



Roj: **STS 3830/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3830**

Id Cendoj: **28079149912022100080**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **07/10/2022**

Nº de Recurso: **293/2020**

Nº de Resolución: **818/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJSO 2676/2019,**
STSJ AS 2106/2019,
STS 3830/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 818/2022

Fecha de sentencia: 07/10/2022

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 293/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/09/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Procedencia: T.S.J. ASTURIAS SALA SOCIAL

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

Transcrito por: MCP

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 293/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 818/2022

Excmas. Sras. y Excmos. Sres.

D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a Rosa María Virolés Piñol



D. Antonio V. Sempere Navarro
D. Ángel Blasco Pellicer
D. Sebastián Moralo Gallego
D.ª Concepción Rosario Ureste García
D. Juan Molins García-Atance
D. Ricardo Bodas Martín
D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 7 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Juan Ignacio Castañón Suárez, en nombre y representación de Dª María Teresa , contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en fecha 12 de noviembre de 2019, en recurso de suplicación nº 1933/2019, interpuesto contra la sentencia de fecha 10 de mayo de 2019, dictada por el Juzgado de la Social número Seis de Oviedo, en autos nº 197/2019, seguidos a instancia de Dª María Teresa contra Dª María Purificación y contra el Fondo de Garantía Salarial, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido Dª María Purificación , representada y asistida por el letrado D. Roberto Leiras Montañés.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de mayo de 2019, el Juzgado de lo Social número Seis de Oviedo, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda presentada por Dª María Teresa contra Dª María Purificación y el Fondo de Garantía Salarial en materia de despido, debo absolver y absuelvo a las demandadas citadas de las pretensiones ejercitadas contra el mismo en el presente procedimiento"

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes:

1º. Dª Ana comenzó a prestar servicios para Dª María Purificación el 02-10-06 mediante un **contrato** de duración indefinida a tiempo parcial a razón de 27 horas semanales como empleada de hogar, con un salario bruto diario en cómputo anual de 24,22 euros.

2º. La demandante solicitó el 13-09-18 una excedencia voluntaria desde el 29-10-18 hasta el 31-01-19, la que le fue concedida pero hasta el 28-02-19 por el mínimo legal establecido de cuatro meses.

3º. El 06-11-18, la demanda celebró un **contrato** de duración indefinida con otra trabajadora como empleada de hogar, a tiempo parcial a razón de 80 horas mensuales.

4º. Solicitada por la actora la reincorporación a su puesto de **trabajo** con fecha 04-02-19, por parte de la empresa se contestó el 06-02-19 en el siguiente sentido: "En contestación a su escrito de solicitud de reingreso por finalización del período de excedencia voluntaria, recibido el día de ayer le comunicamos que en estos momentos es imposible su reincorporación al no existir en la empresa una vacante acorde a su categoría profesional".

5º. Por la demandante se presentó solicitud de celebración de acto de conciliación por despido improcedente, el que se celebró el 19-03-19 con la asistencia de ambas partes, no alcanzándose un acuerdo entre ellos por lo que finalizó sin avenencia.

6º. La demandante no ostenta ni ha ostentado cargo sindical ni representativo ninguno.

7º . En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación letrada de Dª María Teresa , se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, dictó sentencia en fecha 12 de noviembre de 2019, en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Dª María Teresa , contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2019 por el Juzgado de lo Social nº 6 de Oviedo, en los autos núm. 197/2019, seguidos a su instancia contra Dª María Purificación , sobre despido y, en su consecuencia, confirmamos en todos sus pronunciamientos la resolución judicial recurrida. Sin costas".



CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, por la representación letrada de D^a María Teresa, se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 5 de abril de 2019 (recurso nº 621/2019).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso y habiendo sido impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar la improcedencia del recurso, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 29 de junio de 2022.

SEXTO.- Por providencia de 26 de junio de 2020 y dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se acordó su debate por la Sala en Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A tal efecto se suspendió el señalamiento acordado para el 29 de junio, trasladando el mismo para el día 21 de septiembre actual, convocándose a todos los Magistrados de esta Sala, en cuya fecha tuvo lugar.

SÉPTIMO.- En dicho acto, el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín, señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que por la Excmo. Sra. Presidenta, D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga, le encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Juan Molins García- Atance.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El debate suscitado en este recurso de casación unificadora radica en determinar si la modalidad procesal de despido es adecuada para resolver la presente demanda o si deben anularse las actuaciones para que se tramite conforme al procedimiento ordinario.

Los extremos esenciales para centrar la controversia son los siguientes:

- a) La actora prestaba servicios como empleada de hogar con una jornada de **trabajo** de 27 horas semanales. Inició una excedencia voluntaria el día 29 de octubre de 2018.
- b) El titular del hogar familiar suscribió un **contrato** de duración indefinida con otra empleada de hogar en fecha 6 de noviembre de 2018, con una jornada de **trabajo** de 80 horas mensuales.
- c) Cuando la excedencia finalizó, en fecha 4 de febrero de 2019, la demandante solicitó el reintegro en la empresa. El empleador le contestó: "en estos momentos es imposible su reincorporación al no existir en la empresa una vacante acorde a su categoría profesional".
- d) La trabajadora interpuso demanda contra el empleador. En los hechos del escrito de demanda manifestó que la afirmación de la empresa relativa a la inexistencia de vacantes no era cierta porque "si se ha contratado personal nuevo ha de ser con mis mismas condiciones laborales. Así, tal comunicación de denegación de reintegro es equivalente a un despido, por ser incierta la causa alegada e inequívoca la voluntad de denegarme la reincorporación a mi puesto de **trabajo**". En el suplico de la demanda solicitaba que se declarase la improcedencia del despido "con las consecuencias indemnizatorias legales".
- e) La sentencia dictada por el juzgado de lo social desestimó la demanda de despido.
- f) La trabajadora interpuso recurso de suplicación con dos motivos. En el primero reiteró que hubo un despido tácito. Y en el segundo manifestó que debía haber ejercitado la acción de reintegro y no la de despido, lo que debía haberse subsanado al amparo del art. 102 de la LRJS.
- g) La sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha 12 de noviembre de 2019, recurso 1933/2019, desestimó ambos motivos: confirmó la inexistencia de un despido tácito argumentando que en la comunicación de la empresa no se advertía negativa alguna al reintegro; y negó que se hubiera producido una inadecuación de procedimiento.

2.- Contra ella recurre en casación para la unificación de la doctrina la parte demandante. La recurrente invocó dos sentencias de contraste: la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja en fecha 31 de enero de 2019, recurso 6/2019 y la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 5 de abril de 2019, recurso 621/2019. Se le requirió para que optase por una de ellas y optó por la más moderna: la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

La parte recurrente formula un único motivo en el que denuncia la infracción del art. 207.e) en relación con el art. 102 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), alegando que, al no ser idóneo el



procedimiento de despido, debió acordarse la nulidad de actuaciones para que se tramitara un procedimiento ordinario.

3.- La parte demandada presentó escrito de impugnación del recurso de casación unificadora en el que argumenta que el escrito de interposición del recurso no contiene ninguna argumentación relativa a la sentencia de contraste dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 5 de abril de 2019, recurso 621/2019. En cuanto al fondo, sostiene que la sentencia recurrida contiene la doctrina ajustada a derecho.

El Ministerio Fiscal emitió informe en contra de la estimación del recurso.

SEGUNDO.- 1.- En primer lugar, debemos examinar la alegación de la parte demandada relativa a que el escrito de interposición del recurso de casación unificadora incumplió los requisitos formales.

El art. 221.2.a) de la LRJS establece que el escrito de preparación del recurso de casación para la unificación de doctrina debe "[e]xponer cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos."

El art. 224.1.a) de la LRJS estatuye que el escrito de interposición del recurso debe contener "[u]na relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada en los términos de la letra a) del apartado 2 del artículo 221, evidenciando que concurre la sustancial contradicción de sentencias y argumentando sobre la concurrencia de las identidades del artículo 219."

El art. 225.4 de la LRJS regula la siguiente causa de inadmisión: "el incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para preparar o interponer el recurso".

