

Roj: STS 7498/2010  
 Id Cendoj: 28079140012010100852  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 77/2010  
 Nº de Resolución:  
 Procedimiento: SOCIAL  
 Ponente: JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Voces:**

- x JUBILACIÓN PARCIAL x
- x PRESTACIONES ECONÓMICAS (SEGURIDAD SOCIAL) x
- x CONTRATO DE RELEVO x
- x EXCEDENCIA VOLUNTARIA x
- x DEBERES (EMPRESARIO) x
- x SUSTITUCIÓN POR TRABAJADOR CONTRATADO x
- x SUSTITUCIONES x
- x VOTO PARTICULAR x

**Resumen:**

RCUD. Jubilación parcial. Relevista que pasa a excedencia para cuidado de un hijo menor. Obligación del empresario de contratar a un relevista sustituto y responsabilidad de pago de la prestación de jubilación parcial. Voto particular.

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a siete de Diciembre de dos mil diez.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. Trillo García en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada el 12 de noviembre de 2009 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en recurso de suplicación nº 356/09 , interpuesto contra la sentencia de fecha 14 de noviembre de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Alicante , en autos núm. 630/08, seguidos a instancias de CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRANEO contra el ahora recurrente y la TGSS sobre prestaciones económicas.

Ha comparecido en concepto de recurrido la CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRANEO representada por el procurador Sr. Rodríguez Nogueira.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 14-11-08 el Juzgado de lo Social nº 2 de Alicante dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º** .-D. Modesto , trabajador de la Caja de ahorros del Mediterráneo, pasó a situación de prestación parcial el 01-06-2006. En la misma fecha la empresa formalizó un contrato temporal de relevo a tiempo completo con Dña. Aida para sustituir al Sr. Modesto . **2º**.- El 07-01-2008 la Sra. Aida paso a situación de excedencia para cuidado de hijos. **3º**.- Por resolución del INSS de 27-05-2008 se acordó reclamar a la CAM el reintegro de la cantidad de 4.375,80 # en concepto de pago de la prestación por jubilación parcial del Sr. Modesto en el periodo 8-01-08 al 8-03- 08. **4º**.- Contra tal resolución la CAM interpuso reclamación previa el 02-07-2008, desestimada por resolución de 17-07-2008. **5º**.- El 29-10-2008 la CAM ingresó en la TGSS la cantidad de 4.375,80 #". En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda planteada por la CAJA de AHORROS del

MEDITERRANEO debo revocar y revoco la resolución del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de 27-05-2008 y las que traen causa de la misma, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por ello y a reintegrarle la cantidad de 4.375,80 #."

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por INSS ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, la cual dictó sentencia en fecha 12-11-2009 , en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Alicante de fecha 14 de noviembre de 2008 ; y en consecuencia confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas."

**TERCERO.-** Por la representación del INSS se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 27-01-2010, en el que se alega infracción de la *Disposición Adicional 2ª del R.D. 1131/2002, de 31 de octubre* en relación con el *art. 166 de la LGSS* . Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid de 26 de diciembre de 2008 (R-2316/08 ).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 24-06-2010 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, Dña. Mª Lourdes Arastey Sahún, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 30 de noviembre de 2010, fecha en que tuvo lugar, pero, al haber manifestado su oposición la Excm. Sra. Magistrada Ponente a la decisión mayoritaria de la Sala, y su intención de formular voto discrepante al respecto, se encomendó la redacción de la sentencia al Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez, con las consecuencias rectificadoras previstas en el *artículo 206.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* .

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El INSS se alza en casación para la unificación de doctrina frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 12 de noviembre de 2009 (rec. 356/2009 ). En ella se confirma la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Alicante. Ésta, a su vez, había estimado la demanda de la empresa que impugnaba la resolución administrativa del INSS que la declaraba responsable del pago de la pensión de judicial parcial de un trabajador suyo.

El recurso aporta, como sentencia de contraste, la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 26 de diciembre de 2008 (rec. 2316/2008 ).

En ambos casos se trata de determinar si existe responsabilidad para la empresa con relación al pago de la pensión de jubilación parcial durante el tiempo en que la trabajadora relevista está en situación de excedencia por cuidado de hijo y, en suma, cual haya de ser el alcance de lo establecido en la *Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre* , que regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial.

