



TREBALL FINAL DE GRAU

Grau en Dret

**La versatilitat de l'excedència laboral.
Solucions per la seva correcta aplicació.**

Autor: Iñigo Rueda Sotorra

Tutor: Dr. Ignasi Camós Victoria

Curs Acadèmic: 2015/2016

Universitat de Girona. Facultat de dret

ÍNDEX

INTRODUCCIÓ	1
1. ASPECTES BÀSICS SOBRE L'EXCEDÈNCIA.....	3
1.1. Concepte i finalitat	3
1.2. Origen de l'excedència	3
1.3. Normativa aplicable	5
1.4. La incidència de la Llei d'Igualtat en l'excedència.....	6
2. CLASSIFICACIÓ DE LES EXCEDÈNCIES	8
2.1. Excedència forçosa.....	9
2.1.1. Excedència forçosa per l'exercici d'un càrrec públic.....	10
2.1.2. Excedència forçosa per l'exercici de funcions sindicals	10
2.1.3. Excedència forçosa pel compliment d'un deure públic	11
2.2. Excedència voluntària	12
2.3. Supòsits especials d'excedència.....	14
2.3.1. Excedència per la cura de fills	14
2.3.2. Excedència per la cura de familiars	15
2.3.3. Excedència pactada	15
3. QÜESTIONS PROBLEMÀTIQUES	16
3.1. La difusa naturalesa de l'excedència voluntària	16
3.2. L'amortització del lloc de treball durant el gaudi de l'excedència voluntària	20
3.3. El dret preferent de l'excedent voluntari després de la sol·licitud de reingrés	21
3.4. La negativa empresarial a la sol·licitud de reingrés	22
3.5. La indemnització derivada de la negativa empresarial al reingrés de l'excedent	23
3.6. El tractament dels salaris de tramitació en l'acomiadament improcedent durant l'excedència voluntària	24
3.7. Efectes de l'acomiadament col·lectiu en l'excedència voluntària	25
3.8. El dret a la pròrroga en l'excedència voluntària	26
3.9. El reingrés amb demora de l'excedent voluntari	29
3.10. L'excedència per l'exercici de funcions sindicals té realment el caràcter d'excedència forçosa?.....	38
3.11. L'empara constitucional de l'excedència per la cura de fills i altres familiars	40
CONCLUSIONS	45
BIBLIOGRAFIA D'INTERÈS	50

INTRODUCCIÓ

Com veurem, ja des del seu origen l'excedència laboral s'ha caracteritzat per tenir una naturalesa amb un destacat grau d'instabilitat i de falta de determinació. La seva escassa regulació per part de la normativa laboral provoca que a l'hora de posar-la en pràctica es generi en molts casos confusió i múltiples problemes d'interpretació.

Aquest fet porta inevitablement aparellada la necessària intervenció dels òrgans jurisdiccionals per poder resoldre cadascun d'aquests aspectes conflictius. Això ha suposat un ampli ventall de debats doctrinals, així com una gran diversitat de litigis i controvèrsies judicials envers la interpretació i aplicació normativa d'aquesta institució.

Dit això, convé ressaltar la força rellevant que està adquirint l'excedència en els darrers temps, sobretot a partir de l'entrada en vigor l'any 2007 de la Llei Orgànica per la igualtat efectiva entre dones i homes. Com veurem, la seva promulgació ha modificat alguns aspectes importants de la normativa laboral sobre l'excedència voluntària, l'excedència per la cura de fills i l'excedència per la cura de familiars, afavorint les condicions del dret exercit pel treballador o treballadora. D'aquesta manera, s'ha aconseguit consagrar una de les seves principals finalitats, que no pot ser una altra que la defensa del principi universal de la igualtat entre dones i homes en l'àmbit laboral, atenint-se alhora al caràcter tuitiu, protector i tutelar del Dret del Treball, que consisteix en procurar l'equilibri entre les parts integrants de la relació laboral, en la qual el treballador acostuma a partir d'una situació d'inferioritat respecte l'empresari.

El present treball s'ha plantejat amb l'objectiu d'exposar els principals punts de conflicte existents en la configuració jurídica de la figura de l'excedència, aportant el major nombre de solucions possibles per tal que l'aplicació pràctica d'aquesta institució es pugui entendre de manera ràpida i eficaç.

Així doncs, el treball s'estructura en tres capítols.

El primer d'ells analitza els trets més essencials de l'excedència. Aquí es duu a terme l'estudi sobre el seu concepte i la seva finalitat, de la mà d'un breu repàs sobre el seu origen i la seva evolució històrica. Finalment s'enumeren els diferents cossos normatius que regulen aspectes concrets d'aquesta institució en l'actualitat, fent una especial menció a com ha afectat la Llei d'Igualtat Efectiva entre dones i homes en el seu règim normatiu. La intenció d'aquest capítol és poder introduir al lector dins del complex món de la figura de l'excedència, per així poder comprendre amb més facilitat el desenvolupament de la resta del treball.

El segon capítol inclou les diferents categories d'excedència que podem trobar avui en dia, que com veurem, van molt més enllà de la tradicional distinció entre l'excedència forçosa i la

voluntària. La constant expansió del món laboral ha afegit noves modalitats amb funcions i característiques pròpies, que mereixen ser analitzades amb deteniment en aquest apartat com a forma idònia per poder entendre la problemàtica que serà objecte d'estudi exhaustiu en el següent capítol.

En el tercer capítol s'aborden de forma individualitzada diferents situacions controvertides que tenen el seu origen en l'escassa, vaga i fins i tot en alguna vessant inexistent regulació de l'excedència laboral. Per fer-ho, he optat per l'anàlisi de cadascuna d'aquestes situacions, exposant els criteris tant doctrinals com jurisprudencials emprats per afrontar i resoldre la problemàtica generada per aquest mencionat buit normatiu.

1. ASPECTES BÀSICS SOBRE L'EXCEDÈNCIA

1.1. Concepte i finalitat

Cal introduir aquest apartat aclarint que l'Estatut dels Treballadors no defineix la figura jurídica de l'excedència laboral, sinó que únicament la regula. En aquest sentit, el Tribunal Suprem identifica aquesta institució com un parèntesis en la vida laboral de qui l'exercita, i la qualifica com un supòsit atípic de suspensió del contracte¹. Aquesta conceptualització realitzada per l'Alt Tribunal denota falta de concreció i no ens aporta una idea clara sobre les seves principals característiques.

Dit això, a l'hora de definir què entenem pel terme excedència hem de partir dels trets essencials de les seves diferents modalitats, cadascuna amb una regulació particular. Com a conseqüència d'això, si es vol filar massa prim en la definició d'un concepte genèric d'excedència es corre el risc d'al·ludir a determinada o determinades classes d'excedència, deixant altres al marge.

Així doncs, una possible aproximació al concepte jurídic d'excedència seria definir-la com aquella institució que permet al treballador interrompre temporalment la seva prestació laboral per diferents causes (ja sigui per exercir algun càrrec públic o sindical, ja sigui per atendre els seus interessos personals, professionals o familiars) sense la necessitat de trencar el vincle contractual de manera definitiva.

Per tant, la finalitat essencial de l'excedència és protegir el treballador enfront aquesta classe de situacions, esdevenint així una eina imprescindible per poder assolir una major estabilitat a les relacions laborals. A través d'aquest instrument jurídic el treballador té la facultat de poder desvincular-se de l'empresa mitjançant un parèntesis temporal i compatibilitzar així la seva relació laboral amb altres ocupacions que en un principi haguessin dificultat o impedit la seva correcta prestació de serveis, sense l'exigència de trobar-se sotmès a una ruptura definitiva del seu contracte de treball.

1.2. Origen de l'excedència

Abans d'endinsar-me a analitzar cadascun dels aspectes referents a l'excedència laboral, he considerat convenient esbrinar a través d'una breu recerca històrica el com, el quan i el per què va sorgir aquesta figura jurídica en el nostre ordenament jurídic.

Per començar, és important recordar que una de les vessants sobre les quals s'ha vist plasmada la funció protectora del Dret del Treball és la del seu propòsit de procurar l'estabilitat del treballador

¹ Sentència del Tribunal Suprem de 12 de març de 2003 (RJ 2003/3811).

que es veu afectat per determinades circumstàncies que l'obliguen (o almenys, l'aconsellen) a deixar temporalment la seva feina. Per tal d'assolir aquesta estabilitat s'utilitzen diverses tècniques amb l'objectiu comú de mantenir la relació laboral durant aquesta interrupció dels serveis, privant temporalment a l'empresari de la seva facultat per resoldre el contracte de treball, malgrat que durant aquest període cessin les prestacions bàsiques de treball i salari. Una d'aquestes tècniques és la figura de l'excedència, que com veurem en el desenvolupament del treball, ha marcat un abans i un després en la lluita per aquesta causa.

Així doncs, l'excedència va néixer en l'ordenament jurídic espanyol a mitjans de segle XIX, de forma dispersa i sense una regulació concreta, establerta en alguns reglaments de Cossos especials² i sense aparèixer suficientment delimitada respecte d'altres figures. En aquells temps, l'excedència acostumava a donar cobertura a les situacions de malaltia i de mobilitat del funcionari a altres serveis de l'Estat, Província o Municipi, així com a la situació en que quedaven els funcionaris quan es suprimia o reformava la plantilla o destí. Tanmateix, no és possible trobar un tractament unitari de l'excedència en aquella època, ja que cada Cos especial utilitzava els conceptes amb finalitats diferents.

No va ser fins la promulgació de la Llei de Bases de 22 de juliol de 1918 (Estatut de Maura) que l'excedència va assolir una regulació general més perfilada i sistemàtica on es va recollir per primer cop la tradicional distinció entre excedència forçosa i voluntària, configurades ja amb característiques molt similars a les que conservaran amb el pas del temps.

L'Estatut de Maura va definir l'excedència forçosa com una excedència causal per aquelles situacions de reforma de plantilla o elecció per càrrec parlamentari, durant la qual el funcionari conservaria el dret a dos terços del sou i computaria el seu temps a tots els efectes.

Per altra banda, la mateixa Llei de Bases va senyalar que l'excedència voluntària es podria concedir per un temps d'1 a 10 anys a tots els funcionaris actius compresos dins del seu àmbit que ho sol·licitessin. D'aquesta situació, en canvi, no derivava cap dret a sou, i el seu temps tampoc era computable a efectes d'antiguitat, ascens o jubilació.

Posteriorment, aquesta institució jurídica aplicada en un principi i de forma exclusiva en el Dret funcional, es va anar expandint també al món laboral (com moltes altres vessants), de manera que el treballador va anar adquirint paulatinament el seu dret a l'excedència. Segons l'autor Pérez Pérez, aquesta "laboralització" de la funció pública no va ser guiada per la intenció d'equiparar en drets als funcionaris amb els treballadors del sector privat, sinó per igualar "a la baixa" als

² Entre d'altres, el Cos Especial d'empleats d'Establiments Penals, el Cos d'empleats de Correus, el Cos d'Enginyers de Camins, Canals i Ports, o el Cos d'Advocats de l'Estat.

primers amb els segons, afectant així als seus privilegis tradicionals³. De la mateixa manera, el seu àmbit d'aplicació va anar augmentant considerablement, doncs va passar de regular-se en un inici en determinats convenis col·lectius professionals i en determinats supòsits a expandir-se al dia a dia de la població assalariada.

Com podrem comprovar més endavant, la majoria de característiques envers aquests dos tipus d'excedències encara es mantenen pràcticament idèntiques avui en dia. Si més no, l'especial complexitat casuística del dret laboral, així com la seva constant mutació, ha desembocat en innumerables modificacions normatives i interpretacions jurisprudencials respecte a aquesta figura. Com a conseqüència d'això, la seva evolució històrica està revestida de trets molt interessants, si bé l'escurat límit extensiu d'aquest treball m'obliga a realitzar una simple remissió als estudis realitzats per Ana Rosa Argüelles Blanco⁴ i més recentment per José Benet Escolano⁵, que han analitzat el tema d'una forma brillant i detallada.

1.3. Normativa aplicable

Per poder abordar els diferents aspectes reguladors de cadascuna de les categories d'excedència és precís acudir a una sèrie de disposicions que es troben en diverses normes jurídiques.

El pilar fonamental d'aquesta regulació és el Reial Decret Legislatiu 2/2015 de 23 d'octubre, pel que s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors (en endavant, Estatut dels Treballadors, ET). Concretament, la figura jurídica de l'excedència es contempla en el seu article 46, contingut en la Secció 3a del Capítol III del Títol I de l'Estatut. Aquest precepte regula els aspectes més bàsics i essencials dels diferents tipus d'excedència. Si més no, veurem que l'estret marc jurídic implantat per l'Estatut dels Treballadors és escàs i insuficient per una institució tan complexa com la de l'excedència, que es veu inevitablement sotmesa a un desmesurat ventall casuístic. Com es podrà observar en el tercer capítol del treball, la inclusió de l'excedència dins d'aquesta secció tercera, referent a la suspensió del contracte, ha suscitat un debat doctrinal que fins i tot avui en dia segueix viu.

El segon cos normatiu al qual és necessari fer referència és el Reial Decret Legislatiu 8/2015 de 30 d'octubre, pel que s'aprova el text refós de la Llei General de la Seguretat Social (en endavant

³ PÉREZ PÉREZ, M. *Derecho del trabajo y nuevos sistemas tecnológicos. Relaciones Laborales* núm. 20. 1988 (pp. 25-28).

⁴ ARGÜELLES BLANCO, A.R. *Antecedentes, origen y evolución histórica de la excedencia laboral (Revista andaluza de trabajo y bienestar social, núm. 45)*. 1997 (pp. 45 a 106). Disponible a: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/oaiart?codigo=2852348>

⁵ BENET ESCOLANO, J. *La figura jurídica de la excedencia voluntaria. Antecedentes históricos*, Tirant lo Blanch, València, 2015 (pp. 13 a 26).

Llei General de la Seguretat Social, LGSS). En el desenvolupament del treball es tindrà la possibilitat de conèixer quins són els preceptes d'aquest text aplicables al règim de l'excedència, que com es podrà comprovar tracten bàsicament sobre els efectes d'aquesta figura en relació amb la Seguretat Social.

Un tercer text legislatiu que també afecta, tot i que de manera molt més superficial, al règim jurídic de l'excedència és la Llei 36/2011, de 10 d'octubre, Reguladora de la Jurisdicció Social (a partir d'ara LRJS). Com veurem, una de les situacions en les quals pren un paper principal aquesta llei és quan l'empresari incompleix la decisió judicial de reincorporar a l'excedent voluntari (articles 283 i 284 LRJS).

Ja per acabar, la Llei Orgànica 11/1985, de 2 d'agost, de Llibertat Sindical (en endavant Llei de Llibertat Sindical, LOLS), regula concretament alguns aspectes referents a l'excedència forçosa per l'exercici de funcions sindicals. És d'important rellevància el seu article 9.1, que reconeix únicament el dret a l'exercici d'aquesta excedència a aquells treballadors que ostentin càrrecs electius a nivell provincial, autonòmic o estatal, dins de les organitzacions sindicals més representatives. Aquesta darrera exigència, no requerida per l'Estatut dels Treballadors, ha derivat en un punt de conflictivitat que serà analitzat més detingudament en el capítol tres del treball, que tracta sobre aquest tipus de controvèrsies normatives.