Este requisito lo ha exigido esta sala en numerosas sentencias: de 13 de octubre de 2011, recurso 4019/2010; 16 de septiembre de 2013, recurso 1636/2012; 21 de febrero de 2017, recurso 3728/2015; y 7 de julio de 2022, recurso 3442/2019.

Reiterada doctrina jurisprudencial sostiene que el incumplimiento de la exigencia prevista en el art. 224.1.a) de la LRJS constituye un defecto insubsanable (por todas, sentencias del TS de 8 de junio de 2017, recurso 1365/2015; 23 de enero de 2019, recurso 3193/2016; y 6 de julio de 2022, recurso 1590/2019).

2.- La lectura del escrito de interposición del recurso de casación unificadora obliga a desestimar la alegación de la parte recurrida relativa a que concurre ese defecto procesal. La recurrente ha expuesto de forma concisa pero suficiente la relación precisa y circunstanciada de la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la de contraste, enervando toda situación de indefensión. El citado escrito expone el núcleo esencial de contradicción y determina el sentido y alcance de la divergencia entre ambas resoluciones judiciales, por lo que debemos rechazar que concurra la causa de inadmisión consistente en el incumplimiento de los requisitos del escrito de interposición del recurso de casación unificadora.

TERCERO.- 1.- A continuación, debemos examinar el presupuesto procesal de contradicción exigido por el art. 219.1 de la LRJS. En la sentencia de contraste, la trabajadora disfrutó una excedencia voluntaria, solicitó el reingreso y el empleador le contestó que no había ninguna vacante. La trabajadora interpuso demanda de despido. La sentencia referencial declaró la nulidad de actuaciones con retroacción al momento inmediatamente anterior a la admisión a trámite de la demanda, con base en la inadecuación del procedimiento de despido, acordando que se siga el procedimiento por el trámite ordinario.

2.- Concorre el requisito de contradicción. En ambas sentencias se interpuso demanda de despido por trabajadoras que habían solicitado el reingreso tras finalizar una excedencia voluntaria. Se denegó el reingreso por la falta de vacantes. Ambas trabajadoras interpusieron demandas de despido. En la sentencia recurrida se confirma la sentencia desestimatoria de instancia, negando que deba tramitarse el procedimiento ordinario. Por el contrario, en la sentencia de contraste se anula la sentencia desestimatoria de instancia, acordando que se tramite dicho procedimiento ordinario. En mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se han dictado sentencias contradictorias que deben ser unificadas.

CUARTO.- 1.- El art. 80.1.a) de la LRJS establece que la demanda debe contener "la expresión de la modalidad procesal a través de la cual entienda que deba enjuiciarse su pretensión".

2.- El art. 102.2 de la LRJS dispone:

"Se dará al procedimiento la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda. No obstante, si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la



naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma. No procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada."

3.- El art. 215.1.a) de la LRJS acuerda:

"La sentencia, si se estimare el recurso por todos o algunos de sus motivos, casando la resolución recurrida, resolverá conforme a Derecho, teniendo en cuenta lo siguiente:

a) De estimarse [...] la inadecuación del procedimiento, se anulará la sentencia y se dejará a salvo el derecho de ejercitar las pretensiones ante quien corresponda o por el procedimiento adecuado."

4.- El art. 218.1, párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece:

"El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes."

5.- Reiterada doctrina constitucional sostiene que "el art. 24 CE no incluye un derecho fundamental a procesos determinados, siendo los órganos judiciales los que, aplicando las normas competenciales o de otra índole, han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado" (por todas, sentencia del TC 214/2000, de 18 septiembre, FJ 5º). La Sala Social del TS ha explicado que "el artículo 102.2 LRJS, acogiendo el principio *pro actione*, intenta salvar la continuación del procedimiento interpuesto siguiendo una modalidad procesal errónea. Se trata de un mandato de obligado cumplimiento, lo que implica que, lejos de archivar o desestimar la demanda, debe darse el cauce adecuado al procedimiento según la naturaleza de la acción ejercitada" (sentencias de la Sala Social del TS de 8 de julio de 2015, recurso 223/2014 y 6 de julio de 2022, recurso 816/2021).

6.- La Sala Civil del TS argumenta: "La causa de pedir no está integrada única y exclusivamente por hechos puros, despojados de cualquier consideración jurídica. Muy al contrario [...] por causa de pedir debe entenderse el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión, los hechos constitutivos con relevancia jurídica que constituyen condiciones específicas de la acción ejercitada, o bien los hechos jurídicamente relevantes que sirven de fundamento a la petición y que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal. Por ello, la causa de pedir tiene un componente jurídico que limita las facultades del juez para aplicar libremente a los hechos el Derecho que considere más procedente o, dicho de otra forma, que limita el principio *iura novit curia*, descartando que pueda tener un carácter absoluto, como por lo demás resulta del art. 218 LEC, al disponer que el tribunal deberá resolver conforme a las normas aplicables al caso, pero sin acudir a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer" (por todas, sentencias de la Sala Civil del TS de 20 de noviembre de 2019, recurso 759/2016; 23 de septiembre de 2020, recurso 5083/2019; y 25 de enero de 2021, recurso 2472/2018).

7.- Reiterada doctrina de la Sala Social del TS sostiene que, "ante la negativa empresarial a la petición de reingreso desde la situación de excedencia voluntaria quedan abiertas al trabajador dos vías, alternativas y no optativas, para impugnar tal decisión: el proceso de despido cuando dicha negativa [...] manifiesta [...] voluntad inequívoca [...] de tener por extinguido el vínculo laboral hasta entonces en suspenso; y el proceso ordinario en aquellos otros supuestos en que la negativa denota simple desconocimiento del mencionado derecho, pero sin negar la persistencia de la relación de **trabajo** [...] 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" (sentencias de la Sala Social del TS de 23 de enero de 1996, recurso 2507/1995 y 21 de diciembre de 2000, recurso 856/2000).

8.- Cuando un trabajador en situación de excedencia voluntaria solicita su reingreso y la empresa se limita a denegar el reingreso en el momento de la solicitud por inexistencia de vacante, en caso de que se ejercite la acción de despido, reiterados pronunciamientos de este tribunal han argumentado que la inexistencia de despido comporta la desestimación de la demanda (por todas, sentencias de la Sala Social del TS de 23 de septiembre de 2013, recurso 2043/2012 y 31 de mayo de 2022, recurso 134/2019).

La sentencia del TS de 24 de abril de 2012, recurso 3340/2011, enjuició la falta de llamamiento de un trabajador fijo-discontinuo y llegó a la conclusión de que no había habido voluntad resolutoria del empresario, por lo que



declaró que no existía despido, sin perjuicio de que el trabajador pudiera reclamar por la falta de llamamiento. El tribunal confirmó la sentencia que había desestimado la demanda de despido.

9.- Esta sala ha aplicado el art. 102 de la LRJS en los supuestos siguientes:

a) Cuando se impugna por un trabajador la extinción de su **contrato** como consecuencia de un ERE autorizado por resolución administrativa de fecha anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero y la pretensión se articula mediante la modalidad procesal de despido.

Este tribunal declaró la inadecuación del procedimiento de despido, debiendo tramitarse por el procedimiento de impugnación de actos administrativos en materia laboral del art. 151 de la LRJS [por todas, sentencias de la Sala Social del TS de 27 de julio de 2015, recurso 625/2014; y 6 de julio de 2022 (dos), recursos 324/2021 y 816/2021].

b) En un caso en el que se había reclamado por el procedimiento ordinario la indemnización por extinción de una relación laboral y existían discrepancias que afectaban a la propia existencia de derechos que pudieran derivarse de aquella medida extintiva, como era la correspondiente indemnización por fin del **contrato** o elementos esenciales sobre los que la misma debía obtenerse, por lo que debía tramitarse el procedimiento de despido (sentencia de la Sala Social del TS de 18 de diciembre de 2019, recurso 2266/2018).

