2. Del precepto transcrito se desprende que teniendo el trabajador derecho a una excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, en cuanto a las condiciones de reingreso en la empresa, se diferencian nítidamente, dos casos, pero partiendo de una premisa común, la reserva, en ambos casos, del puesto de trabajo. Así, durante el primer año, el trabajador tiene derecho a la reserva de "su puesto de trabajo". Pero si el período de excedencia se prolonga, la reserva queda referida "a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente". A juicio de la Sala, existe pues siempre reserva del puesto de trabajo, y en su consecuencia, por imperativo legal, la empresa está obligado a reservarlo, si bien durante el primer año la reserva es del mismo puesto de trabajo que el trabajador venía desempeñando, y una vez superado el primer año, la reserva queda referida un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, lo que, evidentemente, implica, que siendo incondicionado el reingreso en los dos casos, es decir, de manera automática, sin supeditación a la existencia de vacante, en el primer caso, durante el primer año de excedencia, el empresario deberá reservar el puesto de trabajo que ocupaba el trabajador en el momento de acceder a la excedencia y, en el segundo caso, si la excedencia se prolongase, al propio tiempo que el beneficio del trabajador es indudablemente menor, pues la reserva ya no es del puesto de trabajo que ocupaba, sino que la reserva es de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o equivalente, el empresario tiene una mayor capacidad de respuesta, ya que si bien está obligado al reingreso del trabajador cuando éste lo solicita, puede ofrecer al trabajador, no necesariamente su puesto de trabajo, sino uno de los puestos de trabajo que conforman el grupo profesional al que estaba adscrito el trabajador en excedencia o de categoría equivalente;

3. Pretende la empresa, en su recurso, la aplicación a la excedencia por cuidado de hijo, del régimen aplicable a las excedencias voluntarias, cuyo reingreso si está condicionado a la existencia de vacante, puesto que conforme al apartado 5 del propio artículo 46, en ese caso el trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubieran o se produjeran en la empresa - y de ahí que la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo, como recuerda la [sentencia de 25-10-2000 \(RJ 2000. 9676 \)](#) (rcud.3606/1998), haya calificado con frecuencia el derecho al puesto de trabajo del excedente voluntario común como un derecho potencial o «expectante» y no como un derecho ejercitable en el acto o momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso-, y por ello la empresa indica en su comunicación a la demandante que, "por el momento, no es posible su reincorporación a esta empresa al no existir ninguna vacante adecuada o similar a su categoría".

Lo cierto es, sin embargo, que si bien de forma expresa el repetido artículo 46. en su apartado primero sólo reconoce como forzosa la excedencia concedida "por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo", y la excedencia por **cuidado** de hijo es de naturaleza voluntaria, el tratamiento que le da el Legislador -en la exposición de motivos de la [Ley 4/1995, de 23 de marzo \(RCL 1995, 955\)](#), de regulación del permiso parental y por maternidad se dice que "es conveniente extender el régimen de excedencia forzosa regulado por la Ley a todo el período de excedencia establecido para atender al **cuidado** de los **hijos**"- computando el tiempo de excedencia a efecto de antigüedad y permitiéndose expresamente celebrar contratos de interinidad para sustituir al trabajador en excedencia, y los efectos jurídicos que despliega esta excedencia son los propios de la excedencia forzosa, apreciación a la que también nos lleva la doctrina constitucional, pues como ha señalado el [Tribunal Constitucional en su sentencia 26/2011, de 14 de marzo \(RTC 2011, 26 \)](#), dictada en caso similar, "la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales ([art. 14 CE \(RCL 1978, 2836 \)](#)), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia ([art. 39 CE](#)), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar".

4. En conclusión, si como ya hemos señalado, la excedencia por cuidado de hijo garantiza al trabajador el derecho a la reserva del puesto de trabajo en la empresa, no nos encontramos ante un derecho potencial o expectante que depende de la existencia de vacantes en la empresa, sino ante

un derecho ejercitable en el momento en que el trabajador excedente solicita su reincorporación a la empresa, al tener ésta la obligación de reservarle (conservarle) su puesto de trabajo durante el primer año o un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente si la excedencia se prolonga transcurrido el año, de manera que la negativa empresarial al reingreso alegando la inexistencia de vacante, lleva como consecuencia que la decisión empresarial sea calificada como un despido, sin necesidad de considerar si existe o no puesto vacante, ya que el puesto de trabajo del excedente, en los términos ya indicados ha de existir por imperativo legal; y como también a esta conclusión ha llegado la sentencia recurrida, declarando la nulidad del despido de la trabajadora demandante, en aplicación del artículo 55.5b) del Estatuto de los Trabajadores , hay que estimar que aquella y no la de contraste es la que contiene la doctrina correcta.

TERCERO

1. Los razonamientos precedentes conllevan, de acuerdo con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal, la desestimación del recurso y la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida, con pérdida del depósito constituido para recurrir, imposición de las costas a la empresa recurrente, y dando a las consignaciones, en su caso efectuadas, el destino legal acorde con los pronunciamientos de esta sentencia. (artículo 228 de la [Ley Reguladora de la Jurisdicción Social \(RCL 2011, 1845\)](#)).

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Rafael Budi Hurtado obrando en nombre y representación de la entidad "**HERMANDAD NACIONAL DE ARQUITECTOS SUPERIORES Y QUÍMICOS, MUTUALIDAD DE PREVISIÓN SOCIAL A PRIMA FIJA.**", contra la [sentencia de fecha 20 de diciembre de 2011 \(PROV 2012, 175407\)](#) , dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en recurso de suplicación núm. 2484/2011 , formulado contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de los de Bilbao , en autos núm. 130/2011, seguidos a instancia de D^a. Camino contra dicha recurrente y el **FONDO DE GARANTÍA SALARIAL**, en reclamación por Despido . Con imposición de costas a la parte recurrente, pérdida de depósito y dando a las consignaciones efectuadas el destino legal que corresponda.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jordi Agusti Julia hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.