Se da en el presente caso la necesaria contradicción por la concurrencia los requisitos que el *art. 217 LPL* exige a efectos de la admisibilidad del recurso. Así, tanto en la sentencia recurrida, como en la de contraste se trata de trabajadores que acceden a la jubilación parcial antes de cumplir los 65 años de edad, las trabajadoras relevistas pasan a la situación de excedencia por cuidado de hijos y la empresa no procede a cubrir el puesto de trabajo.

Mientras que la sentencia recurrida razona que la situación no es comparable con la extinción del contrato de relevo y que, además, la situación de la relevista habría de producirse a través del contrato de interinidad; la Sala de Madrid sostiene que por cese ha de entenderse cualquier situación de desvinculación temporal o definitiva de la actividad laboral y que, por tanto, era obligatoria la cobertura del puesto.

**SEGUNDO.-** El recurso sostiene, en un solo motivo, que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en la ya mencionada Disp. Ad.2ª del RD 1131/2002, en relación con el *art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social* , y tal censura merece favorable acogida por las mismas razones que esta Sala expuso en su reciente sentencia de 4 de octubre de 2010, R. 4508/09 , cuyo íntegro contenido, por compartirlo y por elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, damos ahora por reproducido en su totalidad, en particular en lo que concierne al pormenorizado análisis que en ella se realiza de los diversos precedentes en los que también estaba en juego problemática similar y la misma

Disp. Ad 2ª, y en los que, unas veces para exonerar de responsabilidad al empresario y en otras ocasiones para declararla, siempre hemos mantenido una interpretación finalista en torno a la sustitución del trabajador relevista ( SSTS 29-5-2008, R. 1900/07 , 23-6-2008, R. 2930/07 , 16-9-2008, R. 3719/07 , 25-1-2010, R. 1245/09 , 18 y 20-5-2010 , R. 2165/09 y 3797/09 , 22-9-2010, R. 4166/09 , 25-2-2010, R. 1744/09 , y 8 y 9-7-2010 , R. 3147 y 3032/08 ).

Así pues, esta Sala reitera que, desde el punto de vista del cumplimiento de la finalidad de la norma (mantener el volumen de empleo en la empresa, en lo que concierne a las funciones laborales afectadas, hasta que cesa la situación de jubilación parcial del trabajador relevado), y salvo supuestos excepcionales de inviabilidad material de tal objetivo (por ejemplo, cuando concurren causas económicas sobrevenidas y justificadas que incidan en su logro, no así en cualquier situación de excedencia, voluntaria o no, del relevista), la obligación empresarial de mantener ese volumen de empleo se extiende hasta que el jubilado parcial (el trabajador relevado) alcance la edad que le permita acceder a la jubilación ordinaria o anticipada total.

*" En el caso de un segundo relevista sustituto, el contrato de relevo podrá tener, en efecto, un carácter de interinidad derivado de que su duración dependerá del reingreso en la empresa del primer relevista sustituido, siempre que se produzca antes de alcanzar la edad de jubilación ordinaria, pues también se especificará en el segundo contrato el nombre del sustituido y la causa de sustitución; pero este carácter de interinidad se superpone -no se contrapone- a la naturaleza del contrato a tiempo parcial en la modalidad de "relevo", que, repetimos, busca mantener el nivel de empleo en la empresa como contrapartida a unas prestaciones de jubilación contributiva que en otro caso la entidad gestora no tendría la obligación de satisfacer. En otras palabras, la interinidad modula la duración del segundo contrato del relevista sustituto, pero no desvirtúa la naturaleza del contrato de relevo en cuanto a su objeto y finalidad " ( TS 4-10-2010, R. 4508/09 ).*

La interinidad del segundo relevista, con independencia de que carezca de incidencia negativa alguna con respecto a las ventajas o garantías que puedan asistir al primero, sea cual fuere su sexo, cuando éste tenga derecho a disfrutar de una excedencia no voluntaria como la que aquí se analiza (cotización ficticia en algún supuesto *ex art. 180 LGSS* , cómputo de antigüedad en la empresa, derecho automático al reingreso, asistencia a cursos de formación, etc.), es la solución que mejor se acomoda a la precitada finalidad de esta institución porque siempre preserva el empleo en beneficio de quienes carecen de él, también al margen de su sexo, máxime si tenemos en cuenta que, no ya desde el punto de vista de la conservación del empleo sino incluso por la garantía de cotización que ello comporta, la solución contraria podría situar al sistema público de previsión social en una situación no querida por el legislador.

**TERCERO.-** Las anteriores consideraciones conducen a estimar el presente recurso, sin que haya lugar a una especial imposición de costas (*art. 233 LPL* ).