En sentido contrario, las sentencias de la Sala Social del TS de 22 de diciembre de 2016, recurso 3458/2015; 1 de junio de 2017, recurso 3617/2015; y 30 de noviembre de 2018, recurso 215/2017; entre otras, argumentaron que las sentencias desestimatorias de instancia eran conformes a derecho porque se había reclamado por el procedimiento ordinario una indemnización extintiva en la que se discutía un elemento esencial para su determinación, por lo que se debía haber tramitado mediante la modalidad procesal de despido y, al no hacerlo, el juzgado desestimó la demanda.

La sentencia de la Sala Social del TS de 11 de noviembre de 2014, recurso 3102/2013, denegó la pretensión de que se declarase la nulidad de actuaciones para que se tramitase conforme a la modalidad procesal de despido una demanda reclamando una indemnización por extinción de la relación laboral que se había tramitado como un procedimiento ordinario.

c) Cuando se ejercita una acción de conflicto colectivo y debió tramitarse la de impugnación de convenios colectivos. Por todas, sentencias de la Sala Social del TS de 4 de abril de 2014, recurso 184/2013; 8 de abril de 2014, recurso 218/2013; 14 de mayo de 2020, recurso 232/2018; y 30 de julio de 2020, recurso 196/2018. Esta última sentencia argumenta:

"el escrito de demanda hace constante referencia a la modalidad procesal de conflicto colectivo. Pero ha de puntualizarse que ninguna duda cabía respecto a que el objeto del litigio fuera la nulidad parcial de un acuerdo colectivo con valor de convenio colectivo de carácter estatutario; y, además, la demanda expresamente invocaba, en sus fundamentos de derecho, la aplicación de los arts. 163 y ss. LRJS".

d) Cuando se invoca la modalidad procesal de impugnación de actos administrativos en materia laboral, excluidos los prestacionales, del art. 151 de la LRJS, para combatir una convocatoria de ingreso de personal fijo de la entidad pública empresarial Grupo Renfe. Debió tramitarse conforme a la modalidad procesal de conflicto colectivo (sentencia de la Sala Social del TS de 28 de octubre de 2019, recurso 148/2018).

e) Cuando se impugna un acuerdo alcanzado en el periodo de consultas de un despido colectivo mediante la modalidad procesal de conflicto colectivo. Debió tramitarse la modalidad procesal de despido colectivo (sentencia del Pleno de la Sala Social del TS de 27 de enero de 2015, recurso 28/2014).

10.- La sentencia de la Sala Social del TS de 6 de abril de 2022, recurso 200/2021, examina cuál es la acción que debe ejercitarse cuando la empresa deniega el reingreso del excedente alegando que no existen vacantes que se ajusten al perfil del trabajador. Este tribunal concluye que la acción debió canalizarse por el procedimiento ordinario. La controversia casacional radicó en si constituía o no constituía despido la decisión empresarial de negar la reincorporación al excedente con base a la inexistencia de vacantes. Pero no se suscitó en casación el debate litigioso relativo a si, cuando se ejercita una demanda de despido y se tramita la modalidad procesal de despido, en caso de que no se acredite la voluntad empresarial extintiva de la relación laboral, debe aplicarse el art. 102 de la LRJS, precepto que no se invocó en aquel recurso.

QUINTO.- 1.- La inadecuación de procedimiento se produce cuando no se ha seguido la modalidad procesal específica establecida para cada pretensión, o bien cuando se ha tramitado conforme a una modalidad procesal y debía haberse seguido el procedimiento ordinario.

Ello exige precisar cuál ha sido la pretensión ejercitada, que viene determinada por la redacción de la demanda. El desajuste entre la pretensión y la modalidad procesal justifica la aplicación del art. 102 de la LRJS.



Ese precepto establece una regla de subsanación de defectos procesales que tiene como finalidad evitar que se dicten pronunciamientos absolutorios por la elección de una inadecuada modalidad procesal, lo que obligaría a reiterar la misma acción, con la correspondiente demora. Por consiguiente, esa norma pretende conseguir que se dicte un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. La reconducción procedimental es obligada salvo que sea imposible o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada.

2.- La clave radica en determinar cuál ha sido la pretensión ejercitada y cuál es la modalidad procesal adecuada para su examen. La pretensión está integrada por dos elementos objetivos: la *causa petendi* (causa de pedir) y el *petitum* (lo pedido). Hemos explicado que la causa de pedir no está integrada única y exclusivamente por hechos puros. La *causa petendi* está integrada por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión que delimitan, individualizan e identifican la pretensión procesal: la causa de pedir tiene un componente jurídico. El art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe que el tribunal se aparte de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer.

3.- En la presente litis, la trabajadora formuló una demanda de despido. En cuanto a la *causa petendi*, en la demanda manifestó que la justificación de la empresa para oponerse a su reincorporación (la inexistencia de vacante) no era cierta, por lo que la negativa empresarial equivalía a un despido. Y respecto del *petitum*, en el suplico solicitaba que se declarase la improcedencia del despido "con las consecuencias indemnizatorias legales".

La afirmación contenida en la demanda relativa a que su puesto de **trabajo** estaba vacante, por lo que se había producido un despido, constituye una afirmación de un hecho jurídicamente relevante que fundamenta su pretensión. Se trata de un hecho constitutivo que identifica la pretensión procesal ejercitada.

En cuanto al suplico, la solicitud de que se declare la improcedencia del despido con las consecuencias indemnizatorias supone que postula la aplicación del art. 56 del ET, conforme al cual debe condenarse al empresario a readmitir al trabajador con abono de los salarios de tramitación o, a su opción, extinguir el **contrato de trabajo** abonando la correspondiente indemnización. Se trata de una pretensión distinta de la que debe articularse cuando no se ha extinguido la relación laboral y se solicita el reingreso tan pronto como haya una vacante.

En el recurso de suplicación contra la sentencia desestimatoria de instancia, la actora insistió en que se había producido un despido tácito y, en el segundo motivo del recurso alegó que, si no había habido un despido, el tribunal superior de justicia debía anular las actuaciones de instancia a fin de que se tramitara conforme al proceso ordinario.

Tanto el escrito de demanda como el recurso de suplicación ponen meridianamente de manifiesto que la demandante opta por la acción de despido, mantiene que la decisión empresarial pretende la extinción del **contrato de trabajo** y sostiene que la manifestación relativa a la inexistencia de vacante no trata de desplazar en el tiempo el reingreso solicitado.

En ningún momento la trabajadora formuló la pretensión de que se reconociera su derecho a la ocupación efectiva, ni solicitó la condena al empresario al reingreso en su puesto de **trabajo** tan pronto como hubiera una vacante. Por ello, la reconducción procedimental solicitada por la parte recurrente requeriría una modificación del escrito de demanda, a fin de que se suprimiese la solicitud de que se declare la improcedencia del despido con las consecuencias legales y que constase en él la petición de que se condenase a la empresa a readmitir a la trabajadora tan pronto como hubiera una vacante, so pena de causar indefensión a la parte contraria.

El art. 102 de la LRJS explica que, para dar al asunto la tramitación adecuada, se procederá "completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes". Esta norma menciona la compleción de trámites, no la modificación de la demanda para que el suplico se ajuste a las pretensiones que pueden articularse a través del procedimiento ordinario.

4.- Si el juzgado de lo social de oficio, al admitir la demanda, hubiera aplicado el art. 102 de la LRJS, tramitando un procedimiento ordinario en relación con la pretensión de reingreso de la trabajadora tan pronto como hubiera una vacante, en tal caso hubiera dejado imprejuizada la pretensión verdaderamente ejercitada por la actora, consistente en determinar si la conducta de la empresa suponía que había extinguido unilateralmente el **contrato de trabajo** y, en consecuencia, si debía condenarse al empleador en los términos del art. 56.1 del ET (readmisión, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha de solicitud del reingreso, o extinción indemnizada del **contrato de trabajo**).

5.- El art. 80.1.a) de la LRJS establece que la demanda debe contener una mención expresa a la modalidad procesal a través de la cual la parte actora considera que debe enjuiciarse su pretensión. El art. 102 de la LRJS



se aplica cuando hay una discordancia entre la pretensión ejercitada y la modalidad procesal que, a juicio de la parte demandante, debe tramitarse.

