



Roj: **STS 5405/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:5405**

Id Cendoj: **28079140012013100702**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/09/2013**

Nº de Recurso: **2043/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Septiembre de dos mil trece.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Pedro Miguel frente a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en fecha 29/Mayo/2012 [recurso de Suplicación nº 1278/2012 ], que resolvió el formulado por la misma parte contra Amador , FOGASA Y BREADY'S FACTORY, S.A. frente a la sentencia pronunciada en 18/Enero/2012 por el Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Bilbao [autos 901/11], sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de enero de 2012 el Juzgado de lo Social núm. 5 de Bilbao dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que con estimación de las excepciones de falta de acción e inadecuación de procedimiento en la demanda interpuesta por Pedro Miguel frente a Bready S Factory, S.A. en materia de Despido, debo absolver como absuelvo a la demanda de los pedimentos contenidos en el escrito de demanda".

**SEGUNDO.-** En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "PRIMERO: El demandante viene prestando servicios para la demandada desde el 07-09-2005, con la categoría de Especialista y salario de 1.394,45 euros incluida la prorrata de pagas extras.- SEGUNDO: Las partes se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo de Panaderías de Bizkaia.- TERCERO: Su trayectoria profesional se inició a través de la empresa Laborínan desde el 07-09-2005 hasta el 25-12-2005, fecha en la que pasó a ser contratado directamente por la empresa demandada.- CUARTO: La empresa se encuentra en proceso de Concurso Voluntario según Auto de fecha 11-05-2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao .- QUINTO: Desde el 29-01-2009 se encuentra en situación de excedencia voluntaria para cuidado de su hija Maider al amparo de lo dispuesto en el Art. 46.3 del ET habiendo solicitado prórrogas hasta el 01-10-2011.- Comunicó a la empresa mediante escrito su intención de reincorporarse a la empresa con fecha 03-10-2011 interesando una reducción de jornada del 50% por cuidado de menor de 8 años.- SEXTO: Con fecha 28-09-2011 recibió burofax de la empresa del siguiente tenor literal: Muy Señor mío; Sirva la presente para acusar recibo de su comunicación en la que se solicita la incorporación a la empresa con fecha 03/10/2011 y a la vista de su contenido indicarle que no es posible dicha reincorporación puesto que a la fecha no existe vacante de su categoría o grupo profesional.- Sin otro particular, reciba un cordial saludo."- SÉPTIMO: Que no obstante instar este procedimiento de despido ha interpuesto el actor demanda en procedimiento ordinario para reingresar en la empresa que ha recaído en el Juzgado de lo social nº 2 de los de Bilbao teniendo citación a juicio con fecha 14 de marzo del 2012.- OCTAVO: Según manifiesta la actora aunque no lo indicaba en la demanda, el actor ha solicitado excedencias para dos hijas. La primera del 23 de octubre del 2007 hasta el 28 de enero del 2009 y para la segunda hija del 29 de enero del 2009 hasta la reincorporación solicitada.- NOVENO; El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal o miembro del Comité de



Empresa.- DÉCIMO: Con fecha 04-11-2011 se celebró el preceptivo Acto de Conciliación con el resultado de Intentado sin Efecto".

**TERCERO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de D. Pedro Miguel , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, la cual dictó sentencia en fecha 29 de mayo de 2012 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Se desestima el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Bilbao de 18-1-12 , procedimiento 901/11, por doña Mainer Katti Aguirre Lizarraga, abogado que actúa en nombre y representación de don Pedro Miguel , la que se confirma en su integridad, sin hacer pronunciamiento sobre costas".

**CUARTO.-** Por la representación procesal de D. Pedro Miguel se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 13 de junio de 2011 (Rec. 1124/2011 ).

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 10 de julio de 2.013, suspendiéndose el mismo y señalándose para el día 17 de septiembre de 2013, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- La STSJ País Vasco 29/Mayo/2012 [rec. 1278/12 ] confirmó la que en instancia había pronunciado el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Bilbao en 18/01/12 [autos 55/12] y por la que había desestimado la demanda que por despido había sido formulada. El supuesto que era objeto de debate básicamente se reducía al siguiente: a) el actor se hallaba en situación de excedencia por cuidado de una hija menor de tres años desde el 29/01/09 y hasta el 01/10/11; b) habiendo comunicado a la empresa su voluntad de reincorporarse el 03/10/11, recibió respuesta por la que se le indica que «no es posible dicha reincorporación puesto que a la fecha no existe vacante de su categoría o grupo profesional».