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

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 12 de noviembre de 2009, dictada en el recurso de suplicación nº 356/2009 . Casamos y anulamos dicha sentencia y, resolviendo el debate de suplicación, estimamos el recurso de tal naturaleza interpuesto en su día contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Alicante de fecha 14 de noviembre de 2008 y, con revocación de la misma, desestimamos la demanda. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo 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.

## Voto Particular

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. Dª Maria Lourdes Arastey Sahun, RESPECTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 7 de diciembre de 2010 en el (rcud. 77/2010 ).**

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina número **77/2010** para sostener la posición que mantuve en la deliberación, acogiéndome de esta forma a lo dispuesto en los arts. 206.1 LOPJ y 203 LEC.

Con la mayor consideración y respeto, discrepo del criterio adoptado por la mayoría de la Sala y entiendo que el recurso debió haber sido desestimado y matizada la doctrina sentada en la STS de 9 de julio de 2009 -rcud. 3032/2008 - para distinguir el supuesto de la excedencia por cuidado de hijo respecto de otras situaciones de cese de la actividad del trabajador relevista.

Pasaré a exponer mi discrepancia mediante argumentos que constaban en el proyecto de sentencia que fue rechazado, acomodando ahora ya tales razones a la fundamentación dada por la sentencia que finalmente expresa la decisión mayoritaria de la Sala.

Este Voto Particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

**PRIMERO.-** No hay discrepancia con la aceptación de la concurrencia del requisito de contradicción entre la sentencia recurrida y la que el INSS aporta como contraste. No cabe duda que el supuesto de la sentencia de contraste guarda en relación con el de la sentencia recurrida la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, al haber llegado con esa misma base las sentencias comparadas a decisiones contrapuestas.

**SEGUNDO.-** El recurso sostiene, en un solo motivo, que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en la Disp. Ad. 2ª del RD 1131/2002, en relación con el art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social .

Resulta pertinente recordar que la primera de tales normas señala: " 1. Si durante la vigencia del contrato de relevo, antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.

2. Si el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada y no se procediera a su readmisión, la empresa deberá ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo y, de no ser aceptada por éste dicha ampliación, deberá contratar a otro trabajador en quien concurren las circunstancias a que se refiere el apartado anterior.

En el supuesto de que la jornada de trabajo del relevista fuera superior a la jornada dejada vacante, la ampliación a la que se refiere el párrafo anterior tendrá como límite la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada ordinaria máxima legal.

3. Las nuevas contrataciones deberán hacerse en la modalidad de contrato de relevo, tanto si se trata de sustituir al relevista como si se trata de sustituir al trabajador que había reducido parcialmente su jornada de trabajo.

En ambos casos, los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese o, en su caso, la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido.

La jornada pactada en los nuevos contratos será, como mínimo, igual a la que realizaba, en el momento de producirse la extinción, el trabajador cuyo contrato se ha extinguido.

4. En el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la Entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada".

La norma transcrita ha sido objeto de varios pronunciamientos de esta Sala IV para afirmar:

1.- Que la previsión en ella contenida no tiene naturaleza sancionadora. Si bien en las STS de 29 de mayo -rcud. 1900/2007 -, 23 de junio -rcud. 2335/2007 - y 16 de septiembre de 2008 -rcud. 3719/2007 -se había atribuido tal naturaleza, a partir de la STS de 8 de julio de 2009 -rcud. 3147/2008 - hemos venido reiterando que la citada disposición constituye " un precepto regulador de la responsabilidad civil que se

*deriva del incumplimiento por parte del empleador de su obligación de mantener a un relevista durante todo el tiempo que media entre la jubilación parcial de uno de sus trabajadores y la jubilación ordinaria, o la anticipada, de éste".*

La conclusión que se derivaba de la negación del carácter punitivo es que la Disp. Ad. 2ª del RD 1131/2002 no había incurrido en exceso reglamentario, ni en vulneración de los principio de legalidad y tipicidad ( STS de 9 de febrero de 2010- rcud. 2334/2009 -, reiterada en las STS de 13 de marzo - rcud. 2244/2009 -, 13 de abril -rcud. 2590/2009 -, 6 de julio -rcud. 3421/2009 - y 8 de julio de 2010 - rcud. 3442/2009 -).

2.- Que el plazo de quince días del apartado 3 de la Disp. Ad. 2ª RD 1131/2002 es imperativo y apunta a una obligación de resultado, por lo que la empresa no queda exonerada con el mero hecho de haber gestionado la contratación de trabajadores a través de la Oficina de Empleo ( STS de 9 de febrero de 2010 - rcud. 2334/2009 - y 13 de marzo de 2010 - rcud. 2244/2009 -, antes citadas).