En este pleito, tanto en la instancia como en suplicación se formuló una pretensión de despido, que debía articularse a través de la modalidad procesal de despido. No era posible aplicar la regla de subsanación del art. 102 de la LRJS porque la modalidad procesal de despido se adecuaba a la pretensión realmente ejercitada.

6.- Al enjuiciar el fondo del litigio, tanto la sentencia de instancia como la de suplicación examinaron si realmente hubo un despido y llegaron a la conclusión de que no lo hubo, por lo que desestimaron la demanda y el recurso. Al hacerlo, ambas sentencias entraron a conocer del fondo del asunto, enjuiciando la acción realmente ejercitada.

Ello reveló el error de la demandante, que debió hacer ejercitado una acción conforme al procedimiento ordinario solicitando su reingreso. Pero dicho error es imputable únicamente a la parte actora que, ante la respuesta empresarial a su solicitud de reingreso, ejercitó una acción de despido.

Debemos hacer hincapié en que el art. 102 de la LRJS pretende evitar que se dicte una sentencia que no se pronuncie sobre el fondo del asunto. En este litigio sí que se dictó una sentencia resolviendo el fondo del asunto.

La parte actora afirmó que la negativa empresarial al reingreso constituía un despido improcedente. La sentencia dictada por el juzgado no fue una sentencia procesal sino que entró en el fondo del litigio y rechazó que la negativa empresarial al reingreso hubiera supuesto la extinción de la relación laboral, desestimando íntegramente la demanda de despido.

7.- La tesis de la parte recurrente tendría el mismo efecto que una acumulación de las acciones de despido y de procedimiento ordinario, prohibida por el art. 26 de la LRJS.

Si esta sala estimase el recurso, cuando se denegase el reingreso del excedente, el trabajador podría formular demanda de despido, solicitando que se declarase su nulidad o improcedencia, con base en la existencia de un despido tácito. Pero si finalmente, al examinar el fondo del asunto, se llegase a la conclusión de que no había habido despido porque no se había acreditado la voluntad extintiva del empleador, en tal caso, si acogemos la tesis de la recurrente, deberían anularse las actuaciones y dar al proceso la tramitación conforme al procedimiento ordinario en relación con la acción de reingreso, lo que vulneraría el art. 102 de la LRJS porque la modalidad procesal tramitada se había adecuado a la pretensión ejercitada: la trabajadora en ningún momento ha ejercitado dicha acción de reingreso.

8.- En definitiva, no ha habido ninguna discordancia entre la pretensión ejercitada y la modalidad procesal tramitada sino que la modalidad procesal de despido es adecuada para la pretensión de despido formulada por la trabajadora.

Las anteriores consideraciones obligan a desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante, de conformidad con el Ministerio Fiscal, confirmando la sentencia recurrida. Sin condena al pago de costas (art. 235 de la LRJS).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D^a María Teresa contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha 12 de noviembre de 2019, recurso 1933/2019, que confirmamos. Sin condena al pago de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR,

que formula el Excmo. Sr. D. Ricardo Bodas Martín y al que se adhiere la Excmo. Sra. Presidenta D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga en relación con la sentencia dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 293/2020.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación núm. 293/2020, en el que expreso mi respetuosa



discrepancia con el criterio mayoritario del Pleno de la Sala. Defiendo en el voto la misma posición que mantuve en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

PRIMERO. - Asumo los antecedentes de hecho de la sentencia mayoritaria y coincido, así mismo, con sus fundamentos de derecho primero, segundo, tercero y cuarto, salvo en sus subapartados séptimo, octavo y décimo, anticipo mi discrepancia respecto al fundamento de derecho quinto y, consiguientemente, con el fallo de la sentencia.

SEGUNDO. - 1. Considero necesario matizar el subapartado séptimo del fundamento de derecho cuarto, toda vez que, además de las sentencias allí citadas, hemos diferenciado qué acciones son viables cuando la empresa no reincorpora al excedente voluntario, que solicita su reincorporación tras concluir su período de excedencia. Así, en STS 18 de enero 2022, rcud. 3964/2018 hemos mantenido que, "solo si en el momento de la solicitud de reingreso, el empresario, directa o indirectamente, deja claro que no reingresará nunca al trabajador o que entiende que ya no tiene derecho al reingreso, estaremos en presencia de un despido contra el que podrá accionar el trabajador, mientras que, si la empresa no niega el derecho al reingreso del trabajador, sino que lo admite y se limita, por tanto, a denegar el reingreso en el momento de la solicitud por inexistencia de vacante, no habrá despido. El trabajador podrá ejercitar una acción judicial declarativa solicitando el reingreso. En el proceso subsiguiente la clave será la prueba sobre la existencia o inexistencia de vacante, de forma que, si se prueba que no existía, el trabajador verá desestimada su demanda y quedará en situación de preferencia para su reincorporación en la primera vacante que se produzca. Si, en cambio, se acredita que existía vacante de igual o similar categoría el juez concederá al trabajador el derecho al reingreso y condenará a la empresa en tales términos y, además, a la oportuna indemnización de daños, cuya cuantificación es sencilla: los salarios dejados de percibir desde la fecha en que se produjo la solicitud y debió producirse la reincorporación hasta la fecha en que efectivamente se produzca la readmisión. Hemos mantenido el mismo criterio en STS 6 de abril 2022, rcud. 200/2021 y 31 de mayo de 2022, rcud. 134/2019".

En las sentencias mencionadas, así como en la STS 22 de noviembre de 2007, rcud. 2364/2006, subrayamos que, la utilización de una u otra vía no queda al arbitrio del trabajador a quien se niega su derecho al reingreso, ya que, para que su pretensión alcance éxito, resulta obligatorio seguir el procedimiento adecuado. De este modo, solo procederá demandar por despido, cuando el empleador niegue expresamente el derecho a la reincorporación, o lo haga mediante actos inequívocos, toda vez que, desatender la petición del trabajador no es por sí solo demostrativo de que, por parte de aquel, haya existido y actuado, voluntad extintiva del vínculo laboral hasta entonces suspendido, pues normalmente tal desatención, salvo que concurren circunstancias que denoten inequívocamente dicha voluntad extintiva, solo es interpretable como mera negativa al reconocimiento del eventual derecho al reingreso, siendo exigible, por tanto, una negativa rotunda al reingreso.

Cuando no sea así, si la empresa se limita a manifestar que no existe vacante, sin anunciar, de ningún modo, su voluntad extintiva de la relación laboral podrá impugnarse dicha decisión por el procedimiento ordinario, sin que dicha elección, como ya hemos adelantado quede al arbitrio del trabajador.

En efecto, 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" (STS 23 de septiembre de 2013, rcud. 2043/2012, con cita de SSTs 23/01/96 -rcud 2507/95 -; 21/12/00 -rcud 856/00; 18/01/2022, rcud. 3964/18; 6/04/2022, rcud. 200/2021 y 31/05/2022, rcud. 134/2019).

De este modo, hemos mantenido de modo reiterado y pacífico que, cuando el empresario se limita a manifestar que no readmite por inexistencia de vacante, haya o no haya vacante, el procedimiento adecuado es el ordinario, sin que el demandante pueda demandar por despido, salvo que la empresa haya manifestado expresamente o, en su caso, por actos inequívocos su voluntad extintiva.

Consiguientemente, el procedimiento adecuado, en estos supuestos, depende exclusivamente de la actuación empresarial, que condiciona la utilización de una u otra vía y no la voluntad del trabajador.

2. No puedo compartir que la STS 23 de septiembre de 2013, rcud. 2043/2012 sienta la doctrina, afirmada en el subapartado octavo del fundamento de derecho cuarto, toda vez que, allí se impugnó por el procedimiento de despido la negativa de una empresa a readmitir a un trabajador, que había solicitado la excedencia por cuidado de una hija menor de tres años con base al art. 46.3 ET, tras la reforma operada por la Ley 4/1995, de 23 de marzo, tratándose, por tanto, de un debate radicalmente distinto al que nos ocupa en este recurso.