1.4. La incidència de la Llei d'Igualtat en l'excedència

Un cop citats els principals cossos reguladors de l'excedència, és important fer menció de la Llei Orgànica 3/2007, de 22 de març, per la igualtat efectiva de dones i homes (en endavant Llei d'Igualtat, LOIEDH). L'entrada en vigor d'aquesta Llei va impulsar entre moltes altres facetes l'optimització de les condicions del treballador en el seu exercici de l'excedència. La disposició addicional onzena de la Llei d'Igualtat va modificar per una banda part del contingut de l'article 46 ET, que com s'ha senyalat conté el règim essencial de les excedències, i per altra la incidència d'aquestes en les prestacions de la Seguretat Social, abordant al respecte la reforma del contingut de l'antic article 180 LGSS, actualment contemplat a l'article 237 de la mateixa LGSS, que regula la prestació familiar en la seva modalitat contributiva.

A aquests efectes, seguidament s'exposaran aquells aspectes de l'excedència que es van veure alterats per la promulgació de la Llei d'Igualtat:

a) L'excedència voluntària

Es va reduir de dos anys a quatre mesos el període mínim en el qual un treballador té dret a romandre en situació d'excedència voluntària, a tenor de l'article 46.2 ET, mantenint la resta de

condicionants, és a dir, tant l'exigència d'una antiguitat d'almenys un any a l'empresa com la seva sol·licitud per un període màxim de cinc anys.

b) L'excedència per la cura de fills

La Llei d'Igualtat va ampliar l'excedència per la cura de fills o menors acollits prevista a l'article 46.3 ET als supòsits d'acolliment, tant permanent com preadoptiu, malgrat que aquests siguin provisionals, amb una duració no inferior a un any. Prèviament la norma només preveia aquesta possibilitat pels acolliments no provisionals. A més a més, és possibilita com a novetat el gaudi d'aquest tipus d'excedència de forma fraccionada.

c) L'excedència per la cura de familiars

La implantació de la nova Llei d'Igualtat va incrementar d'un any a dos el període màxim de l'excedència per la cura de familiars, també regulada a l'article 46.3 ET. De la mateixa manera que en el cas anterior, s'afegeix la possibilitat gaudir d'aquesta excedència de forma fraccionada.

d) La incidència en les prestacions de la Seguretat Social

La prestació familiar en la seva modalitat contributiva, regulada prèviament a l'article 180 LGSS, considerava en la seva redacció anterior que el primer any d'excedència per la cura de fills o menors acollits cotitzava efectivament, als efectes de lucrar les prestacions de jubilació, incapacitat permanent, mort i supervivència i maternitat. Aquest any s'incrementaven a quinze mesos en els supòsits de famílies nombroses de categoria general i a divuit mesos en cas que es tractés de famílies nombroses de categoria especial.

Així doncs, el contingut d'aquest precepte reformat, actualment establert a l'article 237 LGSS, passa a considerar com a període efectivament cotitzat als efectes de les prestacions de jubilació, incapacitat permanent, mort i supervivència, maternitat i paternitat (aquesta última no inclosa anteriorment), els dos primers anys de l'excedència per la cura de fills o de menors acollits. Tanmateix, aquest període s'incrementa fins a 30 mesos en els supòsits en que el menor formi part de família nombrosa de categoria general, i fins els 36 mesos quan es tracti de categoria especial. D'altra banda, el primer any d'excedència per la cura d'altres familiars també passa a considerar-se de cotització efectiva a aquests efectes.

A mode de conclusió, totes aquestes mesures de protecció implantades per la Llei d'Igualtat tenen com a finalitat garantir a les persones treballadores la conciliació de la vida familiar, laboral i personal, contribuint així a construir una societat basada en la qualitat de vida de les persones, prevalent les mateixes possibilitats per les dones i pels homes en tots els àmbits vitals, progressant professionalment, atenent a les responsabilitats familiars i podent gaudir del temps tant familiar com personal.

2. CLASSIFICACIÓ DE LES EXCEDÈNCIES

Com he comentat anteriorment, la primera distinció entre l'excedència voluntària i la forçosa va aparèixer amb l'Estatut de Maura l'any 1918. Des d'ençà s'ha mantingut aquesta classificació tradicional, fins el punt que el mateix Estatut dels Treballadors contempla al seu article 46 la distinció entre aquests dos grans pilars, establint com a efecte comú que qualsevol d'aquestes situacions no atorgarà dret a cap retribució mentre l'excedent no es reincorpori al servei actiu⁶.

Si més no, després de gairebé un segle durant el qual l'Estat espanyol ha patit un constant canvi vivint dues dictadures, la segona república, una guerra civil i desembocant finalment en la democràcia, és impensable que aquesta distinció romangui totalment inalterable.

De fet no ha estat així, de manera que a les excedències forçosa i voluntària s'hi ha afegit diferents subcategories i supòsits específics, cadascun d'ells amb diferents trets i regulacions particulars. A continuació explicaré breument la classificació de totes elles, així com els seus aspectes més importants. Val a dir que la doctrina no ha establert un criteri fixe a l'hora de classificar els diferents tipus d'excedència, de manera que he escollit la diferenciació que he considerat més adequada i esclaridora.

En aquest sentit, podem dividir les excedències en tres grans blocs:

- 1) El primer, l'excedència forçosa, tant per l'exercici d'un càrrec públic o de funcions sindicals com pel compliment d'un deure públic.
- 2) El segon, referent a l'excedència voluntària, que com ja veurem, genera gran part de la problemàtica que trobem en la figura de l'excedència.
- 3) El tercer, que comprèn aquells supòsits específics que per les seves característiques particulars he preferit situar en un grup apart. Aquí he introduït les excedències per la cura de fills i familiars, així com les excedències pactades.

Seguidament destacaré els aspectes més importants de cadascuna d'elles.

⁶ BOTANA LÓPEZ, J.M. *Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral. Revista del Ministerio de Empleo y Asuntos Sociales, núm. 38. 2002 (p. 275).* Disponible a: http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/38/est10.pdf

2.1. Excedència forçosa

L'Estatut dels Treballadors estableix una distinció inicial entre l'excedència forçosa i la voluntària. La forçosa manté el dret a la reserva del lloc de treball durant el temps de l'excedència i a més computa a efectes d'antiguitat com si l'excedent hagués estat treballant durant aquest temps. La voluntària, en canvi, ni manté el dret al reingrés ni computa a efectes d'antiguitat, sinó que l'excedent ostenta únicament l'expectativa de dret al reingrés sense l'obligació de sotmetre's a un procediment de selecció⁷.

En relació amb la finalitat de l'excedència forçosa, el Tribunal Suprem ha estat aclaridor al establir que el propòsit d'aquesta institució no és facilitar que els treballadors incorporats a les Administracions públiques per designació política desenvolupin de forma privilegiada una doble paral·lela carrera professional, sinó evitar la ruptura o l'impediment de la carrera professional anterior com a conseqüència de l'exercici temporal de càrrecs públics o sindicals. L'interès protegit en l'excedència forçosa, per tant, no és només l'interès del treballador designat, que cal coordinar amb el d'altres treballadors i el de l'empresa d'origen, sinó també l'interès públic en que la vinculació laboral no constitueixi un obstacle per a l'exercici de càrrecs públics o sindicals⁸.

D'altra banda la figura de l'excedència forçosa és una institució jurídica que històricament s'ha considerat com una autèntica causa de suspensió. Així ho estableix el propi Estatut dels Treballadors en el seu article 45 k), contemplant l'excedència voluntària en el llistat tancat que conté les diferents causes de suspensió - fixem-nos que en aquest llistat, en canvi, el legislador no ha inclòs l'excedència voluntària com una de les causes de suspensió -. Si més no, com bé argumenta l'autor Mercader Uguina, en realitat el concepte d'excedència forçosa no fa referència a una causa específica que determini la suspensió del contracte, sinó a una situació suspensiva que deriva de la concurrència de determinades causes⁹.

Concretament, la normativa laboral preveu com a mínim tres causes d'excedència forçosa: l'exercici de càrrec públic representatiu (article 46.1 de l'Estatut dels Treballadors), l'exercici de càrrec sindical (article 9.1 b) de la Llei Orgànica de Llibertat Sindical) i el compliment d'un deure públic:

⁷ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*, 35^a edició. Tecnos, Madrid, 2014. (p. 445).

⁸ Sentència del Tribunal Suprem 9078/2007 de 13 de novembre de 2007 (recurs ud 3187/2006) (FJ 3).

⁹ MERCADER UGUINA, J.R. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. 7^a edició. Tirant lo Blanch, València, 2014 (p. 559).

2.1.1. Excedència forçosa per l'exercici d'un càrrec públic

Aquest tipus d'excedència es caracteritza per la possibilitat de ser decidida tant pel propi treballador com per l'empresari, quan s'estimi que l'exercici del càrrec pel qual ha estat designat o escollit el treballador sigui incompatible amb la continuïtat normal de la relació laboral, constatant les exigències de dedicació i temps que comporta.

Per altra banda, segons la doctrina implantada pel Tribunal Suprem envers la interpretació de l'article 46.1 de l'Estatut dels Treballadors, per "càrrec públic" no s'entén aquell càrrec permanent burocràtic de carrera, sinó el temporal o amovible al que s'accedeix per elecció, designació o nomenament de l'autoritat competent¹⁰. Si més no, el propi Tribunal ha negat la justificació d'excedència forçosa en els casos de nomenament a través d'un contracte laboral especial d'alta direcció amb una societat anònima regida per la Llei de Societats Anònimes, malgrat que la totalitat del capital de la societat era públic¹¹. Tampoc ha qualificat com a càrrec públic el nomenament per realitzar tasques d'assessorament i comunicació en una alcaldia¹². Com podem observar, l'Alt Tribunal ha anat delimitant i matisant a través de la casuística la definició del què entenem per càrrec públic.

2.1.2. Excedència forçosa per l'exercici de funcions sindicals

Aquest tipus d'excedència es troba regulada tant en l'Estatut dels Treballadors com en la Llei Orgànica de Llibertat Sindical.

Per una banda, l'Estatut dels Treballadors la contempla en el seu article 46.4, reconeixent la possibilitat de sol·licitar el pas a la situació d'excedència a l'empresa a aquells treballadors que exerceixin funcions sindicals d'àmbit provincial o superior mentre duri l'exercici del seu càrrec representatiu.

D'altra banda, l'article 9.1 b) LOLS reconeix el mateix dret als treballadors que reuneixin idèntics requisits, amb la particular exigència de que els càrrecs hauran de ser ostentats en les organitzacions sindicals més representatives. Com es pot comprovar, aquí s'aprecia una contradicció entre les dues disposicions, fet que ha derivat en un ampli debat doctrinal que serà abordat amb posterioritat en el tercer capítol.

¹⁰ Sentència del Tribunal Suprem de 20 de setembre de 2000 (recurs ud 3631/1999).

¹¹ Sentència del Tribunal Suprem de 18 de setembre de 2007 (recurs ud 2432/2006).

¹² Sentència del Tribunal Suprem de 13 de novembre de 2007 (recurs ud 3187/2006) (cit.).

A aquests efectes, de conformitat amb l'article 6.2 LOLS, tenen la consideració d'organitzacions sindicals més representatives aquelles que acreditin una especial audiència, que s'expressa quan s'obté, en aquest àmbit, el 10 per 100 o més del total de delegats de personal dels membres dels comitès d'empresa i dels corresponents òrgans de les administracions públiques, així com els sindicats afiliats, federats o confederats a alguna d'aquestes organitzacions.

2.1.3. Excedència forçosa pel compliment d'un deure públic

Si ens dirigim a l'article 37.3 ET, concretament al seu apartat d), es reconeix que l'empresa està facultada per situar al treballador en situació d'excedència forçosa quan el compliment d'un deure inexcusable, de caràcter públic i personal, l'impossibilita la prestació del treball en més del 20% de les hores laborals, en un període de 3 mesos. Es tracta, per tant, d'una excedència instada de forma voluntària per part de l'empresari i d'obligat compliment pel treballador. Entre les situacions que poden resultar en aquest tipus d'excedència, la més freqüent és l'exercici de càrrec públic que sense impossibilitar l'assistència a la feina, determina absències que superen l'ombrall establert legalment¹³.

En relació als efectes de les excedències forçoses (tant per l'exercici d'un càrrec públic o sindical com pel compliment d'un deure públic), a part de l'exoneració de prestar els serveis per part del treballador i de remunerar per part de l'empresari (com en qualsevol altre tipus de suspensió del contracte), com hem dit abans es conservarà el lloc de treball i es computarà l'antiguitat de la seva vigència.

Ja per acabar amb l'excedència forçosa, en relació a la reincorporació de l'excedent és fonamental el contingut establert per l'Estatut dels Treballadors en el seu article 48.3: *"En els supòsits de suspensió per exercici de càrrec públic representatiu o funcions sindicals d'àmbit provincial o superior, el treballador s'ha de reincorporar en el termini màxim de trenta dies naturals a comptar de la data del cessament en el càrrec o funció"*. Si el treballador no ha sol·licitat el reingrés en aquest termini, es podria entendre que el treballador ha renunciat voluntàriament al seu lloc de treball o l'empresari podria decidir el seu acomiadament per absències injustificades a la feina. En cas que el treballador sol·liciti la seva reincorporació, la negativa empresarial (ja sigui expressa o tàcita) constituiria un acomiadament improcedent¹⁴.

¹³ *Memento Práctico Social 2016*. Francis Lefebvre, Madrid, 2016 (p. 1721).

¹⁴ MERCADER UGUINA, J.R. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. 7^a edición. Tirant lo Blanch, València, 2014 (p. 560).

Finalment, a efectes de la Seguretat Social, l'excedència forçosa constitueix un supòsit de situació assimilada a l'alta per determinades contingències, amb l'abast i condicions que s'estableixin reglamentàriament, de conformitat amb el contingut de l'article 166.3 LGSS.

2.2. Excedència voluntària

A diferència de l'excedència forçosa, la voluntària no apareix enumerada a l'article 45 de l'Estatut dels Treballadors, que conté les diferents causes de suspensió del contracte, així que en un principi l'hauríem d'excloure d'aquesta categoria. Si més no, part de la doctrina sí que l'ha qualificat com una possible causa de suspensió per diversos motius, fet que ha originat una constant disputa que avui en dia encara no ha trobat una solució unificada. A conseqüència de la complexa problemàtica derivada d'aquesta disparitat argumental, he preferit abordar aquest tema més endavant, dins del bloc corresponent a la problemàtica relativa a les excedències.

Dit això, aquesta excedència s'anomena voluntària pel fet que el treballador escull per decisió pròpia col·locar-se o no en aquesta situació. No obstant això, no ens ha d'enganyar la seva denominació, doncs es tracta d'una excedència que un cop és sol·licitada pel treballador serà de forçosa concessió per l'empresa.

La seva finalitat fonamental és atendre els interessos personals i subjectius del treballador, atès que està orientada a la intimitat d'aquests. Conseqüentment, es diferencia de la resta de tipus d'excedència en els quals es requereix que concorrin unes concretes causes objectives per a la seva concessió.

Així doncs, la peculiaritat de l'excedència voluntària radica en que el treballador no té l'obligació de justificar les raons o motius pels quals insta l'excedència, no necessita que aquests motius siguin desvelats ni es requereix acreditar la certesa dels mateixos, existint un autèntic dret subjectiu del treballador en aquesta situació¹⁵.