3.- Que no cabe exigir a la empresa que contrate a un trabajador relevista cuando los contratos de trabajo conexos - el del trabajador jubilado parcialmente y el del relevista- han quedado afectados por la aprobación de un expediente de regulación de empleo que autorizaba la extinción de ambos contratos ( STS de 29 de mayo - rcud. 1900/2007 -, 23 de junio -rcud. 2335/2007 y 2930/2007 -, 16 de septiembre -rcud. 3719/2007 - y 19 de septiembre de 2008 -rcud. 3804/2007 -).

4.- Por último, en relación a la cuestión de qué haya de entenderse por cese del relevista, a los efectos de configurar los supuestos en que nace la obligación empresarial del apartado 4 en cuestión, dejando a salvo la particular situación analizada en las STS de 25 de enero -rcud. 1245/2009 - y 20 de mayo de 2010 -rcud. 3797/2009- (en supuesto de subrogación del trabajador relevista por parte de una tercera empresa), la STS de 9 de julio de 2009 -rcud. 3032/2008 - declaró que el término cese " *no es necesariamente equivalente a los supuestos de extinción de la relación laboral del art. 49 ET* ".

De ahí que la Sala se decantara por una interpretación extensiva que comprendiera tanto los supuestos de cese definitivo como temporal. La razón que se daba era que " *La institución de la jubilación parcial, indisolublemente ligada al contrato de relevo en nuestro ordenamiento jurídico, persigue un doble propósito: por una parte, facilitar la transición progresiva de la vida activa al retiro, y por otra mantener al mismo tiempo en beneficio de un trabajador relevista el empleo o puesto de trabajo parcialmente vacante como consecuencia de la jubilación parcial* "

Por ello en aquella sentencia se concluía que también en los casos en que el relevista pase a la situación de excedencia voluntaria será exigible a la empresa la obligación de efectuar una nueva contratación en la modalidad de contrato de relevo.

**TERCERO.-** En el presente caso se dan unas circunstancias hasta ahora no analizadas por la Sala (y ello porque la STS de 4 de octubre de 2010 -rcud. 4508/2009 -, sobre la que se apoya el criterio mayoritario de la Sala, no hizo matización al respecto) pues la situación del relevista no es coincidente con la que motivaba aquella interpretación extensiva de la sentencia de 9 de julio de 2009 .

En el litigio que aquí se resuelve la trabajadora relevista pasó a la situación de excedencia por cuidado de hijo cuyo régimen jurídico no es coincidente con el de la excedencia voluntaria. Por ello debía examinarse si, pese a esa falta de paralelismo, ha de ser coincidente la solución a alcanzar, a los efectos del apartado 4 de la Disp. Ad. 2ª RD 1131/2002.

La excedencia para el cuidado de hijo o menor acogido y para el de otros familiares está regulada en el *art. 46.3 del ET* hoy vigente y es el resultado de la modificación producida por la *Ley 39/1999, de 5 de noviembre* , para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, así como de las ulteriores modificaciones llevadas a cabo por la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre* , de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, por la *Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección* a las familias numerosas y por la *L.O. 3/2007, de 22 de marzo* , para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La distinción tradicional entre excedencia forzosa y excedencia voluntaria había colocado siempre en el último grupo a la suspensión del contrato para el cuidado de hijo, de suerte que este tipo de excedencia no llevaba aparejado el singular beneficio de la excedencia forzosa que no es otro que el de la reincorporación sin dificultad del trabajador excedente al mismo puesto de trabajo que venía ocupando antes de la suspensión. La literalidad del texto originario del *art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores de 1980* no contenía calificación alguna de la excedencia por cuidado de hijo. Ello conducía a entender que

sólo la excedencia forzosa del apartado 1 del mismo permitir la reserva del puesto de trabajo, quedando para los demás supuestos el derecho " *preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa*" (apartado 5).

La *Ley 3/1989, de 3 de marzo, de ampliación a dieciséis semanas el permiso por maternidad y de establecimiento medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo*, vino a dibujar un panorama distinto al reconocer el derecho a la reserva de puesto durante el primer año de excedencia. Distinguía así entre una fase de excedencia forzosa y otra de naturaleza voluntaria, al señalar el segundo párrafo del art. 46.3 ET lo siguiente: " *Durante el primer año, a partir del inicio de cada situación de excedencia, el trabajador tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo y a que el citado período sea computado a efectos de antigüedad. Finalizado el mismo, y hasta la terminación del período de excedencia, serán de aplicación, salvo pacto colectivo o individual en contrario, las normas que regulan la excedencia voluntaria*".