En dicha sentencia sostuvimos que, "... 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". Consiguientemente, se desestima el recurso de casación, formalizado por el trabajador, porque su excedencia duró más de un año y la empresa no manifestó inequívocamente su voluntad extintiva, lo que permite concluir que, el debate allí mantenido pivotó en todo momento sobre el derecho automático al reingreso del trabajador excedente por cuidado de hijo, quien entendió que la negativa empresarial constituía un despido, lo que se descarta por la Sala por las razones ya dichas, debiendo precisarse, en todo caso, que no se consideró de ningún modo si era o no aplicable el art. 102.2 LRJS.

La STS 31 de mayo de 2022, rcud. 134/2019, resuelve un supuesto, en el que la empresa demandada negó la reincorporación por inexistencia de vacante, pero ofertó, al tiempo, una plaza en otra provincia, interponiéndose demanda de despido, que fue desestimada en la instancia y confirmada en suplicación, concluyéndose en nuestra sentencia que, "en el presente caso consta que la empresa demandada contestó a la solicitud de reingreso de la actora mediante carta en la que ponía en su conocimiento, no sólo la inexistencia de vacante en su mismo puesto de **trabajo**, categoría o equivalencia en el centro de **trabajo** en el que la actora venía prestando servicios, sino, además, que existía una vacante de igual categoría a la suya en la provincia de Huelva, poniendo la empresa tal puesto a disposición de la actora, puesto que ésta rechazó. Ello revela que no hubo por parte de la empresa una negativa rotunda al reingreso de la actora, ni una voluntad de ruptura de la relación laboral, por lo que la acción a ejercitar por parte de la actora no debió ser la de despido, sino la de reconocimiento del derecho al reingreso, a través del procedimiento ordinario, tal y como declaró la sentencia impugnada".

Pese a ello, la sentencia valida el procedimiento seguido, aunque no se plantea en absoluto la aplicabilidad del art. 102.2 LRJS, ya que nadie lo reclamó, manteniendo que, acreditada la inexistencia del despido, procede la desestimación de la demanda.

Sucede lo mismo con la STS 24 de abril de 2012, rcud. 3340/2011, en la que se confirmó la sentencia recurrida, que había considerado que no era adecuada la demanda por despido, cuando la empresa se limita a manifestar al trabajador fijo discontinuo que no sería convocado en la campaña, porque se había reducido la actividad y se cubría la existente con la plantilla fija, entendiéndose, por tanto, que no había habido despido, por lo que se desestimó la demanda por despido, no cuestionándose tampoco si era o no aplicable el art. 102.2 LRJS, puesto que dicha norma no estaba vigente al momento de accionarse por despido.

Consiguientemente, en ninguna de las sentencias, mencionadas en el subapartado octavo del fundamento de derecho cuarto, se debatió sobre la aplicabilidad del art. 102.2 LRJS, cuando el trabajador excedente solicita su reincorporación y la empresa la niega por inexistencia de vacante, sin manifestar expresa ni tácitamente y de manera indubitada su voluntad extintiva, como sucede aquí.

3. Finalmente, la STS 6 de abril de 2022, rcud. 200/2021, referida en el subapartado 10 del fundamento de derecho cuarto, resolvió un supuesto, en el cual, un trabajador con licencia voluntaria solicitó su reincorporación al concluir la licencia, que fue denegada por la empresa por falta de vacante, constando probado que la empresa intentó buscar un puesto de **trabajo** alternativo al demandante. El actor demandó por despido y la sentencia de instancia desestimó la demanda, previa estimación de la excepción de falta de acción, porque no se produjo despido. Dicha sentencia fue revocada en suplicación, se anularon actuaciones y se conminó al juzgado de instancia para que entrara a conocer del fondo del asunto. Recurrida en casación unificadora, se casó la sentencia recurrida y se confirmó la de instancia, subrayando que, "...aunque se hubiera probado efectivamente la existencia de vacantes, lo que no se deduce ni de los hechos probados, ni tampoco de las afirmaciones de la sentencia recurrida, cuyas conclusiones se apoyan en una presunción - voluntad extintiva empresarial - basada en otra presunción - la existencia de vacantes - cuya génesis no se explica, ni se deduce de ninguno de los hechos probados, no acreditaría, sin más, la voluntad extintiva de la empresa, acreditando simplemente el incumplimiento de lo previsto en el art. 46.5 ET. Si no fuera así, si la negativa empresarial a reincorporar al excedente, pese a la existencia de vacantes, constituyera necesariamente un



despido, todos estos conflictos deberían canalizarse mediante la acción de despido, puesto que todos ellos van a pivotar sobre la existencia o inexistencia de vacantes adecuadas".

Se admite, por tanto, que la acción pertinente debió canalizarse por el procedimiento ordinario, ya que no se había producido un despido, aunque no se aplicó lo dispuesto en el art. 102.2 LRJS, porque tampoco se planteó por ninguna de las partes.

TERCERO. - 1. El art. 46.5 ET, que regula la excedencia voluntaria, aplicable a la relación laboral especial de servicio del hogar familiar, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.b RD 1620/2011, de 14 de noviembre, dice: El trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa.

A diferencia de lo que ocurre con la excedencia forzosa, en la voluntaria no existe una obligación de la empresa de reservar el puesto para la persona trabajadora excedente, pudiendo disponer de la plaza tanto con nuevas contrataciones, como mediante la reorganización de tareas (STS/4ª 31 de mayo de 2022, rcud. 134/2019, con cita de SSTs 21 enero 2010 -rcud. 1500/2009 -, 15 junio 2011 -rcud. 2658/2010- y 12 febrero 2015 -rcud. 322/2014-), la amortización de las mismas (STS/4ª de 30 abril 2012 -rcud. 2228/2011- STS/4ª/Pleno de 8 febrero 2018 -rcud. 404/2016-) o, incluso, la externalización de las funciones (STS/4ª de 30 noviembre 2012 -rcud. 3232/2011 -, 15 marzo, 11 julio y 17 septiembre 2013 -rcud. 1693/2012, 2139/2012 y 2140/2012, respectivamente).

Así pues, concluida la excedencia y solicitado el reingreso en el tiempo convenido, si la empresa niega la readmisión, el actor dispone de dos acciones alternativas, que no son intercambiables:

- a. Si la empresa manifiesta de manera inequívoca su disposición de extinguir el **contrato de trabajo**, ya sea expresamente o mediante actos inequívocos, la acción pertinente es la de despido.
- b. Cuando la empresa se limite a manifestar que no readmite, porque no tiene vacantes de igual o similar categoría, la acción procedente es la acción declarativa de derecho al reingreso, en la que se debatirá precisamente la existencia o inexistencia de vacante apropiada.
- c. La elección del procedimiento a seguir no es potestativa para el trabajador, quien está condicionado por la actuación empresarial, de manera que, si ésta manifiesta de forma expresa o de forma implícita e inequívoca su decisión extintiva, procederá demandar por despido, mientras que, si se limita a manifestar que no tiene vacante, la acción pertinente deberá canalizarse por el procedimiento ordinario (STS 22-11-2007, rcud. 2364/2006; 23-09-2013, rcud. 2043/2012; 18-01- 2022, rcud. 3964/2018 6-04-2022, rcud. 200/2021 y 31 de mayo de 2022, rcud. 134/2019).

En cualquier caso, como hemos defendido reiteradamente, por todas STS 18 de enero de 2022, rcud. 3964/2018, si la empresa no niega el derecho al reingreso y se limita, como ha sucedido aquí, a negar el reingreso por inexistencia de vacante, no habrá despido y el trabajador podrá ejercitar una acción judicial declarativa solicitando el reingreso, donde se debatirá si existe o no vacante adecuada, en cuyo caso, se concederá al trabajador el derecho al reingreso y se condenará a la empresa en tales términos y, además, a la oportuna indemnización de daños. Caso contrario, el trabajador quedará a la expectativa de futuras vacantes.