Redirigint-nos a l'Estatut dels Treballadors, el seu article 46.2 reconeix el dret al treballador amb una antiguitat mínima d'un any en l'empresa a situar-se en excedència voluntària per un període opcional no menor a quatre mesos i no major a cinc anys. A més, s'imposa la limitació de que aquest dret només podrà ser exercit una altra vegada pel mateix treballador si han transcorregut quatre anys des del final de l'anterior excedència¹⁶.

¹⁵ *Memento Práctico Social 2016*. Francis Lefebvre, Madrid, 2016 (pp. 1723 i 1724).

¹⁶ Apartat redactat de conformitat amb la Llei Orgànica 3/2007 de 22 de març per la igualtat efectiva de dones i homes.

Per altra banda, com he mencionat, el dret a l'excedència voluntària és un dret potestatiu pel treballador. Per contra, aquest no pot declarar-se unilateralment en aquesta situació, sinó que haurà de sol·licitar-la a l'empresa i ser reconeguda per aquesta. Malgrat que l'Estatut dels Treballadors no exigeix requisits formals, sembla raonable que la sol·licitud s'efectuï per escrit. Tampoc s'imposa una determinada antelació per presentar la sol·licitud, ni que s'indiquin les raons o motius pels quals el treballador l'ha sol·licitat.

Un cop sol·licitada l'excedència per part del treballador, l'empresari estarà obligat a concedir-la sempre i quan es compleixin les exigències legal, per consegüent la seva decisió no és discrecional ni pot quedar condicionada per les necessitats del servei. En cas de denegació per part de l'empresa, el treballador haurà de sol·licitar el reconeixement judicial del seu dret. Fins que no sigui reconegut aquest dret, el treballador haurà de continuar prestant serveis en el seu lloc de treball, ja que la conducta de deixar d'acudir a la feina pot ser considerada com una dimissió o abandonament, així com determinar l'acomiadament per absències injustificades¹⁷.

En relació amb la durada de l'excedència, aquesta haurà d'anar fixada pel propi treballador dins del marge temporal previst normativament (és a dir, entre 4 mesos i 5 anys). És d'important menció el fet que una vegada hagi estat concedida la durada sol·licitada, no existeix un dret unilateral a la pròrroga¹⁸.

Atenent als efectes que aquest dret genera pel treballador, ens hem d'adreçar al contingut disposat per l'apartat cinquè del mateix article 46 de l'Estatut dels Treballadors, el qual indica que el treballador excedent conserva únicament un dret preferent al reingrés en les vacants d'igual o similar categoria a la seva que hi haguessin o es produeixin a l'empresa. Per tant, l'excedència voluntària no atorga al treballador el dret a la reserva del seu lloc de treball prevista en l'excedència forçosa, sinó que només garanteix una expectativa o dret potencial condicionat a l'existència de vacant a l'empresa. D'aquesta manera, i com ja veurem amb més profunditat en el bloc del treball corresponent a la casuística, és perfectament possible que l'empresari decideixi amortitzar el lloc de treball de l'excedent reassignant les tasques adscrites al seu lloc de treball entre la resta de treballadors¹⁹, externalitzant les tasques²⁰, o procedeixi a ocupar indefinidament amb un altre treballador el lloc de treball de l'excedent²¹.

En darrer terme, convé recalcar que el període d'excedència voluntària no es computa a efectes d'antiguitat i que el treballador que gaudeixi d'aquesta situació no tindrà dret a la prestació d'atur.

¹⁷ MERCADER UGUINA, J.R. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. 7ª edición. Tirant lo Blanch, València, 2014 (p. 561).

¹⁸ Sentència del Tribunal Suprem de 20 de junys de 2011 (recurs ud 2366/2010).

¹⁹ Sentència del Tribunal Suprem de 14 de febrer de 2006 (recurs 4799/2004).

²⁰ Sentència del Tribunal Suprem de 30 de novembre de 2012 (recurs 3232/2011).

²¹ Sentència del Tribunal Suprem de 21 de gener de 2010 (recurs 1500/2000).

En relació amb la Seguretat Social, s'ha de tenir en compte que l'empresari ha de cursar la baixa del treballador a la Seguretat Social amb efectes de la data d'inici de l'excedència, sense que hi hagi l'obligació de cotitzar durant aquesta situació.

2.3. Supòsits especials d'excedència

Com he explicat abans, aquest grup conté l'excedència per la cura dels fills, l'excedència per la cura d'altres familiars i l'excedència pactada.

Abans d'explicar les característiques de cada tipus d'excedència, cal emfatitzar que la normativa laboral contempla tant l'excedència per la cura dels fills com l'excedència per la cura de familiars com un dret per treballadores i treballadors, de forma que qualsevol d'ells el podrà exercitar i l'empresari estarà obligat a acceptar el seu gaudi. Aquest reconeixement, establert a l'article 46.3 de l'Estatut dels Treballadors, va ser introduït conforme a la Llei Orgànica 3/2007 de 22 de març per la Igualtat Efectiva de Dones i Homes, atenent així a la seva finalitat fonamental d'assolir la igualtat real i efectiva entre homes i dones i eliminar tota discriminació per raó de sexe, en particular la que afecta a les dones. En el mateix precepte, l'Estatut preveu una excepció per aquells supòsits en que dos o més treballadors de la mateixa empresa generin aquest dret pel mateix subjecte causant. Quan concorrin aquestes circumstàncies, l'empresari podrà limitar el seu exercici simultani per raons justificades de funcionament de l'empresa.

Dit això, passem a l'anàlisi específic de cadascuna d'aquestes peculiars excedències:

2.3.1. Excedència per la cura de fills

El primer paràgraf del ja mencionat article 46.3 del mateix text normatiu reconeix als treballadors el dret a l'excedència per atendre la cura de cada fill, ja ho sigui per naturalesa, per adopció o per aquells supòsits d'acolliment (tant permanent com preadoptiu). La durada del període d'excedència no podrà ser superior a tres anys, a comptar a partir de la data de naixement o, en el seu cas, de la resolució judicial o administrativa.

Durant el primer any, el treballador té dret a la reserva del seu lloc de treball, de manera que l'excedència en aquest cas funciona com a forçosa. En el transcurs dels dos anys següents, en canvi, el treballador té dret a la reserva d'un lloc de treball en el mateix grup professional o categoria equivalent. Així doncs, ens trobem davant d'un règim més favorable que el de l'excedència voluntària (ja que es garanteix la conservació d'un lloc de treball), però més dèbil

que el de l'excedència forçosa (per no assegurar la conservació de la posició ostentada anteriorment).

2.3.2. Excedència per la cura de familiars

Juntament amb l'excedència per la cura dels fill, el propi article 46.3 de l'Estatut dels Treballadors regula l'excedència destinada a la cura de familiars fins el segon grau de consanguinitat o afinitat que per raons d'edat, accident, malaltia o discapacitat no es puguin valer per si mateixos i no realitzin cap activitat retribuïda.

La durada màxima d'aquest tipus d'excedència és de 2 anys, excepte que es fixi un termini més extens a través de la negociació col·lectiva. Durant el primer any, el treballador tindrà dret a la reserva del lloc de treball, de la mateixa manera que en el supòsit de l'excedència per la cura dels fills. Posteriorment, el treballador únicament conservarà el dret a ser reincorporat a un lloc de treball del mateix grup professional o de categoria equivalent.

En referència als efectes generats per la situació suspensiva tant en l'excedència per la cura dels fills com en l'excedència per la cura de familiars, hem de tenir en compte que el període en que el treballador romangui en situació d'excedència és computable a efectes d'antiguitat i el treballador tindrà dret a l'assistència a cursos de formació professional²². Aquest període tindrà la consideració de període de cotització efectiva a efectes de les corresponents prestacions de la Seguretat Social per jubilació, incapacitat permanent, mort i supervivència, maternitat i paternitat, com així ho estableix l'article 180.1 de la Llei General de la Seguretat Social.

Per concloure amb aquestes dues categories, hem de recordar que la normativa estableix una regla comú aplicable a aquells supòsits en els quals el treballador formi part d'una família nombrosa. Segons l'Estatut dels Treballadors, en aquests casos, es preveu que la reserva del lloc de treball es perllongui fins un màxim de 15 mesos si es tracti d'una família nombrosa de categoria general, i fins un màxim de 18 mesos quan es sigui de categoria especial.

2.3.3. Excedència pactada

Finalment, l'Estatut dels Treballadors tanca el precepte 46 referent a les excedències amb el seu apartat sisè, que contempla la possibilitat de que l'empresari el treballador pactin (ja sigui en el moment de firmar el contracte o posteriorment) la suspensió temporal del contracte en el termini

²² MERCADER UGUINA, J.R. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. 7ª edición. Tirant lo Blanch, València, 2014 (p. 564).

i les condicions que decideixin. És el que es denomina “excedència pactada”, que obre un ventall d’innumerables supòsits acordats col·lectivament, de manera que el seu règim i els seus efectes seran aquells que fixin les parts. Malgrat això, el període en que es gaudeixi de l’excedència pactada en cap cas computarà a efectes de cotitzacions.

3. QÜESTIONS PROBLEMÀTIQUES

Com ja s’ha dit prèviament, la manera en que està regulada la figura de l’excedència és l’origen de nombroses situacions controvertides i aspectes contradictoris. Conseqüència directa d’això és, per una banda, l’aparició de diferents perspectives doctrinals que aborden aquesta indeterminació confusa seguint argumentacions i criteris molt variats. Per altra banda, aquest fet ha generat un ampli ventall de casuística jurisprudencial que pretén resoldre i aclarir aquests embolics normatius, alimentant nombrosos recursos en unificació de doctrina resolts pel Tribunal Suprem. A continuació s’enumera un llistat que comprèn aquells aspectes problemàtics envers la figura de l’excedència laboral que he considerat de més rellevància, establint en cadascun d’ells aquells criteris i decisions adoptades pels diferents tribunals espanyols amb l’objectiu de trobar una resposta a aquests buits normatius. Tanmateix, acompanyaré aquesta conflictitat jurídica amb les diferents postures perfilades per la doctrina, que com veurem a continuació, en molts casos difereixen unes de les altres.

Val a dir que a raó de l’acaparament per part de l’excedència voluntària de la gran majoria d’aquesta problemàtica, a conseqüència de tenir un règim jurídic més indeterminat i confús, s’exposaran en primer lloc les qüestions relacionades amb aquesta categoria i posteriorment la resta. Sense més dilació, passem a analitzar cadascuna d’aquestes vessants problemàtiques:

3.1. La difusa naturalesa de l’excedència voluntària

Repasant el contingut exposat en el capítol anterior, per definir què entenem per excedència voluntària, necessàriament ens hem de dirigir a l’article 46.2 de l’Estatut dels treballadors, que disposa el següent:

46.2 ET: “El treballador que tingui una antiguitat a l’empresa d’almenys un any té dret que se li reconegui la possibilitat de situar-se en excedència voluntària per un termini que no sigui inferior a quatre mesos ni superior a cinc anys. Aquest dret només el pot exercir una altra vegada el mateix treballador si han transcorregut quatre anys des del final de l’excedència voluntària anterior”.

Seguidament, l'apartat 5 del mateix precepte estableix:

46.5 ET: *“El treballador en excedència conserva només un dret preferent al reingrés en les vacants de la mateixa categoria que la seva o similar que hi hagi o es produeixin a l'empresa”*.

Així de breu i poc concisa és la regulació d'aquesta important figura jurídica a l'Estatut dels Treballadors, la norma bàsica que vertebrava les institucions fonamentals del nostre ordenament laboral. Aquesta manca de determinació per part del legislador ha portat aparellada una inevitable i justificada crítica de la nostra doctrina científica i jurisprudencial des del mateix moment de la promulgació de la Llei de l'Estatut dels Treballadors²³.

Un dels aspectes més discutits a causa d'aquesta vaga conceptualització de l'excedència voluntària és la seva inclusió o no entre les suspensions del contracte. Malgrat que en molts casos la podem integrar dins d'aquesta categoria, no sempre és així, ja que com ara veurem, la figura jurídica de la suspensió del contracte es desnaturalitza si no va acompanyada d'un termini, directa o indirectament determinat, per la recuperació dels seus efectes.

Si ens atenim una vegada més a les disposicions laborals, comprovem que l'article 48.1 ET defineix els efectes de la suspensió del contracte de treball, establint que: *“quan cessin les causes legals de suspensió, el treballador té dret a la reincorporació al lloc de treball reservat”*. Tanmateix, l'article 46.1 ET també comprèn de forma clara l'excedència forçosa dins el concepte de suspensió, en tant precisa que aquesta garanteix el dret a la conservació del lloc de treball.

Si més no, la configuració de l'excedència voluntària difereix de la descrita anteriorment, i la realitat ens mostra que és un error acceptar sistemàticament per part de la doctrina (fins i tot el Tribunal Constitucional) que la distinció entre les dues classes d'excedència (voluntària i forçosa) es basa en l'existència o no de reserva del lloc de treball. Com ja he mencionat prèviament, l'article 46.5 ET, dirigit a l'excedència voluntària, ens diu que el treballador excedent conserva “només” un dret al reingrés en cas que en l'empresa hi haguessin vacants de la mateixa categoria o similar a la del seu lloc de treball. Tot i això, l'evolució de l'ordenament ha anat introduint supòsits d'excedència voluntària amb reserva del lloc de treball. En definitiva, ens trobarem en un cas de suspensió del contracte únicament quan en l'excedència voluntària hi hagi aquesta reserva. En cas contrari (inexistència de reserva del lloc de treball), estarem davant d'una figura diferent, que és l'extinció del contracte amb dret condicionat a la readmissió.

Hem de dir que respecte a aquesta tesis hi ha hagut diferents postulacions, algunes a favor, altres en contra. Un dels punts de vista discrepants va ser el dels Magistrats del Tribunal Suprem

²³ Sentències del Tribunal Suprem 3099/1997 (Sala Social, Secció 1a) de 5 de maig de 1997 (recurs 3836/1996) i 7701/2000 (Sala Social, Secció 1a), de 25 d'octubre de 2000 (recurs 3606/1998), entre d'altres. *ud

Fernández López i García Sánchez, que en el seu vot particular²⁴ van motivar per què consideren l'excedència voluntària com una causa de suspensió del contracte:

1r: Per estar regulada dins de la secció de l'Estatut dels Treballadors titulada "Suspensió del contracte".

2n: Perquè consideren que la reserva del lloc de treball no és un efecte essencial de la suspensió, sinó un efecte normal.

3r: Pel fet que la negativa de l'empresa a readmetre a l'excedent voluntari sense fonament en la inexistència de vacants constitueix un acomiadament, de conformitat amb reiterada doctrina del Tribunal Suprem.

4t: Perquè cal descartar que estem davant una interrupció, ja que no es manté l'obligació retributiva de l'empresari.

5è: Per considerar que la no estimació de l'excedència voluntària com una causa suspensiva suposaria la seva qualificació com a causa d'extinció de la relació laboral amb dret condicional, i això no és acceptable perquè aquest motiu no es troba entre el llistat de causes d'extinció de l'article 49 ET.

6è: Per acabar, perquè els treballadors que sol·liciten i obtenen una excedència voluntària no són conscients de que això pugui suposar l'extinció del seu contracte, atenent a la naturalesa de les coses.

Enfront d'aquests arguments, Fernando Suárez González, Catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Real Academia de Ciencias Morales y Política ha qüestionat cadascun dels motius defensats per Fernández López i García Sánchez, mantenint la seva postura en favor de que l'excedència laboral no és una causa de suspensió del contracte:

1r: El fet que estigui establert dins de la secció de suspensió del contracte (3a) i no dins de la d'extinció del contracte (4a) no pot afectar a la substància de les institucions, que són notòriament diferents.