2.- El Juzgado de lo Social había desestimado por considerar que «no estamos ante un despido sino ante una acción de derecho al reingreso», por lo que acoge las excepciones de falta de acción e inadecuación de procedimiento. Y en confirmación de tal criterio, el TSJ argumenta que «[c]oincidimos con la parte actora en que nos encontramos ante una excedencia que no otorga un derecho preferente a la reincorporación sino un derecho directo sin contradicción a reintegrarse en la empresa aunque no en el mismo puesto, pero sí en otro del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Así lo establece el art. 46, 3» .... «[p]ero dicho todo lo anterior, también es lo cierto que la empresa no niega sino que opone una causa con la que pretende justificar su negativa, y en tal caso no enuncia una posible extinción del contrato de trabajo, ni cabe deducirla»; y «[s]i tenemos en cuenta la constante doctrina ( TS 22-11-07, recurso 2364/06 ), que priva de acción de despido a los supuestos en los que el trabajador obtiene una negativa al reingreso sin implicar una extinción de su contrato de trabajo, concluiremos con la confirmación de la sentencia recurrida, al no existir una contestación por parte del empresario que integre una extinción del contrato».

**SEGUNDO.-** 1.- La decisión del TSJ se recurre en unificación de doctrina, con denuncia de haberse infringido los arts. 46.3 , 54.1 , 55 [apartados 5 y 6 ] y 56.1 ET, así como 108 [apartados 1 y 2 ] , 110.1 y 113 LRJS ; y aportando como decisión de contraste la STJ Galicia 13/06/11 [rec. 1124/11].

2.- El art. 219 LRJS [como anteriormente el art. 217 LPL ] exige -para la viabilidad del RCUd-que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales (recientes, SSTS 03/07/13 -rcud 2939/12 -; 08/07/13 -rcud 2129/12 -; y 09/07/13 -rcud 2060/12 -). Requisito de procedibilidad que - contrariamente a lo afirmando en el escrito de impugnación del recurso- concurre indubitadamente en autos, pues también en la decisión referencial se debatía un supuesto de solicitud de reingreso tras excedencia por cuidado de hijo y que la empresa había denegado con afirmación -igual a la de autos- de que a la referida fecha no existían plazas vacantes de la correspondiente categoría; pero muy diversamente a la sentencia recurrida, la de contraste considera que la negativa a readmitir integra despido y que el mismo tiene la consideración legal de nulo.

**TERCERO.-** 1.- La cuestión que se plantea en las presentes actuaciones consiste en determinar si en el supuesto de excedencia por cuidado de hijo, ex art. 46.3 ET [tras la reforma operada por la Ley 4/1995, de 23/ Marzo], la empresa puede oponerse a la solicitud de reingreso alegando la inexistencia de vacante, y -en su caso- las consecuencias que han de ligarse a dicha negativa a la reincorporación.



2.- La respuesta tradicional a la cuestión que se suscita -acciones ejercitables frente a la negativa empresarial a reincorporar al trabajador tras la excedencia- es, efectivamente, la que se señala en la decisión recurrida, pues siempre ha sido criterio de la Sala que el trabajador excedente puede ejercitar la acción de despido [si el empresario se niega rotunda e incondicionadamente al reingreso] y en su caso la de reconocimiento del derecho a la ocupación efectiva [si el empresario pospone la reincorporación demorándola injustificadamente] (así se ha indicado desde las SSTs 25/01/88 Ar. 45 y 27/10/88 Ar. 8167; y se ha mantenido uniformemente en el tiempo, hasta las más recientes de 22/11/07 -rcud 2364/06- y 29/06/10 -rcud 4329/09-). Y al efecto se argumentaba 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, y la acción que debe ser ejercitada frente a ella es la de despido» (en unificación de doctrina, SSTs 19/10/94 -rcud 790/94 -; 22/05/96 -rcud 3602/95 -; 30/06/00 -rcud 3405/99 -; y 22/11/07 -rcud 2364/06 -). Añadiéndose que tales vías son alternativas y no optativas, pues «la utilización en uno y otro caso de las mencionadas vías 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» ( SSTs 23/01/96 -rcud 2507/95 -; y 21/12/00 -rcud 856/00 -).

3.- No puede negarse, como con acierto señala el Ministerio Fiscal en su razonado informe, que en cercana sentencia de 21/02/13 [rcud 740/12 ] nos hemos inclinado por considerar que la doctrina tradicional de la Sala es inaplicable a la excedencia que contempla el art. 46.3 ET en su redacción desde la Ley 4/1995 [23/Marzo], al disponer -contrariamente a lo previsto para la excedencia voluntaria ordinaria- que el trabajador excedente por cuidado de hijos menores «[d]urante 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». Y que a la vista del precepto indicábamos en nuestro recién aludido precedente - y nuevamente lo reiteramos- que «[d]el 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"».

4.- Añade la indicada resolución -con argumentos por completo coincidentes con los expresados por el Ministerio Fiscal en las presentes actuaciones y que también ahora hacemos nuestros- 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 ... 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 , 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 ), 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". Y que «[e]n conclusión ... 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 reservar [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».