2. El art. 102.2 LRJS, que regula las modalidades procesales, dice lo siguiente:

Se dará al procedimiento la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda. No obstante, si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma. No procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada.

El precepto examinado pretende encauzar el procedimiento por el cauce adecuado a las pretensiones de la demanda, asegurando, de este modo, su viabilidad y evitando retrasos injustificados en el acceso a la tutela judicial efectiva, garantizada por el art. 24 CE. Así pues, el factor decisivo, para activar la obligación de dar al procedimiento la tramitación que corresponda, dependerá de la naturaleza real de las pretensiones ejercitadas, en cuyo caso, de advertirse la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a su debido encauzamiento y, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes, completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma.



3. Las pretensiones están integradas por un elemento subjetivo (demandante y demandado) y por dos elementos objetivos (objeto y causa), e involucra, necesariamente, por otro lado, una determinada actividad (lugar, tiempo y forma).

El objeto de la pretensión, contenido normalmente en el suplico de la demanda, es el efecto jurídico que mediante ella persigue, mientras que, la causa, fundamento o título de la pretensión consiste en la invocación de una concreta situación de hecho, a la cual el actor asigna una determinada consecuencia jurídica, sin que deba confundirse la causa con los simples argumentos expuestos por el actor, ni mucho menos, con la norma o normas jurídicas invocadas, pues no son éstas las que individualizan la pretensión, sino los hechos afirmados, en la medida de su idoneidad para producir un determinado efecto jurídico.

Consiguientemente, la pretensión es el objeto del proceso, mientras que la acción no es otra cosa que, el poder de hacer valer una pretensión y que constituye, por lo tanto, un supuesto de actividad procesal, debiendo aclararse que, la acción se anuda a la actividad de cada una de las partes y que, por lo tanto, no constituye un derecho privativo de quien deduce la pretensión, pues también la actividad del demandado, sea que se traduzca en un pedido de rechazo de aquélla o en una admisión de sus fundamentos, tiene sustento en un derecho cívico de petición, análogo al ejercicio por el actor.

De este modo, el art. 102.2 LRJS establece una obligación clara para el tribunal, a quien corresponde promover la tramitación del procedimiento adecuado, cuando advirtiere la inadecuación de procedimiento, como se deduce de la expresión perentoria establecida en el precepto examinado, según la cual se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma, sin que se excluya a ningún procedimiento, incluido el procedimiento por despido.

Por lo demás, es claro que, el legislador no ha excluido ningún procedimiento a la hora de promover la tramitación del procedimiento adecuado, lo cual comporta necesariamente que dicha medida puede afectar a una demanda por despido, cuando ese procedimiento no se acomoda a la pretensión real, que deberá deducirse necesariamente de los hechos que sostienen la causa de pedir.

Dicha obligación ha sido admitida expresamente por esta Sala en STS 30 de julio de 2020, rec. 196/2018, donde precisamos que, "conforme establece el art. 102.2 LRJS, el tribunal de instancia se hallaba obligado a dar al procedimiento la tramitación adecuada en atención a lo expresado en la demanda. Tal reconducción deviene imperativa salvo que los términos de la demanda hagan imposible la misma (STS/4ª de 27 enero 2015 -rec. 28/2014-)", al igual que en STS 14 de mayo de 2020, rec. 232/2018, donde dijimos que, "...la segunda cautela que nos provoca se refiere a la necesidad de averiguar, acudiendo a los razonamientos de la sentencia, el motivo del acogimiento de la excepción de inadecuación de procedimiento, particularmente a la luz de lo que dispone el art. 102.2 LRJS que obliga a los jueces y tribunales de lo social a dar al procedimiento la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal adecuada. La obligada adecuación del procedimiento no queda enervada por lo expresado en la demanda, sino por la naturaleza de la pretensión", como dijimos en STS 28 de octubre de 2019, rec. 148/2018, donde señalamos: "Así lo hace la Sala de instancia, estando a ello obligada por virtud del art. 102.2 LRJS; pues, aun cuando se hubiera expresado otra cosa en la dicha demanda, la naturaleza de la pretensión es, como se ha visto, ajena al procedimiento del art. 151 y ss LRJS".

Del mismo modo, en STS 6 de julio de 2022, rcud. 324/2021 hemos defendido que, "...como hemos puesto de relieve en la STS de 8 de julio de 2015, Rec. 223/2014, el artículo 102.2 LRJS, acogiendo el principio pro actione, intenta salvar la continuación del procedimiento interpuesto siguiendo una modalidad procesal errónea. Se trata de un mandato de obligado cumplimiento, lo que implica que, lejos de archivar o desestimar la demanda, debe darse el cauce adecuado al procedimiento según la naturaleza de la acción ejercitada. Siendo que en el presente caso no se ha seguido el procedimiento adecuado, el fallo que así lo indicó deberías haber especificado que debían retrotraerse las actuaciones al momento de presentación de la demanda dando al asunto la tramitación correspondiente al proceso de impugnación de actos administrativos".

Ahora bien, la regla general expuesta, debe ceder cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada, conforme a lo dispuesto en el art. 102.2 LRJS.

Así lo hemos mantenido en múltiples sentencias, por todas SSTS 27 de enero de 2015, rec. 28/2014; 7 de octubre de 2015, rec. 247/2014 y 17 de abril de 2018, rec. 345/2016, donde descartamos la aplicación del art. 102.2 LRJS, por cuanto los demandantes carecían de legitimación activa para activar el procedimiento adecuado, o la STS 28 de octubre de 2019, rec. 148/2018, en la que se impugnaba una convocatoria de ingreso de personal fijo. También, cuando se impugna por el procedimiento de conflicto colectivo las bases de la convocatoria de un concurso de ingreso, cuando las plazas ya están adjudicadas provisional o definitivamente,



en cuyo caso solo cabe la impugnación individual, lo que impide la canalización por el procedimiento adecuado (STS 11 de diciembre de 2008, rec. 7/2008).

Por tanto, como hemos recordado en STS 11 noviembre 2014 (rec. 3102/2013), "el art. 102.2 LRJS prevé el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia solo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento, sin que tampoco se establezca la declaración de nulidad de lo actuado y reposición de las actuaciones al momento de interposición de la demanda". Asimismo, la STS 27 enero 2015 (rec. 28/2014) constata que, no es posible reconducción alguna (se ha tramitado como conflicto colectivo lo que debiera haber seguido la modalidad de despido colectivo) y retrotrae actuaciones al Tribunal de instancia.

CUARTO. - 1. Para explicar los razones de mi oposición al fundamento de derecho quinto de la sentencia mayoritaria, es preciso repasar algunos extremos que han quedado completamente acreditados:

a. La demandante, empleada de hogar, **trabajó** para D^a María Purificación desde el 02-10-06 mediante un **contrato** de duración indefinida a tiempo parcial a razón de 27 horas semanales como empleada de hogar, con un salario bruto diario en cómputo anual de 24,22 euros (hecho probado primero).

b. La demandante solicitó el 13-09-18 una excedencia voluntaria desde el 29-10-18 hasta el 31-01-19, la que le fue concedida, pero hasta el 28-02-19 por el mínimo legal establecido de cuatro meses (hecho probado segundo).

c. El 06-11-18, durante la excedencia de la demandante, la demandada celebró un **contrato** de duración indefinida con otra trabajadora como empleada de hogar, a tiempo parcial a razón de 80 horas mensuales (hecho probado tercero).

d. Solicitada por la actora la reincorporación a su puesto de **trabajo** con fecha 04-02-19, por parte de la empresa se contestó el 06-02-19 en el siguiente sentido: "En contestación a su escrito de solicitud de reingreso por finalización del período de excedencia voluntaria, recibido el día de ayer le comunicamos que en estos momentos es imposible su reincorporación al no existir en la empresa una vacante acorde a su categoría profesional". (hecho probado cuarto).

e. La demandante interpuso demanda por despido, en cuyo hecho séptimo precisó las razones, por las que consideraba que había sido despedida: "Que por escrito de 06-02-2019, enviado por Burofax, la empleadora me comunica que en estos momentos es imposible mi reincorporación al no existir vacante acorde a mi categoría profesional. Me consta que tal afirmación es incierta, que mi puesto de **trabajo** está vacante puesto que si se ha contratado personal nuevo ha de ser con las mismas condiciones laborales. Así, tal comunicación de denegación de reingreso es equivalente a un despido, por ser incierta la causa alegada e inequívoca la voluntad de denegarme la reincorporación a mi puesto de **trabajo**". De este modo, la demandante admite que se ha contratado a otra empleada del hogar, pese a lo cual considera que existe su vacante, porque la nueva empleada no ha sido contratada en sus mismas condiciones, de manera que, la decisión de no reincorporarla por parte de la empleadora, equivale a un despido tácito.

d. La demandada, tal y como se dice en el fundamento de derecho primero de la sentencia de instancia, se opuso a la demanda y significó que, el art. 46 ET "...reconoce un derecho de expectativa de reincorporación, siempre que existan vacantes disponibles, lo que no es el caso, además de que la empresa no ha extinguido la relación laboral con la demandante, sino que ha denegado la existencia de vacantes".