2n: La reserva del lloc de treball, que és un tret decisiu en la diferenciació entre l'excedència voluntària i la forçosa, no es pot despatxar amb la simple afirmació de que és un efecte normal i no essencial de la suspensió.

3r: Les conseqüències de la no readmissió s'equiparen a les de l'acomiadament, però que no hi ha un acomiadament parlant jurídicament. Fernando Suárez ho argumenta: "*Si los Magistrados*

²⁴ Sentència del Tribunal Suprem 7701/2000 (Sala Social, Secció 1a), de 25 d'octubre de 2000 (recurs 3606/1998). *ud

discrepantes fueran coherentes con sus propios planteamientos deberían concluir que tal causa de despido no figura tampoco en ningún precepto de la Sección 4a (extinción del contrato). El empresario que no readmite existiendo vacante vulnera un derecho del trabajador en excedencia voluntaria y es sancionado como si hubiera sido despedido, pero esa construcción de ninguna manera exige que el contrato siguiera en vigor, aunque suspenso”.

4t: La referència a la interrupció no ve al cas, ja que pretén reduir les opcions a la suspensió i a la interrupció, quan considerem que no es tracta de cap de les dues.

5è: El Catedràtic Fernando Suárez declara que sostenir per una banda que la negació a la readmissió és un acomiadament i per altra que l’extinció de la relació laboral amb dret condicionat a la readmissió no figura a la llista de l’article 49 ET és una contradicció flagrant, perquè la negació a la readmissió tampoc està continguda dins d’aquest llistat.

6è: Finalment, respecte a la inconsciència dels treballadors de que el pas a excedència voluntària pugui suposar una veritable extinció del seu contracte, no es pot considerar un argument vàlid, ja que realment no demostra res.²⁵

A mode de conclusió, queda clar que la naturalesa jurídica de l’excèdència voluntària és de tot excepte clara. Es tracta d’una figura que crea força confusió respecte a la seva essència, i això és degut a la seva escassa regulació, que a l’hora de ser portada a la pràctica, ocasiona múltiples problemes d’interpretació. Això és així fins el punt que avui en dia encara no s’ha aconseguit definir quina és la seva vertadera naturalesa, derivant a causa d’això en importants disputes entre la doctrina laboral per tal de determinar si es tracta d’una figura extintiva o suspensiva.

Si es constata l’excèdència voluntària com un supòsit extintiu, això suposaria apreciar una ruptura del vincle contractual, fet que no succeeix sempre en aquest tipus d’excèdència com a conseqüència del dret expectant al reingrés. Si en canvi es considera que en l’excèdència voluntària és produeix una suspensió del contracte, com així defensa la postura majoritària, hauríem d’admetre que la relació laboral continua viva tot i estar debilitada per aquesta condició d’expectativa.

Una possible solució d’aquest confús anàlisi de l’article 46 ET seria afirmar que l’excèdència voluntària constitueix una situació anormal d’una relació laboral originada per la voluntat de les

²⁵ SUÁREZ GONZÁLEZ, F. *La equívoca suspensión del contrato de trabajo por excedencia voluntaria*. En GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Estudios dedicados al catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*. Tecnos, Madrid, 2015 (pp. 452 i 453).

parts, caracteritzada per l'exoneració temporal de les obligacions bàsiques de treballar i remunerar el treball, amb pervivència del vincle jurídic, tot i que de forma molt dèbil, i amb la conservació per part del treballador excedent únicament un dret expectant al reingrés. Des del meu punt de vista, les particulars característiques per les quals destaca la figura de l'excedència voluntària fan que sigui més apropiat catalogar-la no com una figura extintiva o suspensiva del contracte, sinó com una figura autònoma dins de les diferents institucions laborals del nostre ordenament jurídic.

3.2. L'amortització del lloc de treball durant el gaudi de l'excedència voluntària

El segon aspecte a destacar és el fet que l'excedència voluntària comú no comporta per l'empresari el deure de reservar al treballador excedent el lloc de treball ocupat prèviament. Per tant, això suposa per l'empresari la facultat de disposar de la plaça vacant, ja sigui contractant a un altre treballador per la realització de la mateixa tasca, reordenant les comeses laborals que la integren, o fins i tot procedint a la seva amortització. El treballador, per la seva part, únicament pot exercir el seu dret expectant (com a excedent voluntari) de manera immediata quan el mateix lloc de treball o un altre similar o equivalent es trobi disponible a l'empresa²⁶. En aquest punt, com veurem, la jurisprudència de la Sala Quarta del Tribunal Suprem ha unificat doctrina en els darrers anys, implantant que el fet d'amortitzar el lloc de treball de l'excedent mitjançant la reassignació a altres treballadors les tasques o comeses laborals que l'integren és un comportament empresarial "lícit, correcte i no abusi de les seves facultats d'organització i direcció del treball"²⁷. Així doncs, podem afirmar que el dret preferent al reingrés del treballador en excedència voluntària és un dret potencial o expectant, condicionat a l'existència de vacant a l'empresa, i no un dret incondicionat que s'exerceixi de manera immediata en el moment en que el treballador excedent expressi la seva voluntat de reingrés.

Ara bé, la doctrina plasmada en les sentències citades anteriorment únicament serveix de resposta a supòsits de disposició de la plaça de l'excedent durant el temps en que aquest està gaudint del seu dret d'excedència, és a dir, abans de que aquest sol·liciti el seu reingrés. En aquestes situacions, la reassignació d'altres treballadors de les tasques o comeses laborals que integren el lloc de treball de l'excedent²⁸, la cobertura de la vacant amb la contractació de dos treballadors

²⁶ SUÁREZ GONZÁLEZ, F. La equívoca suspensión del contrato de trabajo por excedencia voluntaria. En GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Estudios dedicados al catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde. Tecnos, Madrid, 2015 (p. 457).

²⁷ Sentències del Tribunal Suprem de 14 de febrer de 2006 (recurs ud 4799/2004), de 21 de gener de 2010 (recurs ud 1500/2009), de 15 de juny de 2011 (recurs ud 2658/2010), de 30 d'abril de 2012 (recurs ud 2228/2011), de 30 de novembre de 2012 (recurs ud 3232/2011), de 15 de març de 2013 (recurs ud 1693/2012), d'11 de juliol de 2013 (recurs ud 2193/2012) i de 13 de setembre de 2013 (recurs ud 2140/2012).

²⁸ Sentència del Tribunal Suprem de 14 de febrer de 2006 (recurs ud 4799/2004).

a temps parcial per realitzar la feina ordinària de l'actor, la reassignació de les seves funcions a altres llocs de treball²⁹, la promoció i redistribució de tasques³⁰, l'amortització dels llocs de treball del departament³¹ o l'externalització de les funcions³² constitueixen conductes lícites de l'empresa per subvenir a la situació creada amb l'excedència que no impedièren l'anàlisi de l'existència o no de vacant en el moment de la petició de reingrés de l'excedent.

3.3. El dret preferent de l'excedent voluntari després de la sol·licitud de reingrés

Ens trobem davant una qüestió diferent quan després d'haver sol·licitat l'excedent el seu reingrés i després d'haver manifestat l'empresa la inexistència de vacants com a resposta, s'acredita que es produeix la cobertura de places de la categoria de l'excedent mitjançant altres treballadors vinculats a l'empresa a través de contractació temporal o a temps parcial. Aquesta conversió de contractes (de contracte temporal o parcial a contracte indefinit o a jornada completa) es perfecciona una vegada l'empresa ja coneix la finalització del termini d'excedència voluntària del treballador i la seva voluntat de reincorporar-se, de manera que el dret preferent del treballador ha de ser constatat tenint en compte les circumstàncies que esdevenen a partir del precís moment de la petició de reingrés.

El Tribunal Suprem també ha unificat doctrina recentment per donar solució a aquesta situació controvertida en la qual es podria veure afectat injustament el dret de reincorporació de l'excedent. La Sala Quarta considera que per una banda és cert que la transformació dels contractes no suposa l'accés de personal extern a l'empresa, però també és evident l'existència de llocs de treball que s'ajusten perfectament a la preferència de reingrés pretesa per l'excedent. Enfront d'aquesta col·lisió d'interessos no és possible acceptar (segons l'Alt Tribunal) que els treballadors temporals o a temps parcial gaudeixin d'un dret preferent al del propi excedent, ja que l'obligació de reincorporar al treballador per part de l'empresa neix quan, una vegada sol·licitat el reingrés, apareixen necessitats que s'han de cobrir amb altres treballadors de categoria similar. Com podem comprovar, les condicions que es donen en aquest cas són totalment diferents a les dels supòsits analitzats en l'anterior qüestió controvertida. En la present

²⁹ Sentència del Tribunal Suprem de 21 de gener de 2010 (recurs ud 1500/2009).

³⁰ Sentència del Tribunal Suprem de 15 de juny de 2011 (recurs ud 2658/2010).

³¹ Sentència del Tribunal Suprem de 30 d'abril de 2012 (recurs ud 2228/2011).

³² Sentències del Tribunal Suprem de 30 de novembre de 2012 (recurs ud 3232/2011), de 15 de març de 2013 (recurs ud 1693/2012), d'11 de juliol de 2013 (recurs ud 2193/2012) i de 13 de setembre de 2013 (recurs ud 2140/2012).

situació no es tracta d'una reorganització dels recursos humans durant el període d'excedència del treballador, sinó que es duu a terme prescindint del dret de reingrés.

En paraules textuais del propi Tribunal Suprem: *“La preferencia del actor (l'excedent) juega de forma decisiva ante la evidencia de la existencia de puestos de trabajo de las características del que ocupaba el trabajador excedente, de suerte que, antes de efectuar la conversión de contratos, debió de tenerse en cuenta el derecho de quien formaba parte de la plantilla de la empresa y satisfacía las características de los puestos para los que se llevaban a cabo tales contrataciones”*³³.

Com a conclusió, la doctrina estableix que el treballador que ja ha sol·licitat el seu reingrés a l'empresa després d'una excedència voluntària tindrà preferència per cobrir una vacant per sobre d'aquells treballadors que hagin passat de tenir un contracte temporal o parcial a un contracte indefinit o a jornada completa.

3.4. La negativa empresarial a la sol·licitud de reingrés

Com ja hem previst en el supòsit anterior, un dels àmbits conflictius i que més han donat que parlar dins del món de l'excedència és el de la reincorporació al lloc de treball. Aquí, la jurisprudència ha introduït una distinció a tenir en compte en referència a la conducta empresarial enfront la petició de reingrés. Si l'empresari s'oposa de forma clara, oberta i determinant (fet que equivaldria a l'acomiadament), el treballador disposarà d'un termini de 20 dies a partir del moment en que s'hagués oposat per recórrer, d'acord amb l'article 59.3 ET. Si en canvi l'empresari nega la reincorporació provisionalment (de moment), sota pretext de que no existeix vacant en aquell moment, ens hem de dirigir al termini de l'article 59.2 ET, que passa a ser d'un any. Podem trobar el raonament jurídic d'aquest criteri a diverses resolucions del Tribunal Suprem³⁴. Si més no, des del meu punt de vista les paraules de la Sala són més esclaridores a la jurisprudència més actual de l'Alt Tribunal³⁵, on es distingeix clarament per una banda les situacions de negativa rotunda i irrevocable de l'empresa al reingrés sol·licitat pel treballador, fet que suposa la voluntat de ruptura del vincle jurídic-laboral que manté amb el mateix; i per altra banda les situacions de simple omisió de resposta a la sol·licitud de reingrés o del seu ajornament pel moment en que es produeixi la vacant adequada per la categoria de treball a realitzar pel treballador excedent. Pel primer supòsit, entén la Sala Quarta que l'acció a exercitar és la de

³³ Sentència del Tribunal Suprem de 12 de febrer de 2015 (recurs ud 322/2014).

³⁴ Sentències del Tribunal Suprem 7487/1988 de 27 d'octubre de 1988 i 6698/1994 de 19 d'octubre de 1994 (recurs ud 790/1994).

³⁵ Sentència del Tribunal Suprem 8365/2007 de 22 de novembre de 2007 (recurs ud 2364/2006).

l'acomiadament (art. 59.3 ET), mentre que pel segons cas es considera que l'acció a exercitar és la del reconeixement del dret al reingrés (art. 59.2 ET).

3.5. La indemnització derivada de la negativa empresarial al reingrés de l'excedent

Com hem vist, una de les situacions sobre la qual la jurisprudència ha acabant assumint un paper determinant és aquella en que, partint de l'existència de vacant, l'empresa nega el dret del treballador excedent a ocupar-la. Aquesta negativa s'equipara a l'acomiadament improcedent i la indemnització corresponent ha de calcular-se en funció de la retribució que hauria de percebre l'excedent si reingressés i no de la que regia en la data de sol·licitud de reingrés³⁶.

Aquí és interessant ressaltar la recent doctrina unificada pel Tribunal Suprem. En el supòsit de fet en qüestió, es va dictar sentència en primera instància³⁷ desestimant la demanda per acomiadament formulada enfront la negativa empresarial (entitat Atlántica de Handling, S.L.) de reingrés d'una treballadora en situació d'excedència. Posteriorment, la Sala Social del TSJ de Las Palmas de Gran Canaria va estimar el recurs formulat per la treballadora, condemnant a l'empresa al pagament de la indemnització i als salaris de tramitació des de la data de l'acomiadament, en cas de no optar per la reincorporació³⁸. L'empresa va interposar recurs de cassació per a la unificació de doctrina davant el Tribunal Suprem. L'Alt Tribunal va analitzar diferents sentències dictades per la Sala en supòsits idèntics i en els quals s'havia realitzat un tractament jurídic diferent, respecte al tema dels salaris de tramitació, en casos d'acomiadament declarat improcedent d'un treballador que es trobava en situació d'excedència voluntària en el moment de sol·licitar el reingrés.

En aquest sentit, el Tribunal declara que si el treballador vol reingressar i es donen les condicions per fer-ho, la relació suspesa per l'excedència "cobra vitalitat" en dues fases: La primera, fins que es materialitzi el dret preferent a una vacant, en la qual no es genera cap dret en matèria de salaris, prestació de serveis ni antiguitat. La segona, a partir del moment en que aquesta materialització es produeix. Des d'aquest moment ja no hi ha diferències en aquests aspectes entre un treballador excedent i un altre que es trobi en plantilla. Aquest fet fa que les conseqüències entre aquests hagin de ser idèntiques, almenys en quant als paràmetres que serviran per modular el dany causat,

³⁶ SUÁREZ GONZÁLEZ, F. *La equívoca suspensión del contrato de trabajo por excedencia voluntaria*. A GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Estudios dedicados al catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*. Tecnos, Madrid, 2015 (p. 458).

³⁷ Sentència del Jutjat Social núm. 6 de Las Palmas de Gran Canària de 2 de febrer de 2010 (autos 1114/2009).

³⁸ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Las Palmas de Gran Canaria 357/2010 de 27 de setembre de 2010.

que s'origina des del moment en que l'empresa, al negar el reingrés, fa inoperant l'article 46.5 ET. D'aquesta manera, la retribució que ha de servir per establir la indemnització serà la que hauria de percebre a partir d'aquest moment i no la que regia en el passat³⁹.

3.6. El tractament dels salaris de tramitació en l'acomiadament improcedent durant l'excedència voluntària

Una altra situació que ens podem trobar en els casos d'excedència voluntària és que el treballador sigui acomiadat per la seva empresa i que aquest acomiadament sigui declarat improcedent. Com veurem a continuació, el posicionament doctrinal envers el dret a cobrar els salaris de tramitació en aquests casos ha variat en els últims anys.