Pero la mención a la excedencia voluntaria desapareció a raíz de la *Ley 4/1995, de 23 de marzo*, que regula el permiso parental y por maternidad en materia de excedencia para el cuidado de los hijos.

Desde entonces el legislador elude la calificación. Sin embargo, la excedencia por cuidado de hijos no puede considerarse como excedencia voluntaria porque responde a una causa legal que, en todo caso, merece un tratamiento más próximo al de la excedencia forzosa que al de la voluntaria. Estamos ante una figura específica, diferente de la excedencia voluntaria y de la forzosa; ya que ni siquiera en la segunda fase de la misma - más allá del primer año- el régimen de reingreso se asimila al del excedente voluntario, pues - con acomodo al mandato de la *cláusula 2.5 de la Directiva 96/34 /CE-* la reincorporación no puede quedar condicionada a la existencia de vacante, como ocurre con la excedencia voluntaria. La única diferencia entre la del primer año y las restantes fases del período de excedencia es que, a partir del primer año, no queda asegurado el mismo puesto de trabajo.

**CUARTO.-** Esta distinción deviene trascendente en este caso ya que la situación de excedencia por cuidado de hijo del relevista no supone una merma en el volumen de empleo y, por ello, no cabe entender que se esté contraviniendo la finalidad de la norma sobre jubilación parcial.

En estos supuestos el excedente mantiene vigente el vínculo contractual, no solo porque se trata de una situación de suspensión del contrato de trabajo, sino porque es una situación de suspensión cualificada en tanto la ruptura de las obligaciones de la empresa no es completa y tampoco es absoluta la desvinculación del trabajador. Así, a parte de la relación de Seguridad Social (asimilación al alta -salvo para las prestaciones de incapacidad temporal y maternidad- y consideración de cotización del primer año, *ex art. 180 LGSS, tras la modificación operada por la LO 3/2007*) y además de que el empresario tiene la obligación de reincorporación inmediata sin esperar que exista vacante, el tiempo permanecido en excedencia se computa a efectos de antigüedad, y, asimismo, se reconoce al trabajador el derecho a la asistencia de cursos de formación profesional con la consiguiente obligación empresarial al respecto.

Todo ello hace que hayamos de diferenciar el supuesto de excedencia para el cuidado de hijo del caso de la excedencia voluntaria del relevista y no equiparar la primera a un cese que obligue a la empresa a efectuar un nuevo contrato de relevo.

**QUINTO.-** A lo dicho hay que añadir el argumento relativo a la perspectiva de género que, a tenor del mandato del *art. 4 LO 3/2007*, cabe adoptar a la hora de efectuar la interpretación normativa en relación con situaciones en que están en juego instituciones jurídicas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva de hombres y mujeres, como es el caso de las figuras de conciliación de la vida laboral y familiar.

Es un hecho notorio que la excedencia por cuidado de hijos es mayoritariamente utilizada por las trabajadoras y resulta asimismo evidente que una interpretación de la Disp. Ad. 2ª del RD 1131/2002 que en estos casos mantenga para las empresas la obligación del apartado 4 podría actuar disuasoriamente a la hora de contratar a trabajadoras relevistas a favor de la contratación de trabajadores masculinos. Por ello, una norma aparentemente neutra, interpretada sin matizar el alcance sobre la situación real, podría producir un trato desfavorable que el principio general que el citado *art. 4 LOI* dispone trata de evitar.

Pero es que, a mayor abundamiento, las instituciones de conciliación actúan como instrumentos de igualdad con independencia de que el ejercicio del derecho a las mismas sea ejercitado por hombres. El mismo efecto pernicioso producirá la consecuencia alcanzada por la solución por la que se decanta la Sala aun cuando el relevista se sitúe en excedencia por cuidado de hijo o familiares siendo varón, pues lo que se está dificultando es la asunción de la corresponsabilidad familiar (*art. 44.1 LO 3/2007*).

**SEXTO.-** La doctrina correcta era la que se establecía en la sentencia recurrida y por ello, como sostuvo el Ministerio Fiscal, debió desestimarse el recurso del INSS, sin costas.

En Madrid a 7 de diciembre de 2010

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Jose Luis Gilolmo Lopez asi como el voto particular formulado por la Excma. Sra. Doña Maria Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.