La sentencia continúa: "Se plantea por tanto si el procedimiento de despido es o no el adecuado en este caso, dado que la demandada simplemente ha denegado el reingreso por inexistencia de vacante, no por haber roto relación laboral con la actora".

Examina después si ha existido despido y concluye que no se ha producido, toda vez que la empleadora se ha limitado a negar el reingreso, porque la única plaza existente está cubierta actualmente por otra trabajadora, siendo perfectamente legítimo que la empleadora haya ampliado o reducido las condiciones de la nueva empleada del hogar contratada, por lo que desestima la demanda en materia de despido.

e. La sentencia recurrida, si bien admite que no cabe accionar por despido, cuando la empresa se ha limitado a negar el reingreso al excedente por falta de vacante, concluye que, el procedimiento seguido es adecuado, por cuanto así se reclamó por la actora al ratificar su demanda y se mantuvo en conclusiones.

2. Los criterios materiales y formales, defendidos por la sentencia mayoritaria, para negar la obligación del juzgado de instancia para reconducir el procedimiento de despido al procedimiento ordinario, son los siguientes:



- a. El procedimiento de despido, promovido por la demandante, es adecuado, porque en la elección del procedimiento rige el principio dispositivo, de manera que, debe seguirse el elegido por ella, a tenor con lo dispuesto en el art. 80.1.a LRJS.
- b. A estos efectos, considera relevante que la demandante afirme en su demanda que su puesto de **trabajo** estaba vacante, siendo esta la razón por la cual defiende que, la negativa a su reincorporación por parte de la empleadora, constituye un despido tácito. Subraya, de este modo, que la causa petendi, en la que funda la demanda por despido, fue la negativa empresarial a reincorporarle a su puesto de **trabajo**, aunque había vacante
- c. Así, se deduce del suplico de su demanda, en el que se reclama la improcedencia del despido con las consecuencias jurídicas propias de dicha declaración.
- d. También por los propios actos de la demandante, quien mantuvo su pretensión principal en el recurso de suplicación, acreditando, de este modo, que su pretensión fue siempre impugnar un despido.
- e. Consiguientemente, la reconducción de la demanda, conforme a lo dispuesto en el art. 102 LRJS, no es viable, porque nunca reclamó su derecho a la ocupación efectiva, ni solicitó la condena al empresario al reingreso en su puesto de **trabajo** tan pronto como hubiera una vacante. Por ello, la reconducción procedimental, solicitada por la parte recurrente requeriría una modificación del escrito de demanda, a fin de que se suprimiese la solicitud de que se declare la improcedencia del despido con las consecuencias legales y que constase en él la petición de que se condenase a la empresa a readmitir a la trabajadora tan pronto como hubiera una vacante, so pena de causar indefensión a la parte contraria.
- f. Por dichas razones, si el juzgado de lo social de oficio, al admitir la demanda, hubiera aplicado el art. 102.2 de la LRJS, tramitando un procedimiento ordinario en relación con la pretensión de reingreso de la trabajadora tan pronto como hubiera una vacante, en tal caso hubiera dejado imprejuzgada la pretensión verdaderamente ejercitada por la actora, consistente en determinar si la conducta de la empresa suponía que había extinguido unilateralmente el **contrato de trabajo** y, en consecuencia, si debía condenarse al empleador en los términos del art. 56.1 del ET (readmisión, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha de solicitud del reingreso, o extinción indemnizada del **contrato de trabajo**).
- g. Las sentencias recurridas entraron a resolver el fondo del asunto y concluyeron que no había habido despido, descartando la pretensión actora, entendiendo que la elección incorrecta del procedimiento le era totalmente imputable.
- h. Finalmente, se concluye que la tesis de la recurrente comportaría, en la práctica, una acumulación indebida de acciones, ya que, si se descartaba la concurrencia de despido, una vez examinado el fondo del asunto y se anularan las actuaciones, dando al proceso el procedimiento adecuado se generaría manifiesta indefensión a la parte demandada.

2. Como hemos visto más arriba, la finalidad del art. 102.2 LRJS es garantizar que se sigue el procedimiento adecuado para alcanzar el fin propuesto. Se promueve, de este modo, el principio de conservación del acto y la resolución de fondo de las pretensiones reales deducidas, así como evitar retrasos injustificados en la resolución del litigio.

Es requisito constitutivo, para que el órgano de instancia cumpla la obligación, prevista en el art. 102.2 LRJS, de reconducir la tramitación al procedimiento que se acomode a las pretensiones reales de la demanda, que se haya promovido un procedimiento inadecuado, entendiéndose como tal el que no permita satisfacer adecuadamente las pretensiones reales de la demanda.

Dicha obligación se activa desde la presentación de la demanda o, en cualquier momento en que se constate la inadecuación de procedimiento, lo cual comporta que, en ese momento sea posible dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma. De este modo, no procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada.

La obligación examinada se predica de cualquier procedimiento, incluido el procedimiento por despido, que no se excluye de ningún modo por el art. 102.2 LRJS. Así pues, deberá reconducirse necesariamente el procedimiento cuando la demanda interpuesta no se corresponda adecuadamente con las pretensiones reales de la demanda, que se deducirán necesariamente de los hechos de la misma.



3. Consiguientemente, la resolución del recurso exige despejar si las pretensiones reales de la demanda, independientemente de la modalidad elegida por la parte, se adecúan efectivamente al procedimiento por despido, en cuyo caso la actuación del órgano de instancia, confirmada por la sentencia recurrida, se habría ajustado a derecho o, por el contrario, debió reconducirse obligatoriamente al procedimiento ordinario por el juzgado de instancia, que es la posición que mantengo.

No es relevante, por tanto, que el suplico de la demanda se ajustara a la pretensión por despido, como defiende la posición mayoritaria, puesto que, de ser así, no sería factible aplicar lo dispuesto en el art. 102.2 LRJS, cuando el procedimiento de despido, como sucede aquí, fuera manifiestamente inadecuado, conforme a los propios términos de la demanda, sin necesidad de entrar a conocer el fondo del asunto, ni probar, siquiera, si existía o no vacante de la categoría de la demandante.

No comparto tampoco que, la reconducción al procedimiento ordinario hubiera exigido la formalización de una nueva demanda y, con mayor razón, que su adecuación al procedimiento ordinario genere indefensión a la parte demandada, como defiende la sentencia mayoritaria en el subapartado tercero del fundamento de derecho quinto. No es necesario formalizar una nueva demanda, por cuanto ya hemos visto que, cuando la empleadora niega la readmisión por inexistencia de vacante, el derecho a la reincorporación debe encauzarse obligatoriamente por el procedimiento ordinario, en el cual, de acreditarse la existencia de vacante, se reconocerá el derecho a la reincorporación con más la oportuna indemnización de daños, cuya cuantificación es sencilla: los salarios dejados de percibir desde la fecha en que se produjo la solicitud y debió producirse la reincorporación hasta la fecha en que efectivamente se produzca la readmisión, como hemos dicho en STS 18 de enero 2022, rcud. 3964/2018.