En un principi, la jurisprudència va ser determinant en negar el dret als salaris de tramitació en la gran majoria dels casos. Basant-se en que durant la situació d'excedència no es reporta cap retribució de l'empresa que l'ha concedit, el Tribunal Suprem ha manifestat reiteradament que la improcedència de l'acomiadament en aquest cas comporta l'opció empresarial entre reposar al treballador en la situació d'excedència voluntària en que es trobava o indemnitzar-li en la forma fixada per la sentència, però en cap cas amb dret als salaris de tramitació⁴⁰. El Tribunal Suprem va unificar doctrina al respecte:

*“Cuando se produjo el despido improcedente, el actor se encontraba en excedencia voluntaria, situación en la que no llevaba a cabo ninguna prestación efectiva de servicios, ni ocupaba ningún puesto de trabajo en la compañía demandada, ni recibía de ésta remuneración de clase alguna, por lo que no es posible condenar a la empresa al pago de los salarios de tramitación a que alude el artículo 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores”.*⁴¹

No obstant això, dos anys després el propi Tribunal Suprem va rectificar la seva posició, considerant que en aquests casos si que es tenia dret a l'abonament dels salaris de tramitació. Així ho va argumentar, també en unificació de doctrina:

“si bien durante el periodo durante el que el trabajador permanece en situación de excedencia voluntaria no tiene derecho a salarios, cuando la empresa incumple con la obligación de readmisión, la consecuencia es la de que la situación del trabajador excedente no readmitido injustamente desde la fecha en que debería haberse cumplido la obligación de readmitir es

³⁹ Sentència del Tribunal Suprem 8980/2011 de 19 de desembre de 2011 (recurs ud 218/2011).

⁴⁰ SUÁREZ GONZÁLEZ, F. *La equívoca suspensión del contrato de trabajo por excedencia voluntaria*. En GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Estudios dedicados al catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*. Tecnos, Madrid, 2015 (p. 458).

⁴¹ Sentència del Tribunal Suprem de 12 de juliol de 2010 (recurs ud 3282/2009).

análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido, con obligación indemnizatoria de perjuicios en ambos casos (bajo la forma de salarios de tramitación o de indemnización compensatoria), la Sala entiende que -rectificando la doctrina últimamente sustentada (contenida, entre otras, en la STS de 12 de julio de 2010 (rcud 3282/2009)-, debe fijarse como doctrina unificada que la declaración judicial de improcedencia del despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria por negativa, expresa o tácita, empresarial al reingreso conlleva el abono de salarios de tramitación desde la fecha en que se fije como la del despido y en aplicación de las normas generales sobre nulidad o improcedencia del despido".⁴²

Resumidament, a partir d'aquesta resolució s'equipara la situació que pateix un excedent voluntari al no ser readmès injustament a la situació que pateix un treballador acomiadat improcedentment, així que les conseqüències també han de ser les mateixes, de manera que l'excedent també tindrà dret a l'abonament dels salaris de tramitació des del moment en que es produeix l'acomiadament (negativa empresarial al reingrés).

3.7. Efectes de l'acomiadament col·lectiu en l'excedència voluntària

També és important el raonament jurídic argumentat pel Tribunal Suprem per solucionar el conflicte que esdevé en supòsits d'excedència voluntària en els quals es produeix a l'empresa un acomiadament col·lectiu fundat en causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció (art. 51 ET). Com podem observar en la fonamentació jurídica utilitzada per la Sala Quarta de l'Alt Tribunal, el treballador que gaudeix de l'excedència voluntària i és afectat per aquest tipus d'acomiadament, no tindrà dret a ser indemnitzat:

“La finalidad de la indemnización del despido prevista en el art. 51 del ET es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador. Este daño se produce cuando el trabajador está prestando servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo, pero no existe o por lo menos no es comparable al anterior, cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso "expectante", en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes. Es en su caso el trabajador que se contrató para ocupar el puesto de trabajo en excedencia el que tendrá derecho a la indemnización por la pérdida del mismo cuando éste se amortice, y no quien estando excedente por propia decisión no ha podido reingresar en la empresa precisamente porque ha cesado la actividad de ésta en la que había prestado servicios inicialmente. El argumento de analogía en que se centra el escrito del recurso de las Sras. Llaval y Miralles no puede prosperar a la vista

⁴² Sentència del Tribunal Suprem d'11 de juny de 2012 (recurs ud 3860/2011).

de cuanto se acaba de decir. No es lo mismo la pérdida de un puesto de trabajo que se está desempeñando y que constituye normalmente el medio de vida del trabajador, que el desvanecimiento del derecho expectante a ocupar una vacante en la empresa en la que se prestaron servicios, y de la que el trabajador se apartó, en el caso típico para el desempeño de otro puesto de trabajo o de otra actividad profesional.”⁴³

Cal destacar que contra aquesta fonamentació jurídica redactada pel Magistrat ponent Martín Valverde, es van formular vots particulars per part dels Magistrats Fernández López i García Sánchez, que defensaven la indemnització dels excedents voluntaris com a acomiadats. També va haver-hi vot particular envers la mateixa sentència per part dels Magistrats Moliner Tamborero, Salinas Molina, Samper Juan i Ríos Salmerón, partidaris de la decisió adoptada en el supòsit concret, però no de la conclusió general. Aquests Magistrats consideren que “cal examinar en cada cas si l’excedència és autènticament voluntària o si, en canvi, el treballador es troba realment en una autèntica situació d’excedència no desitjada i, conseqüentment, enfront d’una suspensió del seu contracte de treball que si li atorgaria dret a indemnització, inclòs en supòsits de tancament total de l’empresa”.⁴⁴

Els diferents punts de vista contradictoris ens mostren, una vegada més, l’existència de buits normatius en la regulació de les excedències. Buits que suposen, inevitablement, un ampli marge d’interpretació per part dels Jutges i Tribunals, fet que en ocasions pot generar el risc de la inseguretat jurídica.

3.8. El dret a la pròrroga en l’excedència voluntària

Per altra banda, el Tribunal Suprem ha establert que el dret a situar-se en excedència voluntària en un termini de 4 mesos a 5 anys no atorga al treballador el dret de pròrroga, de manera que aquell treballador que hagi exercit el seu dret a l’excedència per un període inferior al límit màxim, no el podrà alterar (el període) de forma unilateral i sense tenir en compte els interessos de l’empresa. L’any 2003, la Sala Quarta ja va unificar doctrina, disposant que:

“La empresa, una vez concedida la excedencia por el período solicitado, tiene derecho a poder organizar sus propios intereses en función del período por el que el trabajador optó y este

⁴³ Sentència del Tribunal Suprem de 25 d’octubre de 2000 (FJ Quart) (recurs ud 3606/1998).

⁴⁴ SUÁREZ GONZÁLEZ, F. *La equívoca suspensión del contrato de trabajo por excedencia voluntaria*. En GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Estudios dedicados al catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*. Tecnos, Madrid, 2015 (p. 459).

derecho quebraría si tuviera que someterse a variaciones ulteriores unilaterales decididas por el trabajador excedente".⁴⁵

Posteriorment, el mateix Tribunal va tornar a unificar doctrina, ampliant el raonament sobre el criteri anterior.⁴⁶ En el supòsit de fet, la part demandant (Teodoro), que prestava serveis a partir de l'any 2002 per la societat demandada (Prevención Mutuality S.L.) en la categoria professional de tècnic de prevenció, va sol·licitar l'any 2006 excedència voluntària amb reserva de lloc de treball pel període d'un any. La petició va ser acceptada, i posteriorment va sol·licitar dues pròrrogues de l'excedència d'un any cadascuna, les quals també van ser concedides. Si més no, arran d'això va sol·licitar una tercera pròrroga de la mateixa excedència, que aquest cop va ser denegada. Teodoro va interposar demanda contra la Societat Mutuality S.L. en reclamació de reconeixement de dret a la pròrroga, i el Jutjat Social número 3 de Bilbao va desestimar la demanda. El mateix demandant va recórrer en suplicació i la Sala Social del TSJ del País Basc va revocar la sentència d'instància, declarant el dret del treballador a la pròrroga de la seva situació d'excedència voluntària. La Sala va argumentar que el treballador ja havia obtingut dues pròrrogues de l'excedència sense cap mena d'oposició per part de l'empresa, que la sol·licitud de la nova pròrroga s'havia fet dins de termini i sense haver assolit el límit legal de 5 anys, i a més no consta la voluntat empresarial de denegar en el futur més pròrrogues. Per tot això, va entendre que procedia concedir al treballador la pròrroga sol·licitada.

Tanmateix, contra aquesta sentència la part demandada va interposar recurs de cassació per la unificació de doctrina, aportant com a sentència de contrast la dictada pel TSJ de Castella i Lleó⁴⁷ on en una situació idèntica (fets, fonaments i pretensions substancialment iguals) el Tribunal es va pronunciar de manera diferent, denegant en aquest cas la pròrroga. El TSJ va entendre que l'excedència voluntària té un caràcter excepcional, i que el fet que l'empresa havia concedit anteriorment l'ampliació o pròrroga d'aquesta excedència no implica la vinculació de l'empresa pel futur, ja que pot ser considerada una concessió gràcies per part de l'empresa que pot acordar o no la mateixa.

El Tribunal Suprem va estimar el recurs en cassació per la unificació de doctrina, fonamentant-se en l'argumentació que ja va utilitzar en una situació similar⁴⁸ :

"Por ello también ahora, por evidentes razones de seguridad jurídica hemos de concluir que no existe el derecho a la prórroga de la excedencia voluntaria concedida, tal y como afirma el Ministerio Fiscal en su informe, puesto que -se dice literalmente en nuestra sentencia- "la excedencia voluntaria constituye un supuesto atípico de suspensión del contrato de trabajo que,

⁴⁵ Sentència del Tribunal Suprem 7954/2003 d'11 de desembre de 2003 (recurs ud 43/2003).

⁴⁶ Sentència del Tribunal Suprem 4705/2011 de 20 de juny de 2011 (recurs ud 2366/2010).

⁴⁷ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó de 8 de maig de 2008 (recurs 153/08).

⁴⁸ Sentència del Tribunal Suprem 4601/2010 de 23 de juliol de 2010 (recurs ud 95/2010).

al igual que los demás supuestos de suspensión reflejados en el art. 45 ET constituye una alteración de la normalidad laboral y como tal alteración exige que las normas que regulan su ejercicio sean interpretadas en su estricto sentido. En concreto el art. 46.2 ET está reconociendo el derecho de los trabajadores con al menos una antigüedad en la empresa de un año a pasar a tal situación por un período opcional de entre dos y cinco años, aceptando que este derecho pueda ser ejercitado tan solo otra vez cuando hayan transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia.

Los términos en que el legislador se expresa en dicho precepto legal están reconociendo al trabajador el derecho a una excedencia cuyo período es de libre elección por él, pero no permiten aceptar que una vez elegido dicho período pueda ser alterado de forma unilateral por el propio trabajador. En efecto, el hecho de que el legislador haya aceptado la posibilidad de que la excedencia pueda alcanzar una duración de entre dos y cinco años supone reconocer al trabajador un derecho a suspender su relación laboral con la empresa en función de sus intereses personales, laborales o familiares, pero no lleva implícito el que esa adecuación de sus intereses se haga sin tener en cuenta para nada los intereses de la empresa, pues, ésta, una vez concedida la excedencia por el período solicitado tiene derecho a poder organizar sus propios intereses en función del período por el que el trabajador optó, y ese derecho quebraría si tuviera que someterse a variaciones ulteriores unilateralmente decididas por el trabajador excedente.

Aceptar la posibilidad de que un trabajador en excedencia pueda solicitar una prórroga de la ya concedida con anterioridad equivale materialmente a aceptar la posibilidad de obtener una nueva excedencia aunque formalmente aparezca como una continuación de la primera, y ello no parece compatible con las previsiones legales si se tiene en cuenta, como antes se ha dicho, la excepcionalidad de que en un contrato sinalagmático se acepte la posibilidad de su suspensión por la voluntad exclusiva e injustificada de una de las partes." ⁴⁹

D'aquests arguments jurisprudencials podem concloure que una excedència voluntària suposa per una banda el reconeixement del dret del treballador a suspendre la seva relació laboral amb l'empresa en funció dels seus interessos personals, laborals o familiars, però també cal vetllar pels interessos de l'empresa, de manera que aquesta, una vegada concedida l'excedència pel període sol·licitat, té dret a poder organitzar-se en funció del període pel que el treballador va optar en el seu moment. Aquest dret desapareixeria si una vegada concedida l'excedència el treballador decideix unilateralment l'ampliació de la mateixa, de manera que els interessos de l'empresa es podrien veure injustament perjudicats.

⁴⁹ Sentència del Tribunal Suprem 4705/2011 (cit.) de 20 de juny de 2011 (recurs ud 2366/2010) (FJ 3).

3.9. El reingrés amb demora de l'excedent voluntari

Destacada menció mereix el tema de la reincorporació amb retard del treballador excedent voluntari per la especial conflictivitat que genera⁵⁰. La jurisprudència també ha resolt el problema plantejat en aquelles situacions en que el treballador sol·licita ser indemnitzat pels danys i perjudicis produïts per la dilació en la seva reincorporació a l'empresa després del gaudi d'una excedència voluntària.

Com s'ha mencionat en apartats anteriors, a diferència de l'excedent forçós, que té dret a la reserva del seu lloc de treball o d'un del mateix grup professional o categoria equivalent (art. 46.1 ET), el voluntari només conserva un dret preferent al reingrés a les vacants disponibles a l'empresa de categoria igual o similar a la seva (art. 46.5 ET).

En més d'un cas l'empresari, aprofitant la debilitat d'aquest dret preferent a tornar a l'empresa, no atén a les pretensions de reincorporació de l'excedent voluntari (al·legant per exemple inexistència de vacant o falta d'idoneïtat), fet que obliga a l'interessat a reclamar judicialment el seu compliment mitjançant una acció declarativa de reingrés per una banda, i per altra els danys i perjudicis ocasionats pel retràs en cas que aquests s'haguessin produït.

Per la seva importància i complexitat, a l'hora d'analitzar aquest tema, és freqüent abordar tres aspectes fonamentals, com són l'entitat dels danys i la seva prova; el període de càlcul; i, finalment, la prescripció de l'acció per a la seva reclamació judicial. Seguidament, explicaré els trets més destacats de cadascun d'ells.

1) Començant per l'entitat dels danys i perjudicis, aquests corresponen essencialment a la pèrdua d'antiguitat i als salaris relatius al període de demora en la reincorporació. Per una banda, la pèrdua d'antiguitat de l'excedent no suposa pràcticament cap problema, ja que li serà plenament reconeguda en el precís moment en que es provi l'incompliment empresarial per no dur a terme la reincorporació malgrat la sol·licitud realitzada de forma adequada per l'excedent. Així ho va manifestar el Tribunal Suprem, argumentant que la indemnització de danys i perjudicis “no tiene por qué reducirse a indemnizaciones a tanto alzado, cuando es evidente que uno de los perjuicios causados se traduce en una pérdida de antigüedad, que queda plenamente saldada, otorgándola”.⁵¹

⁵⁰ Cal mencionar que per analitzar aquest aspecte concret m'ha servit de gran font d'informació l'estudi realitzat pel XXIII Congrés Nacional del Dret del Treball i de la Seguretat Social, celebrat a Girona els dies 16 i 17 de maig de 2013 i organitzat per l'Associació Espanyola de Dret del Treball i de la Seguretat Social. L'estudi tenia com a objecte “La responsabilitat civil per danys en les relacions laborals” i ha estat d'especial utilitat la part corresponent a “La responsabilitat civil per danys en el contracte de treball”, tema exposat per la Dra. Lourdes Mella Méndez. També és important destacar al Dr. Ferran Camas Roda, Catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de Girona, que va ser l'encarregat de realitzar la ponència general del Congrés.