5.- Pero en lo que ahora discrepamos -y con ello volvemos a la línea jurisprudencial seguida hasta aquella sentencia- es de su conclusión: «... 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» y que -en consecuencia- procede declarar «la nulidad del despido de la trabajadora demandante, en aplicación del artículo 55.5. b) del Estatuto de los Trabajadores ». A nuestro entender, el derecho incuestionable al mismo puesto de trabajo o equivalente que le corresponde al excedente ex art. 46.3 ET supone la menos incuestionable nulidad de la negativa empresarial, pero no hay



que olvidar que también afirmación compartida por toda la doctrina y jurisprudencia 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 (entre las recientes, vid. SSTs 14/05/07 -rcud 85/06 -; 07/12/09 -rcud 2686/08 -; y 16/07/12 -rcud 2005/11 -), incluso la tácita, aunque para esta última hemos señalado que sólo puede apreciarse la existencia de un despido tácito a partir de «hechos suficientemente concluyentes a partir de los cuales pueda establecerse la voluntad extintiva del empresario» [ SSTs 24/04/86 Ar. 2241 ; 17/07/86 Ar. 4170 ; 04/12/89 Ar. 8925 ; 20/02/91 Ar. 1274] ( STS 01/06/04 -rcud 3693/03 -). Voluntad extintiva que no apreciamos 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. Y con mayor motivo cuando además se niega - como luego veremos- la aplicación del derecho de automática reincorporación previsto en el tan citado art. 46.3 ET , porque -se dice- el trabajador había superado los tres años de excedencia.

**CUARTO.-** 1.- La importancia de 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] no sufre compromiso alguno por la solución -acción de reingreso- tradicional de la Sala, siendo así que:

a).- El incumplimiento del deber de reincorporación supondría -en atinado resumen llevado a cabo por la STS 14/03/95 rcud 1300/94 - que: «1) se presume que la reincorporación tardía del trabajador excedente da lugar a una indemnización de daños y perjuicios; 2) la cuantía de la indemnización se cifra en principio en los salarios dejados de percibir a causa de la conducta de incumplimiento...; 3) corresponde al trabajador la acreditación de daños y perjuicios superiores que considere se han producido; y 4) corresponde al empresario la acreditación de los hechos impeditivos de las indemnizaciones reclamadas». Y en todo caso ha de tenerse en cuenta que la fecha inicial del cómputo de los salarios indemnizatorios, si se ha formulado tempestivamente la petición de reingreso, ha de situarse en la data de finalización del período de excedencia ( SSTs 13/02/98 -rcud 1076/98 -; 28/05/08 -rcud 563/07 -; 09/06/09 -rcud 3322/08 -; y 03/12/09 -rcud 4016/08 -).

b).- Tampoco nos ofrece duda que la ejecución de la sentencia que declare el derecho -indiscutible- a la inmediata reincorporación habría de gozar de la protección -apremios- que es propia de la tutela ejecutiva [ art. 241 LRJS ] y que sería 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 despido declarados nulos; con la ventaja añadida de para el ejercicio de la acción no opera el corto plazo de caducidad de veinte días [ arts. 59.3 ET y 103.1 LRJS ], sino el tranquilizadamente más largo de prescripción al año [ art. 59. 1 ET ].

2.- En último término procede salir al paso del argumento que se utiliza en la impugnación del recurso, respecto de la inaplicación del régimen de obligada readmisión previsto en el art. 46.3 ET porque el actor había superado el plazo legal de tres años en la duración de la excedencia, siendo así que con tal planteamiento se incurre en el rechazable vicio procesal de la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida, pues ello «sería tanto como pretender la revisión de la actividad probatoria y, especialmente, de la valoración de la prueba realizada en la instancia, que corresponde exclusivamente a ésta» (así, SSTs 15/03/07 -rcu 44/06 -; ... 16/05/11 -rcud 2727/10 -; 22/12/11 -rcu 216/10 -; y 12/12/12 -rcu 294/11 -). Porque la sentencia recurrida parte del hecho declarado probado -ordinal quinto- de que la debatida es una excedencia que el trabajador disfrutó -«para cuidado de su hija Maider»- exclusivamente desde el 29/01/09 al 01/10/11.

**QUINTO.-** Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia recurrida y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada. Sin imposición de costas [ art. 235.1 LRJS ].

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 la representación de Don Pedro Miguel y confirmamos la sentencia dictada por el TSJ del País Vasco en fecha 29/Mayo/2012 [recurso de Suplicación nº 1278/12 ], que a su vez había confirmado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 18/Enero/2012 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Bilbao [autos 55/12], declarando ajustada a derecho la absolución de «BREADY#S FACTORY, S.A.», Don Amador y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, por haberse apreciado las excepciones de falta de acción e inadecuación de procedimiento.



Sin imposición de costas en ninguna de las instancias.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social 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. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