

SOLICITUD DE REINGRESO TRAS EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJO QUE ES RECHAZADA POR INEXISTENCIA DE VACANTE. ¿QUÉ DEBE HACER EL TRABAJADOR?

Centro de Estudios Financieros

La cuestión que se plantea es clara, se trata de determinar qué ocurre en aquellos supuestos en que un trabajador en situación de excedencia por cuidado de hijo, una vez superado el primer año de excedencia, solicita el reingreso en la empresa y esta se opone alegando **inexistencia de vacante adecuada o similar** a su categoría. ¿Debe formular demanda por despido o ejercitar la acción de reingreso?

Tradicionalmente se ha venido considerando por la jurisprudencia que existe un criterio claro de diferenciación entre **despido** y **negativa al reingreso en la excedencia**, declarando que cuando el trabajador solicita el reingreso y la empresa no contesta su petición o la rechaza pretextando falta de vacantes o circunstancias análogas que no suponen el desconocimiento del vínculo existente entre las partes, el trabajador podrá ejercitar la acción de reingreso, mientras que cuando se produce una negativa rotunda e inequívoca que implica el rechazo de la existencia de la relación entre las partes, esta negativa no es ya únicamente un desconocimiento del derecho a la reincorporación, sino un rechazo de la existencia de algún vínculo entre las partes, debiendo ejercitarse frente a ella la acción de despido.

Estas vías son alternativas y no optativas, pues su utilización en uno y otro caso no queda al arbitrio del trabajador al que se niega su eventual derecho al reingreso; para que su pretensión alcance éxito, resulta obligado seguir **la procedente**, pues son distintas las reglas aplicables y las consecuencias que derivan de la diferente postura adoptada por la empresa al responder, expresa o tácitamente, a la petición efectuada por el excedente voluntario en orden a su reingreso.

Pero, ¿pueden aplicarse estos argumentos cuando hablamos de excedencia por cuidado de hijos?

La respuesta no parece tan fácil, puesto que el Tribunal Supremo en febrero de 2013 unificó doctrina en un sentido que no ha dudado en corregir 7 meses después cambiando su inicial criterio.

Como punto de partida, traemos a colación el **Art. 46.3** del Estatuto de los Trabajadores, el cual dice textualmente:

*“Los trabajadores tendrán derecho a un período de **excedencia** de duración no superior a **3 años** para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.”*

“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.”

Señala el TS en sentencia de 21-2-2013 que del precepto transcrito se desprende nítidamente, en cuanto a las condiciones de reingreso en la empresa, dos casos, pero partiendo de una premisa común, **la reserva**, en ambos, 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 siempre, por imperativo legal, **reserva del puesto de trabajo**, lo que evidentemente implica que **será incondicionado el reingreso** en los dos casos, de manera automática, sin supeditación a la existencia de vacante, ya que no nos encontramos ante un derecho potencial o expectante, sino ante un **derecho ejercitable** en el momento en que el trabajador excedente solicita su reincorporación, de manera que la negativa al reingreso alegando la inexistencia de vacante, traerá como consecuencia que la decisión empresarial sea calificada como un **despido nulo** en aplicación del **artículo 55.5 b)** del Estatuto de los Trabajadores.

Precisiones

Reitera el Alto Tribunal que el legislador ha puesto especial hincapié en la **necesidad de extender el régimen de la excedencia forzosa a todo el periodo de excedencia establecido para atender al cuidado de los hijos** (como se recoge en la exposición de motivos de la Ley 4/1995, de 23-3, regulador del permiso parental y por maternidad), apreciación que también recoge la doctrina constitucional al señalar que 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 de la CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (Art. 39 de la 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.

Pero, **¿de verdad una contestación de la empresa en el sentido de informar al trabajador sobre la inexistencia actual de vacantes equivale a un despido?**

Recuerda ahora el Supremo, en sentencia de 23-9-2013, que el despido -genérico y diversificable, por razón de su causa, en especies distintas- siempre tiene como elemental presupuesto la voluntad extintiva unilateralmente decidida por el empresario, cualquiera que sea la forma en que la misma se manifieste, incluso la tácita, aunque para esta última solo puede apreciarse a partir de «hechos suficientemente concluyentes a partir de los cuales pueda establecerse la voluntad extintiva del empresario». Voluntad extintiva que no se da en la frase «no es posible dicha reincorporación puesto que a la fecha no existe vacante de su categoría o grupo profesional»; antes al contrario, del texto de esta negativa empresarial a la reincorporación del excedente es deducible que no se niega la reincorporación en sí misma, sino su posibilidad actual; lo que no es extinguir el contrato de trabajo.

Este giro o nueva interpretación que trae consigo que la acción pertinente sea la de reingreso, no compromete, a juicio del magistrado, los valores constitucionales que están en juego tras la reincorporación al concluir la excedencia por cuidado de hijos (protección a la familia y derecho a la no discriminación), dando lugar a:

- El derecho del trabajador, por su reincorporación tardía, a una **indemnización de daños y perjuicios** que deberá cifrarse en los salarios dejados de percibir a causa de la conducta de incumplimiento.
- El **traslado de la carga al trabajador** de acreditar los daños y perjuicios superiores que considere se han producido.
- Que la fecha inicial del cómputo de los salarios indemnizatorios, si se ha formulado tempestivamente la petición de reingreso, se sitúe en la data de finalización del período de excedencia.
- Que la ejecución de la sentencia que declare el derecho -indiscutible- a la inmediata reincorporación goce de la protección -apremios- que es propia de la tutela ejecutiva (Art. 241 LRJS), siendo la correspondiente a los intereses constitucionales transgredidos por la decisión empresarial, alcanzándose así por esta vía una protección similar a la establecida para los supuestos de despido declarados nulos; con la ventaja añadida de para el ejercicio de la acción no opere plazo de caducidad de 20 días (Arts. 59.3 del ET y

103.1 de la LRJS), sino el tranquilizadamente más largo de **prescripción de un año** (Art. 59.1 del ET).