⁵¹ Sentència del Tribunal Suprem de 13 de maig de 1988.

Més transcendent és la pèrdua salarial provinent de la reincorporació atorgada amb retràs, que en aquest cas sí s'ha de reparar a través de l'abonament d'una indemnització econòmica equivalent al que hauria guanyat si no s'hagués produït el retràs mencionat. Trobem el seu raonament entre altres resolucions jurisprudencials a la dictada pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, que va disposar que si el treballador tenia dret a ser readmès, el perjudici ve determinat per la no percepció del salari, de manera que el lucre cessant equival al salari deixat de percebre.⁵²

Després d'analitzar l'entitat dels danys i perjudicis, resulta interessant centrar-se en com es distribueix la càrrega de la prova entre cadascuna de les parts. Val a dir que en aquest tipus de controvèrsies la càrrega no li correspon estrictament a la part demandant o a la demandada, sinó que es reparteix entre aquestes.

Per una banda, el treballador ha de provar tant l'existència de la relació laboral i de l'excedència voluntària com l'adequació en temps i forma de la sol·licitud realitzada. A la part empresarial, en canvi, al ser la que disposa de la majoria dels elements probatoris per demostrar la presència o no de vacant (essencialment documentals), li pertoca demostrar la inexistència de la vacant o la manca d'idoneïtat d'aquesta. Així doncs, per tal d'evitar la condemna a la readmissió i el pagament de la indemnització, l'empresari haurà d'acreditar que la vacant no existeix o no ha existit des del moment en que es va formular la sol·licitud de reingrés, al estar coberta la totalitat de la plantilla.⁵³

Si l'incompliment empresarial queda acreditat, entra en joc la presumpció "iuris tantum" de l'existència i entitat dels danys sense que sigui necessari que el treballador els provi, a no ser que hi hagi un excés del que es considera com habitual. Com bé puntualitzen Miñambres Puig i García Piñeiro: "En este sentido, el concepto "salarios dejados de percibir" equivale, generalmente, a los que el trabajador hubiese percibido de haber sido readmitido, incluidos los correspondientes pluses y revalorizaciones fijados en convenio o derivados de la antigüedad. No procede, sin embargo, el recargo del diez por ciento de mora previsto en el art. 29.3 ET, pues la cuantía es de naturaleza indemnizatoria, no salarial."⁵⁴

A més a més, el treballador també pot provar danys addicionals a la simple pèrdua salarial derivats de la reincorporació tardana a l'empresa. Un clar exemple són tots aquells supòsits en que es genera un dany emergent com a conseqüència de que la reincorporació es produeix en un lloc de treballs diferent a l'anterior que exigeix desplaçaments. Si més no, aquests danys afegits no

⁵² Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 5718/2005 de 4 de maig de 2005.

⁵³ GORELLI HERNÁNDEZ, J. *Las excedencias en Derecho del Trabajo*. Comares, Granada, 1988 (p. 118).

⁵⁴ MIÑAMBRES PUIG, C. y GARCÍA PIÑEIRO, N. *La reincorporación tardía del excedente voluntario: la compensación procedente por los perjuicios causados*, en "Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Civitas, Madrid, 1999 (pp.384-385).

sempre són reconeguts: el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, per exemple, va negar al treballador un plus específic per no haver gaudit de vacances.⁵⁵

Tornant novament a la posició de l'empresari, per tal d'impedir la indemnització reclamada aquest pot al·legar que el treballador hagi estat prestant serveis per a una altra empresa durant el període de demora en la reincorporació, de manera que tot allò que hagi percebut per aquests serveis haurà de ser descomptat de la indemnització, per analogia amb el previst pels salaris de tramitació a l'article 56.2 ET. Finalment, cal remarcar que en cas de falta de prova d'allò guanyat, es descomptarà l'import equivalent al salari mínim interprofessional.

2) A continuació em centraré en el segon aspecte controvertit sobre la reincorporació demorada de l'excedent, que consisteix en la delimitació temporal del període de demora pel càlcul de la indemnització.

- En referència al "dies a quo", és a dir, el dia a partir del qual es comença a meritjar el període, en aquest punt és fonamental la postura adoptada pel Tribunal Suprem, constituït en Sala General per dictar diverses sentències en unificació de doctrina.⁵⁶ Aquestes resolucions van establir el criteri de que els salaris es generen en funció del moment en que el treballador formula la interpel·lació a l'empresa per a la readmissió i el moment en que es crea la vacant disponible. Així mateix, va implantar la següent diferenciació:

- En cas que es tracti d'una excedència amb reserva del lloc de treball, un cop finalitzada l'excedència i sol·licitada la reincorporació, l'obligació de compensar els perjudicis s'inicia a partir del dia de la sol·licitud.

- Per altra banda, si estem davant d'una excedència sense reserva del lloc de treball, la reincorporació es condiona a l'existència de vacant. D'aquesta manera, es distingeixen dues situacions segons si la vacant ja existia o no en el moment de la sol·licitud de reingrés:

a) En el primer cas, la mora es genera a partir de la reclamació del treballador, ja que malgrat l'existència d'una vacant anterior a aquest moment, fins que no hi hagi una petició expressa per part de l'excedent aquest no tindrà dret a ser reincorporat, essent aquest un requisit indispensable. Així ho disposa el Codi Civil espanyol en el seu article 1100, que ens diu que l'obligació només neix a partir del moment en que el creditor (en aquest cas, l'excedent) exigeix judicial o extrajudicialment el seu compliment al deutor (empresari). Per tant, la simple constitució de la

⁵⁵ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 6682/2010 de 20 d'octubre de 2010.

⁵⁶ En un primer moment, les Sentències del Tribunal Suprem de 21 de gener de 1997 (recurs ud 2004/1996) i de 13 de febrer de 1998 (recurs ud 3705/1998), i posteriorment la 2829/2008 de 28 de maig de 2008 (recurs ud 563/2007), que va ampliar el desenvolupament de les dues primeres.

vacant acompanyada d'una actitud passiva per part de l'excedent és insuficient per reclamar la indemnització. Tanmateix, la jurisprudència adoptada pel Tribunal Superior de Justícia de Catalunya també reflexa el mateix criteri: "Lo importante no es la existencia de la vacante, sino la solicitud del interesado, por lo que el comienzo del período de responsabilidad para el obligado depende de aquel".⁵⁷

b) En el segon supòsit, és a dir, quan el treballador fa la petició per reincorporar-se a la feina i encara no hi ha vacant disponible, sinó que es crea posteriorment, no es considera com a "dies a quo" el moment de la petició, ja que en l'instant de formular-la encara no s'ha complert la "conditio iuris" (això és, el fet necessari perquè es produeixin efectes jurídics) pel naixement de la obligació empresarial. Davant d'aquestes situacions, ni la doctrina ni els Tribunals han donat una resposta clara, optant per dos raonaments totalment diferents. Per una banda, el Tribunal Suprem és partidari de que s'ha de tenir en consideració la interpel·lació posterior a l'observació d'aquesta "conditio iuris", és a dir, el període meritara a partir de la formulació d'una nova sol·licitud de reincorporació (mitjançant papereta de conciliació pre-processal o reclamació prèvia) realitzada una vegada nascuda la vacant. Aquest és el criteri utilitzat recentment per l'Alt Tribunal en la unificació de doctrina⁵⁸, establint que només existeix obligació empresarial si concorren dos requisits de formar conjunta:

- El primer, l'existència de vacant o dret a la reserva del lloc de treball.
- El segon, que s'hagi formulat interpel·lació a l'empresa, ja sigui a través de papereta de conciliació o reclamació prèvia, però amb l'exigència de que ha de ser posterior a la pròpia vacant. Per tant, si la sol·licitud és anterior a la vacant, no tindrà efectes per generar l'obligació empresarial de compensar els salaris deixats de percebre.

Seguint aquest criteri, encara que el treballador hagués sol·licitat el reingrés, la creació de la vacant no és suficient per exigir a l'empresa la compensació dels perjudicis causats pel retràs en la reincorporació. En conseqüència, cada dia que passa des de la creació de la vacant sense que el treballador hagi formulat novament la interpel·lació seria un dia que perd de la compensació dels perjudicis. A la pràctica és molt freqüent que el treballador no conegui la creació de la vacant de forma puntual, fet que suposa la pèrdua dels dies de compensació. Per evitar-ho, el treballador es veuria obligat a emetre interpel·lacions de forma sistemàtica tots els mesos, desconeixent l'existència de la vacant. Malgrat la polèmica que això pot suposar, sembla ser que aquesta solució és la que més s'ajusta al mencionat contingut de l'article 1100 CC envers el naixement de les obligacions, així com a la resta de normes laborals.

⁵⁷ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 1054/2007 de 17 de setembre de 2007.

⁵⁸ Sentència del Tribunal Suprem de 9 de juny de 2009 (recurs ud 3322/2008).

Si més no, tot i que aquesta primera postura s'adapta a la normativa del Dret del Treball, és evident que es contradiu notòriament amb el seu esperit. Posem-nos en la pell d'un treballador que, actuant diligentment i de bona fe, comunica a l'empresa la finalització del seu període d'excedència i la seva intenció de reincorporar-se al seu lloc de treball o a un de categoria similar. Aquest treballador no té per què conèixer la situació de la plantilla en aquell precís moment, així que el més normal seria el seu desconeixement sobre l'existència o no de vacant compatible. A més a més, malgrat el coneixement per part de l'empresari d'aquesta intenció del treballador, no hi ha cap previsió normativa que l'obligui a notificar a aquest últim la creació de la vacant desitjada, de manera que l'interessat haurà de tornar a prendre la iniciativa mitjançant una interpel·lació eficaç per tal que es generi mora. Si tenim tot això en compte, el treballador es veuria obligat a manifestar reiteradament el seu interès en la reincorporació, exigència que resulta clarament excessiva. Aquest és el motiu pel qual sorgeix la segona postura, que es decanta per donar validesa a la manifestació realitzada en un primer moment pel treballador, encara que tindria la consideració de "dies a quo" la data real i objectiva de la creació de la vacant. Així doncs, l'empresari estaria incomplint amb la seva obligació des del precís instant de l'aparició de la vacant, ja que coneixent l'interès del treballador i tenint la possibilitat d'incorporar-lo, no ho fa. Comparteixen aquests arguments, entre d'altres, els autors Miñambres Puig i García Piñero⁵⁹, així com el vot particular efectuat a la STS de 21 de gener de 1997. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya també va defensar aquesta posició: "la fecha inicial del devengo de salarios es la de la solicitud de readmisión tras la excedencia, si ya existía entonces vacante, o la fecha de existencia de la misma".⁶⁰

Des del meu punt de vista, aquesta és sense dubte la solució més adequada per resoldre aquest tipus de controvèrsies. Si bé és cert que com a regla general ens hem d'atenir al contingut literal de les normes, considero que en aquest tipus de conflictes en que no hi ha una via clara de resolució, cal anar més enllà i buscar la justificació en el caràcter tuitiu, protector i tutelar del Dret del Treball. L'essència d'aquest sector de l'ordenament, recordem, consisteix en procurar l'equilibri entre les parts integrants de la relació laboral, en la qual el treballador acostuma a partir d'una situació d'inferioritat respecte a l'empresari. En conseqüència, comparteixo plenament els arguments exposats en la segona postura, ja que s'aferren de manera sòlida a aquesta naturalesa del Dret laboral que vetlla per la protecció de l'operari, tot el contrari que la primera solució, que l'únic resultat que aconsegueix és l'enfortiment de la posició de superioritat de l'empresari enfront el treballador.

⁵⁹ MIÑAMBRES PUIG, C. y GARCÍA PIÑEIRO, N. *La reincorporación tardía del excedente voluntario: la compensación procedente por los perjuicios causados*, en "Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Civitas, Madrid, 1999 (p. 383).

⁶⁰ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 760/2011 d'1 de febrer de 2011.

- En relació amb el “dies ad quem”, (en altres paraules, el dia en que finalitza el període de càlcul de la indemnització) trobem diferents respostes tant doctrinalment com per part dels òrgans jurisdiccionals. En un inici, la doctrina unificada pel Tribunal Suprem senyalava com a data de finalització el moment de la celebració del judici⁶¹, posició també defensada pels citats autors Miñambres Puig i García Piñeiro⁶².

Una altra de les opcions escollides és el moment en que es dicta la sentència que reconeix el dret a l’ocupació efectiva, o més concretament, l’instant de la seva notificació a les parts⁶³, així com el moment en que esdevé ferma⁶⁴. D’altra banda, en els casos en que l’empresari no compleix voluntàriament la decisió judicial, la indemnització pot arribar fins el moment de la reincorporació efectiva del treballador, per analogia amb el previst per l’execució de les sentències d’acomiadament que obliguen a la readmissió del treballador, establert tant doctrinalment⁶⁵ com a través de la jurisprudència⁶⁶. De la mateixa manera que en l’acomiadament, en els supòsits d’excedència voluntària també es preveu la possibilitat de que el treballador pugui demanar l’execució regular de la decisió judicial (article 283 LRJS). Conseqüentment, en cas que l’empresari incompleixi l’ordre de reposició, el Secretari Judicial (ara el Lletrat de la Administració de Justícia) podrà acordar “que el treballador continuï percebant el seu salari amb la mateixa periodicitat i quantia que la declarada en la sentència, amb els increments que per via de conveni col·lectiu o mitjançant norma estatal es produeixin fins la data de la readmissió en la forma adequada”, a tenor de l’article 284 a) LRJS.

3) Ja per acabar, el darrer punt controvertit respecte els danys i perjudicis causats per la reincorporació del treballador en un moment posterior al que s’havia de dur a terme és el termini de prescripció disponible per la seva reclamació judicial. Aquesta qüestió està estretament vinculada amb la possible autonomia de l’acció de rescabament respecte la de reingrés. La resposta doctrinal a aquesta qüestió, novament, no segueix un criteri fixe, sinó que ha derivat en dues vies diferenciades.

- Per una banda, la jurisprudència dictada per la gran majoria de tribunals espanyols (inclòs el Tribunal Suprem) constata la subordinació de la primera acció (rescabament) a la segona

⁶¹ Sentències del Tribunal Suprem 1506/1995 de 14 de març de 1995 (recurs ud 1300/1994) i 3595/1996 de 12 de juny de 1996 (recurs ud 1761/1995).

⁶² MIÑAMBRES PUIG, C. y GARCÍA PIÑEIRO, N. *La reincorporación tardía del excedente voluntario: la compensación procedente por los perjuicios causados*, en “*Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”. Civitas, Madrid, 1999 (p. 379).

⁶³ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castilla-La Mancha de 28 de novembre de 2006.

⁶⁴ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 2 de novembre de 2005.

⁶⁵ ARGÜELLES BLANCO, A.R. *La excedencia laboral voluntaria*. Aranzadi, Pamplona, 1997 (p.39).

⁶⁶ Sentència del Tribunal Suprem de 2 d’octubre de 1992 (recurs ud 39/1992) o la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de La Rioja d’11 d’abril de 2012.