Dichas pretensiones coinciden con las principales de la demanda de despido, consistentes en la readmisión y en el abono de los salarios de tramitación, por lo que no su reconducción al procedimiento ordinario no causa ningún tipo de indefensión a la empleadora.

No puedo coincidir con las afirmaciones, contenidas en el apartado cuarto del fundamento de derecho quinto, según las cuales, si el juzgado de instancia hubiera aplicado de oficio el art. 102.2 LRJS y hubiera reconducido el proceso al procedimiento ordinario, habría dejado imprejujada la pretensión principal. No lo comparto, porque el art. 102.2 LRJS no permite al órgano de instancia canalizar unilateralmente el procedimiento adecuado, obligándole, por el contrario, a promover la reconducción al procedimiento adecuado a las pretensiones reales, con independencia de lo manifestado en la demanda, salvo que no sea posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o, como advertimos más arriba, cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada (SSTS 28/10/2019, rcud. 148/2018; 14 de mayo y 30 de julio de 2020, rcuds. 232 y 196/2018). De este modo, si se produce la reconducción al procedimiento ordinario, desaparece la demanda por despido.

No puede validar tampoco que, la aplicación del art. 102.2 LRJS por el juzgado de instancia hubiera comportado una acumulación indebida de acciones, como se mantiene sorprendentemente en el subapartado séptimo del fundamento de derecho quinto, ya que, si se hubiera aplicado dicho precepto, la consecuencia jurídica habría sido la reconducción del proceso al procedimiento ordinario, en el que se había reclamado la reincorporación, así como el abono de los salarios de tramitación, dejando fuera de juego las pretensiones propias de la demanda por despido.

Tampoco comparto que, el examen, realizado por el órgano de instancia y el de suplicación al conocer el fondo del asunto, en el que concluyeron que no se había producido despido, porque la empleadora nunca manifestó expresamente su decisión extintiva, ni lo hizo tampoco mediante actos inequívocos, que acreditaran dicha voluntad, habiéndose probado, además, que la vacante de la actora había sido cubierta, sin que sea relevante que lo fuera en distintas condiciones, ya que dicha decisión era una potestad de la empleadora, despeje el problema aquí planteado. No lo despeja, porque todos esos extremos se deducían claramente y, sin ningún género de dudas, del escrito de demanda, en cuyo hecho séptimo, reproducido más arriba, se admitió que la empresa no había manifestado nunca su voluntad extintiva y se reconoció expresamente también que se había contratado a otra empleada del hogar, aunque en distintas condiciones que la actora, entendiéndose por ésta que dicha circunstancia acreditaba la existencia de vacante, de manera que, la negativa empresarial a la readmisión constituía un despido tácito.

Consiguientemente, si hemos manifestado hasta la saciedad que, cuando la empresa manifiesta expresamente que no reincorpora al excedente por falta de vacante y no se acredita mediante actos inequívocos su voluntad extintiva, no hay despido y, si no hay despido, no cabe demandar por despido y hemos reiterado del mismo modo que, en estos supuestos, el procedimiento adecuado es el ordinario, sin que la elección de uno u otro procedimiento corresponda al trabajador (STS 22-11-2007, rcud. 2364/2006; 23-09-2013, rcud. 2043/2012; 18-01- 2022, rcud. 3964/2018 6-04-2022, rcud. 200/2021 y 31 de mayo de 2022,



rcud. 134/2019), no podemos defender ahora, como hace la sentencia mayoritaria, que, si el demandante demandó por despido con base a la supuesta existencia de vacante, el procedimiento fue adecuado y no procedía su reconducción al procedimiento ordinario.

Es claro, por tanto, que el órgano de instancia, con la simple lectura de la demanda, pudo constatar que el supuesto despido se fundaba propiamente no en la existencia genérica de vacante, puesto que se admitió expresamente en la misma que se había contratado a otra empleada del hogar, sino en las condiciones de contratación de la nueva empleada que, al no ser las mismas que las de la demandante, acreditaban que su vacante no se había ocupado. Consiguientemente, si la propia demandante fundó su demanda por despido en la existencia de una vacante fantasmal, debido a que la nueva empleada del hogar no había sido contratada en sus mismas condiciones, se puso de manifiesto desde el momento de admisión de la demanda, sin necesidad de entrar al fondo del asunto, que nunca se produjo el citado despido y, por tanto, el procedimiento seguido no era el adecuado, lo que debió reconducirse por el juez de instancia al procedimiento ordinario, para dar cumplimiento a la obligación establecida en el art. 102.2 LRJS.

Es así, porque el debate real, propuesto en la demanda, con independencia de la modalidad procesal elegida, se basó en la supuesta existencia de vacante y no en la voluntad extintiva de la empresa, sin que sea relevante el cambio de condiciones de la nueva empleada del hogar, por cuanto hemos mantenido reiteradamente que el empresario no está obligado, en la excedencia voluntaria, a conservar el puesto de **trabajo** del excedente, que puede amortizar o modificar sus condiciones tareas (STS/4ª 31 de mayo de 2022, rcud. 134/2019, con cita de SSTS 21 enero 2010 -rcud. 1500/2009 -, 15 junio 2011 -rcud. 2658/2010- y 12 febrero 2015 -rcud. 322/2014-), la amortización de las mismas (STS/4ª de 30 abril 2012 - rcud. 2228/2011- STS/4ª/Pleno de 8 febrero 2018 -rcud. 404/2016-) o, incluso, la externalización de las funciones (STS/4ª de 30 noviembre 2012 -rcud. 3232/2011 -, 15 marzo, 11 julio y 17 septiembre 2013 - rcud. 1693/2012, 2139/2012 y 2140/2012, respectivamente).

Consiguientemente, como la causa de pedir explícita de la demanda fue la supuesta existencia de vacantes, es claro que su pretensión debió canalizarse necesariamente por el procedimiento declarativo, como hemos subrayado más arriba, sin que fuera necesario entrar a juicio para despejar si había o no vacante, toda vez que dicha pretensión solo podía canalizarse cabalmente por el procedimiento declarativo, como hemos reiterado en múltiples sentencias, por todas STS 6 de abril de 2022, rcud. 200/21 y 6 de julio de 2022, rcud. 324/2021.

Cuestión distinta, claro está, habría sido si, el juzgado hubiera intentado promover el procedimiento adecuado y la demandante hubiera persistido en la modalidad procesal inadecuada o ésta no hubiera podido completarse debidamente, en cuyo caso no se habría producido vulneración de lo dispuesto en el art. 102.2 LRJS. Dicha circunstancia no consta en autos, como se deduce de la lectura de la propia sentencia, donde el magistrado de instancia se pregunta sobre la adecuación del procedimiento para concluir, a continuación, que no ha existido despido, lo que le lleva a desestimar la demanda de despido, sin conceder al demandante la oportunidad de reconducir el procedimiento, incumpliendo, de este modo, lo dispuesto en el art. 102.2 LRJS, que establece obligaciones directas al tribunal para asegurar que los procedimientos siguen la tramitación adecuada.

Dicha conclusión no puede enervarse, porque en el recurso de suplicación la demandante continuara defendiendo la concurrencia de despido, toda vez que, la vulneración del art. 102.2 LRJS se produjo necesariamente en la instancia, donde debió reconducirse el procedimiento, sin que sea relevante que la actora mantuviera su pretensión en las conclusiones, puesto que no se le dio la oportunidad de modificar el procedimiento, que es precisamente la finalidad del precepto examinado.

QUINTO. - Por las razones expuestas, considero que debió estimarse el recurso de casación para la unificación de doctrina, porque la doctrina correcta corresponde a la sentencia de contraste y, consiguientemente, debió casarse y anularse la sentencia recurrida y, resolviendo el debate en suplicación, estimar el de tal clase interpuesto por la demandante contra la sentencia de instancia, que debería anularse, reponiendo actuaciones al momento de admisión de la demanda por el juzgado de instancia para que se proceda a tramitar el procedimiento declarativo de reingreso de la demandante.

En Madrid, a 7 de octubre de 2022.