(reingrés). Entre els arguments que defensen aquesta postura cal destacar els següents per la seva especial rellevància:

1. *“la pretensión indemnizatoria necesita un reconocimiento previo de la ilicitud del acto causante del daño y aquella no puede entenderse nacida hasta que quede sin efecto la situación a la que se vincula la existencia de los daños”*.⁶⁷
2. *“la pretensión que solicita jurisdiccionalmente la incorporación no es una mera acción declarativa, sino también una acción de condena; declaración y condena que establecen el reconocimiento de la ilicitud del acto causante del daño y son elemento constitutivo de la acción de daños y perjuicios”*.⁶⁸

En síntesi, aquest sector de la doctrina considera que hi ha un vincle de dependència entre el dret del treballador a ser reincorporat al seu lloc de treball (o a un de categoria similar) i el seu dret a ser compensat pels danys i perjudicis causats pel retràs en la seva reincorporació, de manera que no hi ha cabuda a la indemnització d'aquests danys fins que no s'hagi reconegut l'incompliment per part de l'empresari a través de la decisió jurisdiccional de reincorporar a l'interessat.

- Per altra banda, una part minoritària de la doctrina afirma que malgrat la connexió entre ambdues pretensions, l'exercici de l'acció de rescabament és independent respecte el de l'acció de reingrés, ja que l'interès jurídic que defensa cadascuna és diferent i autònom, de la mateixa manera que els requisits per l'èxit d'una i altra tampoc coincideixen⁶⁹. Ens podem trobar el supòsit de que la pretensió de l'excedent consisteixi únicament en el reingrés negat per l'empresa perquè aquesta decisió no li hagi causat cap dany indemnitzable, i a l'inrevés, pot succeir que l'interès inicial del treballador en reincorporar-se a l'empresa desaparegui després de la negativa d'aquesta (per exemple per haver trobat una nova feina), però aquest fet no treu que se li hagi produït un perjudici real durant el període de retràs que mereixi ser indemnitzat. En paraules del Catedràtic Alfonso Mellado, “el sostener que la posterior desaparición del interés del excedente no le permite reclamar el resarcimiento del daño sufrido durante el período en que aquel existía supone una subordinación absoluta de la acción de resarcimiento a la acción de reingreso contraria a la distinta naturaleza y finalidad de una y otra y al deber de reparar el daño causado ex art. 1.101 C.c.”.⁷⁰

⁶⁷ Sentència del Tribunal Suprem 6917/1998 de 20 de novembre de 1998 (recurs ud 3034/1997) (FJ 3) i Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Navarra de 25 de febrer de 2009, que es remet a la primera.

⁶⁸ Sentència del Tribunal Suprem 1988/1999 de 22 de març de 1999 (recurs ud 2438(1998) (FJ 3) i Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 19 de juny de 2007.

⁶⁹ Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Astúries (3210/2006) de 3 de novembre de 2006 (recurs 2594/2005).

⁷⁰ ALFONSO MELLADO, C. L. Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral. Tirant lo Blanch, València, 1994 (p. 101).

També podem afegir com a factor que diferencia l'essència d'aquestes dues accions la desigual projecció temporal que tenen, ja que l'acció de rescabament pretén compensar els danys causats al treballador en el passat, mentre que la de reingrés només es pot materialitzar en el futur.

Per finalitzar plantejaré el debat envers quan s'ha de fixar el "dies a quo" del termini prescriptiu de cadascuna de les accions. Com he dit, hi ha dues concepcions confrontades sobre si existeix autonomia o subordinació entre les accions analitzades, la de reingrés i la de rescabament. Això suposa que l'acció que pretén la indemnització es pugui exercitar al marge de la de reingrés o vinculada a aquesta (ja sigui de forma simultània o amb posterioritat).

Començaré abordant la posició per la qual es va decantar el Tribunal asturià i que com veurem a continuació, genera menys problemes. En cas que l'acció de rescabament s'exerciti independentment de la de reingrés, el "dies a quo" del seu termini prescriptiu s'ha de senyalar en el precís moment en que es va poder interposar, és a dir, aquell en que l'interessat va conèixer l'existència de la vacant. Aquest mateix criteri s'ha de mantenir quan les dues accions s'interposen conjuntament, de conformitat amb el contingut de l'article 59.2 ET, que regula els terminis de prescripció de les accions derivades del contracte:

"Si l'acció s'exerceix per exigir percepcions econòmiques o per al compliment d'obligacions de tracte únic que no poden tenir lloc una vegada extingit el contracte, el termini d'un any s'ha de computar des del dia en què l'acció es pugui exercir".

No obstant això, com era d'esperar trobem resolucions dispars amb l'Estatut dels Treballadors, com la dictada pel Tribunal Superior de Justícia de Castella La Manxa, que va senyalar que:

*"el plazo comienza a contar desde el momento en que la acción pudo ejercitarse, y tal momento no es otro que aquel en que se produce la vacante, con independencia de que el excedente conozca o no la existencia de aquella"*⁷¹. En aquest punt em remeto a la crítica exposada anteriorment sobre el perjudici que provoca al treballador el fet d'exigir que aquest emeti interpel·lacions de forma sistemàtica a causa del seu desconeixement sobre la creació de la vacant, contrariant-se així a l'essència i l'esperit del Dret laboral.

Més controvertit resulta fixar el "dies a quo" de l'acció de rescabament exercitada després de la de reingrés. Hi podem trobar els criteris següents per la seva determinació:

- 1) La mateixa data d'inici del període de demora en la reincorporació, és a dir, la de la sol·licitud judicial o extrajudicial del treballador. En aquest sentit, el Tribunal Suprem ha unificat doctrina recentment establint que si el treballador no acumula l'acció per la indemnització a la del reingrés podent-ho fer, la primera acció quedarà afectada per

⁷¹ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castella La Manxa de 15 de maig de 2001 (recurs 573/2000) (FJ 2).

l'eventual prescripció de les quantitats reclamades per tal concepte, que comptarà a partir del mateix moment de la denegació empresarial del reingrés. Així ho ha argumentat l'Alt Tribunal:

*“la prescripción había comenzado a correr cuando el actor, conociendo la existencia de vacante, pudo acumular a su demanda de reincorporación la pretensión relativa a la indemnización de daños”.*⁷²

- 2) Cadascuna de les dates en que hauria de meritjar cada tram salarial. Aquesta postura es fonamenta en la doctrina utilitzada pel Tribunal Suprem que entén que els danys no deriven únicament de la decisió de l'empresa de no reincorporar al treballador, sinó també de la conseqüent situació generada a partir d'aquesta decisió, és a dir, un estat de desocupació que provoca els danys durant un lapse temporal concret. Aquest fet determina que l'acció rescabadora es pot exercitar a partir del moment en que s'actualitza el perjudici, això és, amb el transcurs de cada mensualitat de salari, i que per tant l'acció declarativa no interromp el termini de prescripció.⁷³
- 3) La data en que la sentència que estima la demanda de reingrés del treballador esdevé ferma⁷⁴ o la data de la reincorporació efectiva (segons el Tribunal Superior de Justícia de Madrid regeix aquest “dies” perquè l'acció de rescabament no es pot entendre nascuda fins que quedi sense efecte la situació a la qual es vincula l'existència dels danys⁷⁵).

Aquesta posició és la més defensada pel Tribunal Suprem en els darrers temps, qüestionant així les dues anteriors. Aquest punt de vista de l'Alt Tribunal estima per una banda que no procedeix el primer criteri perquè l'àmbit de les excedències no està condicionat per unes regles similars a les previstes per l'acomiadament, que obliguen a l'acumulació de la pretensió d'il·licitud d'aquest amb la condemna corresponent i la reparació d'uns danys successius (salari de tramitació) que encara no s'han produït en la seva totalitat en el moment d'interposar la demanda.

Per altra banda, el mateix òrgan jurisdiccional també discuteix part del segon criteri, aclarint que allò reclamat no és un salari que meriti mensualment, sinó la reparació d'un

⁷² Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 25 de febrer de 2008, (recurs 4337/2007), posteriorment cassada per la Sentència del Tribunal Suprem 4814/2009 de 10 de juny de 2009 (recurs ud 1333/2008).

⁷³ Sentència del Tribunal Suprem 1988/1999 de 22 de març de 1999 (recurs ud 2438(1998) (FJ 3) i Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 19 de juny de 2007. (cit.).

⁷⁴ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Navarra de 21 de gener de 2009.

⁷⁵ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 19 de juny de 2007.

dany que té un procés de formació successiu (aquí parla dels danys continuats), ja que el lucre cessant s'estén a tot el període d'absència de reincorporació del treballador. Així doncs, la computació del termini de prescripció no es pot iniciar fins la producció del resultat definitiu.

Com a conclusió i reunint aquesta fonamentació jurídica, l'any 2009 l'Alt Tribunal va unificar doctrina implantant que: *“la acción reivindicatoria no puede entenderse nacida hasta que queda sin efecto la situación a la que se vincula la existencia de los daños, lo que es una consecuencia de la doctrina de la “actio nata”, según la que no pueden comenzar a contarse los plazos de prescripción si las acciones todavía no han nacido”*.⁷⁶

Ja per acabar amb aquest enrevessat món de la reincorporació de l'excedent voluntari efectuada amb retràs i totes les conseqüències que això comporta, he cregut convenient destacar aquells supòsits específics en que no procedeix l'acció de danys i perjudicis:

- Òbviament, quan l'empresari provi la inexistència de vacant idònia.⁷⁷
- En cas que el treballador i l'empresari pactin la reincorporació a canvi de la renúncia als salaris corresponents al període de retràs d'aquesta.⁷⁸
- Quan durant aquest període de retràs, el treballador ha estat prestant els seus serveis a una altra empresa i percebent un salari superior.⁷⁹

3.10. L'excedència per l'exercici de funcions sindicals té realment el caràcter d'excedència forçosa?

Com veurem a continuació, malgrat la seva inclusió dins del bloc corresponent a les excedències forçoses, la realitat és que l'excedència per l'exercici de funcions sindicals és un supòsit singular en el qual la Llei no especifica de forma clara si ha de ser qualificada com a voluntària o forçosa.

Per una banda, l'Estatut dels Treballadors la contempla en el seu article 46.4: *“poden sol·licitar el pas a la situació d'excedència a l'empresa els treballadors que exerceixin funcions sindicals d'àmbit provincial o superior mentre duri l'exercici del seu càrrec representatiu”*. Com podem comprovar, el legislador no especifica de quin tipus d'excedència està tractant.

⁷⁶ Sentència del Tribunal Suprem 4814/2009 de 10 de juny de 2009 (recurs ud 1333/2008) (FJ 3).

⁷⁷ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Múrcia de 10 d'octubre de 2011.

⁷⁸ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 19 de juliol de 2007.

⁷⁹ Sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana de 17 de juny de 2008.

Per altra banda, la Llei tampoc determina si l'empresari està obligat a accedir a una sol·licitud d'aquest tipus, qüestió a la que s'ha de respondre afirmativament pel simple fet de que totes les excedències estan concebudes com a drets del treballador.

Dit això, la qüestió que necessàriament ens hem de fer per poder concretar si es tracta o no d'una excedència forçosa és si l'excedència per l'exercici de funcions sindicals atorga o no al treballador el dret a la reserva del seu lloc de treball. A primera vista, i observant el contingut de l'article 46.5 de l'Estatut dels Treballadors, sembla ser que la resposta és negativa:

“El treballador en excedència voluntària conserva només un dret preferent al reingrés en les vacants de la mateixa categoria que la seva o similar que hi hagi o es produeixin a l'empresa”.

Si més no, quan analitzem la regulació de la suspensió de forma conjunta ens trobem amb una resposta afirmativa. L'article 48.3 del mateix cos normatiu disposa expressament que en els supòsits de suspensió per exercici de càrrec públic representatiu o funcions sindicals d'àmbit provincial o superior, el treballador s'ha de reincorporar en el termini màxim de trenta dies naturals a comptar de la data del cessament en el càrrec o funció.

Davant d'aquesta necessitat de reincorporar-se en un termini determinat podem deduir que el treballador té reservat el seu lloc de treball, i que en cap cas està condicionat a l'existència o no de vacant a l'empresa. Per tant, estariem parlant d'un vertader supòsit d'excedència forçosa amb reserva del lloc de treball.

Tanmateix, la Llei de l'Estatut dels Treballadors no és l'únic text normatiu que regula aquest supòsit específic. La Llei Orgànica de Llibertat Sindical reconeix a l'article 9.1 b) el dret a l'excedència forçosa amb reserva del lloc de treball a aquells que ostentin càrrecs electius a nivell provincial, autonòmic o estatal, *“dins de les organitzacions sindicals més representatives”.*

A partir d'aquí, la doctrina del Tribunal Constitucional ha consagrat que les excedències que no compleixin aquest requisit no atorgaran dret a la reserva del lloc de treball. El Tribunal Constitucional dona per suposat que l'article 46 de l'Estatut, aplicable als sindicats ordinaris, subordina el reingrés a l'existència de vacant. El propi Tribunal ni tan sols es planteja si la distinció entre les excedències dels membres dels sindicats més representatius i dels qui pertanyen a altres que no ho són és compatible amb la regulació general de l'Estatut dels Treballadors, i analitza únicament si l'article 9.1 b) de la Llei Orgànica de Llibertat Sindical vulnera o no algun dret fonamental⁸⁰.

La seva conclusió és que aquest plus de tutela és raonable i proporcionat, i accepta, sense demostració, que el règim de l'article 46 és menys favorable pels càrrecs sindicals de les

⁸⁰ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo, 23a edición*. Tecnos, Madrid, 2014 (p. 775).

organitzacions que manquen de la qualitat de “més representatives”⁸¹. Sorpren que en relació amb aquest aspecte no es faci referència al mandat constitucional de l'article 9.2 sobre la igualtat real i efectiva dels grups en els quals s'integra el ciutadà i sobre la remoció dels obstacles que impedeixin o dificultin la seva plenitud.

3.11. L'empara constitucional de l'excedència per la cura de fills i altres familiars

L'excedència per la cura de fills i altres familiars és una institució que s'ha hagut de sotmetre al Tribunal Constitucional en nombroses ocasions i per diversos motius. Entre aquests, he volgut destacar els que he considerat més rellevants, que són la seva denegació i els perjudicis derivats del seu exercici.

a) Respecte a la denegació d'aquest tipus d'excedència, hi ha dues sentències fonamentals en les quals el TC ha argumentat el seu posicionament en aquest aspecte.

La primera d'elles va ser la STC 240/1999, de 20 de desembre de 1999 (recurs d'empara 2897/1995), relativa a la denegació a una funcionària interina d'una excedència per la cura dels seus fills. El TC va senyalar en la resolució que la raó última per la qual es reconeix el dret a l'excedència voluntària per la cura dels fills menors respon a la necessitat de cooperar a l'efectiu exercici del deure constitucional dels pares de prestar assistència de tot ordre als fills durant la minoria d'edat (deure recollit a l'article 39.3 CE) i de contribuir a la realització efectiva del principi rector de la política social que estableix que els poders públics assegurin la protecció social de la família. Tanmateix, la Sala va recordar que a la CE no es reconeix cap dret a gaudir de l'excedència voluntària per a la cura dels fills, ni tampoc que es pugui negar la possibilitat de que el legislador reconegui el gaudi d'aquest dret al personal vinculat a l'Administració de forma estable i en canvi el negui a aquelles persones que per motius d'urgència i necessitat del servei el duen a terme de forma provisional.

Un altre dels arguments destacats pel Tribunal en aquesta sentència és l'evidència de que l'excedència per la cura dels fills és un dret al qual s'acullen de forma rotundament majoritària (gairebé en exclusiva) les dones. Per tant, la seva denegació pot suposar un gran obstacle per poder mantenir-se en el mercat del treball, ja que la única solució alternativa possible seria extingir els seus contractes per la cura dels fills. Això, en paraules literals del TC *“produce una discriminación por razón de sexo cuya corroboración, por sus mismas características, no requiere aportar como término de comparación la existencia de unos concretos varones a los que sí se haya otorgado esa excedencia para el cuidado de los hijos”*.

⁸¹ Sentència del Tribunal Constitucional 263/1994 de 3 d'octubre de 1994.

Finalment, el Tribunal explica que el mandat contra la discriminació no compren únicament la discriminació directa, és a dir, el tractament jurídic diferenciat i desfavorable d'una persona per raó del seu sexe, sinó també la indirecta, definida pel mateix TC com aquell tractament formalment neutre o no discriminatori del qual deriva, per les diverses condicions fàctiques que es donen entre treballadors d'un i altre sexe, un impacte advers sobre els membres d'un determinat sexe ⁸².

Aquí també hem de tenir en compte la definició més recent (tot i que potser menys esclaridora) que ens dona la Llei Orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la Igualtat Efectiva de Dones i Homes, en el seu article 6.2, que disposa:

“Es considera discriminació indirecta per raó de sexe la situació en què una disposició, criteri o pràctica aparentment neutres posa persones d'un sexe en desavantatge particular respecte a persones de l'altre sexe, llevat que aquesta disposició, criteri o pràctica es puguin justificar objectivament atenent una finalitat legítima i que els mitjans per assolir aquesta finalitat siguin necessaris i adequats”.

També és important pel cas en qüestió l'argument que fa el TC quan afirma que “cuando se denuncia una discriminación indirecta no se exige aportar como término comparativo la existencia de un trato más beneficioso sólo para algunos de los sexos; basta con que exista una norma que -en sí misma o en su aplicación y/o interpretación- produzca perjuicios a un grupo formado mayoritariamente -aunque no necesariamente de forma exclusiva- por uno u otro sexo” ⁸³.

Dit això, i tornant al cas de la denegació a la funcionària interina de l'excedència per la cura dels seus fills, el Tribunal va considerar que el motiu de legalitat ordinària per la denegació (el nomenament amb caràcter urgent de la funcionària per donar cobertura al servei) no es va estimar adequat des de la perspectiva constitucional, amb més raó encara pel llarg període (més de 5 anys) que portava la treballadora prestant serveis abans de sol·licitar l'excedència.

La segona sentència essencial en aquest àmbit, continuadora de la doctrina de l'anterior, és la STC 203/2000 de 24 de juliol, que consistia en un supòsit de fet similar. El cas tracta sobre la denegació del dret a l'excedència per la cura del seu fill a una estatutària del Servicio Andaluz de Salud que portava més de 5 anys prestant els seus serveis, per la simple raó de no ser fixa de plantilla. El TC va atorgar l'empara sol·licitat per la treballadora, argumentant que el tracte diferenciat entre les diverses categories funcionàries al servei de les Administracions públiques

⁸² Sentències del Tribunal Constitucional 145/1991, d'1 de juliol de 1991, 147/1995, de 16 d'octubre de 1995 i 198/1996 de 3 de desembre de 1996.

⁸³ Sentència del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de gener de 2007.

perd fonament des de la perspectiva constitucional quan s'aplica a una persona com la recurrent, que tenia una vinculació amb l'Administració superior als 5 anys. D'aquesta manera, la denegació de la sol·licitud de l'excedència voluntària sobre la única base del caràcter temporal i provisional de la relació funcional i de la necessitat i urgència de la prestació dels serveis resulta clarament desproporcionada, i per tant no existeix justificació objectiva i raonable per dispensar a un funcionari interí que porta més de 5 anys ocupant la plaça.

Finalment, el TC afegeix un raonament fonamental, que ha servit de criteri pels òrgans jurisdiccionals a l'hora de resoldre aquest tipus de conflictes:

“los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato en relación con el disfrute del derecho a la excedencia por cuidado de hijos tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes, y sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde”.

Ja per acabar, la Sala emfatitza que *“los principios rectores de la política social y económica no son meras normas sin contenido, sino que las decisiones judiciales deben ser informadas por su reconocimiento, respeto y protección”*. (FFJJ 3, 4 i 5)⁸⁴.

Resumidament, en aquestes situacions el Jutge ha d'entrar a valorar a fons el context i les condicions que es donen en cada cas en concret, atenent tant al caràcter tuitiu del dret laboral, que vetlla per la protecció del treballador per tal de poder situar-se en una posició equilibrada amb la de l'empresari, com al principi de no discriminació establert a l'article 14 CE, sent insuficient la mera estimació de si existeix o no una justificació objectiva i raonable que expliqui el tractament diferenciat.

En el cas concret, i amb aquesta fonamentació jurídica, el TC va decidir atorgar l'empara sol·licitat per la treballadora, reconeixent així el seu dret a la igualtat de tracte establert a l'article 14 CE.

b) Pel que fa als possibles perjudicis que pugui patir l'excedent per la cura de fills en la seva tornada a la feina, és important la Sentència del Tribunal Constitucional 233/2007 de 15 de

⁸⁴ NIEMBRO ORTEGA, R. y SOBERANES DÍEZ, J.M. *Discriminación por razón de sexo y conciliación de la vida familiar y laboral. Cuestiones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional español*. Ciutat de Mèxic (Mèxic), 2012 (pp. 395 i 396). Disponible a:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/26/cj/cj12.pdf>

novembre. Aquesta resolució s'introdueix recordant la posició desavantajosa de la dona en el mercat de treball, no només a causa del seu embaràs, sinó també per la maternitat, la lactància i la cura dels fills de curta edat, com a causa de la pervivència d'hàbits socials de distribució de tasques entre homes i dones. Tanmateix, el TC recorda que l'excedència per la cura dels fills té la funció de promoure una cultura familiar adequada d'acord amb el contingut de l'article 39.3 CE, conforme el qual *“els pares han de prestar assistència de tot ordre als fills durant la seva minoria d'edat i en la resta de casos que procedeixi legalment”*. Malauradament, en la realitat veiem com tot i la lenta milloria cap a l'equilibri, aquesta figura queda massa vinculada a la maternitat de la dona treballadora.

Seguidament, l'òrgan constitucional menciona la possible situació en que es produeix un tracte discriminatori per part de l'empresa cap al treballador arrel de l'exercici de l'excedència, com la privació o limitació d'algun dels seus drets, fet que suposaria una vulneració de l'article 14 CE per discriminació de sexe. Davant d'això, el TC exigeix una motivació discriminatòria, o com el mateix la defineix: *“una reacció o represalia empresarial frente al disfrute previo por la mujer trabajadora de un derecho asociado a su maternidad”*. D'aquesta manera, no és suficient apreciar la infracció legal de l'article 46.3 ET per poder estimar l'empara, sinó que és necessari acreditar el perjudici que la dona ha patit en el seu dret a no ser discriminada per raó de sexe. Aquesta postulació per part del TC, fa que la treballadora excedent es pugui trobar en un camí extremadament obstaculitzat per apreciar la discriminació contrària a l'article 14 CE.

Així va succeir en la resolució citada, en la qual la circumstància acreditada consistia en un canvi de funcions de la treballadora afectada, ja que de les seves tasques anteriors es va fer càrrec un treballador vinculat per un contracte temporal convertit en indefinit en el moment de la reincorporació de la recurrent en empara. La justificació empresarial del canvi consistia en al·legar raons productives, afegint també que en cap cas aquesta modificació suposava un mòbil discriminatori per part de l'empresa, encara que la treballadora hagués manifestat la seva disconformitat. El Tribunal va considerar que no quedava acreditat un mòbil discriminatori per part de l'empresa, ni tampoc la causa objectiva d'un perjudici a la treballadora, ja que la falta d'ocupació es va originar per la pròpia negativa d'aquesta a assumir les noves tasques que li van ser encomanades. L'empresa, per la seva part, va justificar de manera oportuna (segons la Sala) les raons de la mobilitat funcional, aconseguint així que la càrrega probatòria que li corresponia al ser admès un panorama indiciari de discriminació, quedés suficientment satisfeta.

En aquesta decisió adoptada pel Tribunal, comparteixo la crítica manifestada pel Catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social Jaime Cabeza Pereiro⁸⁵. L'autor sustenta que *“la sentencia*

⁸⁵ CABEZA PEREIRO, J. *La Doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la conciliación familiar y laboral*. En BAYLOS GRAU, A.; CABEZA PEREIRO, J.; CRUZ VILLALÓN, J. y VALDES DAL-RÉ,

adolece de insuficiencia argumental al no contemplar en absoluto el problema desde la perspectiva de la discriminación indirecta”.

Tenint clar el concepte de discriminació indirecta i endinsant-nos novament en la crítica compartida de Jaime Cabeza Pereiro, en el supòsit de fet és evident que a la treballadora se li havia causat un perjudici objectivament constatable, consistent en un canvi de tasques no desitjat, encara que aquest fet no es veïés traduït en la seva esfera patrimonial (fet que encaixa perfectament en la definició esmentada de discriminació indirecta). Tampoc hi ha cap dubte de l'existència d'un nexa de causalitat entre el gaudi de l'excedència i el canvi de tasques, ja que aquest es va produir en el precís moment de la reincorporació. Si a tot això hi afegim que, com hem dit abans, el gaudi dels drets parentals té un caire indubtablement femení, s'hauria de reconèixer que l'impacte advers ha quedat acreditat, i en conseqüència s'hauria de reconèixer la discriminació.

Per aquesta raó considero que en aquestes situacions en que hi ha indicis d'una possible discriminació els Tribunals haurien d'anar més enllà de valorar si existeix o no discriminació directa, ja que com hem vist, hi ha casos en que l'empresari aprofita la seva posició de superioritat per causar un perjudici en el treballador que mereixen ser analitzats a fons per esbrinar si, encara que sigui de forma indirecta, es produeix o no aquest tractament diferent i perjudicial.

F (Coord.) *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010*. LA LEY, Madrid, 2015 (p. 195).

CONCLUSIONS

Amb la realització d'aquest treball s'ha aconseguit demostrar que la figura jurídica de l'excedència laboral assoleix a la pràctica un grau de complexitat molt més elevat del que a priori aparenta per la seva escassa regulació normativa.

L'excedència és una institució que amb el pas dels anys ha anat adquirint cada vegada més força i protagonisme en la nostre societat, permetent al treballador interrompre de forma temporal la seva relació laboral sense veure's obligat a trencar-la, per poder atendre així a diferents necessitats o tasques. La distinció clàssica entre l'excedència forçosa i la voluntària s'ha vist ampliada i complementada per la constant evolució del Dret del Treball, que vetllant sempre per la protecció del treballador, ha anat afegint noves categories amb la intenció de cobrir diferents causes, com poden ser la cura de fills o de familiars.

Si més no, la dotació per part del legislador d'aquesta versatilitat a la figura de l'excedència no s'ha vist acompanyada d'una desenvolupada i clara configuració, indispensable per una institució jurídica que genera una desmesurada varietat casuística. Si ens dirigim a l'Estatut dels Treballadors, ens trobem en el seu article 46 la regulació dels aspectes més bàsics i essencials dels diferents tipus d'excedència comprimits en un únic precepte, que deixen moltes portes obertes a la via de la interpretació per part dels Tribunals.

Tanmateix, com era d'esperar, aquesta falta de determinació per part del legislador ha donat fruit a una àmplia gama de qüestions controvertides envers l'excedència, sobre les quals la doctrina en molts casos s'ha situat en diferents posicions i ha defensat diversos criteris. Els Tribunals, per la seva banda, també s'han vist afectats per aquesta limitada i difusa regulació, que ha acabat desembocant en una gran diversitat de litigis i controvèrsies judicials envers la interpretació i aplicació normativa de l'excedència, obligant en molts casos al Tribunal Suprem a unificar doctrina per així establir un criteri fixe per a cada situació i evitar que es produeixi inseguretat jurídica.

Cal der una especial referència a la instauració de la Llei d'Igualtat l'any 2007, que va suposar la modificació d'alguns dels efectes sobre l'excedència voluntària i l'excedència per la cura de fills i familiars, permetent als treballadors flexibilitzar d'una manera més ampla els límits temporals fixats pel seu exercici. Des del meu punt de vista, la nova configuració aportada per la Llei d'Igualtat marca, de manera decisiva, el punt de partida d'un nou panorama legislatiu que passi a tenir en major consideració aquest imprescindible instrument jurídic que pretén garantir a les persones treballadores la conciliació de la seva vida familiar, laboral i personal.

El present treball ha permès al lector apropar-se a la interessant i rocambolesca problemàtica envers la figura de l'excedència, analitzant alguns dels aspectes que més han donat que parlar per la seva especial conflictivitat a l'hora de ser interpretats i posats en pràctica. A continuació s'exposen els trets concloents de cadascun d'ells.

Començant per l'excedència voluntària, la categoria que més casuística ha generat per les seves especials característiques, s'ha vist com la seva contemplació a l'Estatut dels Treballadors deixa molts dubtes en relació amb la seva naturalesa. Un sector doctrinal considera que es tracta d'un supòsit d'extinció del contracte amb dret condicionat a la readmissió. Si més no, atorgar-li la qualificació extintiva hauria de suposar la consumació d'una ruptura total del vincle contractual que uneix a l'empresari amb el treballador, pressupòsit que no concorre de forma plena en l'excedència voluntària al mantenir-se aquesta expectativa al reingrés. D'altra banda, una gran part de la doctrina ha mirat d'assimilar el règim jurídic de l'excedència voluntària al de la suspensió del contracte de treball, basant-se en que la relació laboral es manté viva durant el seu exercici. Per contra, aquesta supervivència també es veu debilitada al no garantir completament el reingrés de l'excedent al seu lloc de treball, estant condicionat aquest dret per l'existència d'una vacant d'igual o similar categoria professional. Sembla ser, doncs, que una adequada definició de la particular naturalesa de l'excedència voluntària seria catalogar-la com una figura autònoma dins de les diferents institucions laborals existents en el nostre ordenament jurídic, caracteritzada per l'exoneració temporal de les obligacions bàsiques de treballar i remunerar el treball, amb pervivència del vincle jurídic entre empresari i treballador, tot i que de forma molt dèbil, i amb la única conservació per part de l'excedent d'un dret expectant al reingrés.

Un altre aspecte important és que aquest dret preferent al reingrés de l'excedent voluntari és un dret potencial o expectant, condicionat a l'existència de vacant a l'empresa, i per tant no es tracta un dret incondicionat que s'exerceixi automàticament en el moment en que el treballador excedent expressi la seva voluntat de reingrés. Així doncs, hi ha la possibilitat de que l'empresari amortitzi la plaça del treballador excedent durant l'exercici del seu dret a través de la reassignació a altres treballadors de les tasques o comeses laborals que l'integraven, al ser considerat com un comportament empresarial lícit, correcte i no abusi de les seves facultats d'organització i direcció del treball.

Qüestió més controvertida és la petició de reingrés del treballador en excedència voluntària al seu lloc de treball, que com s'ha pogut comprovar, té diferents vessants conflictives relacionades amb el procediment que s'ha de seguir i les formalitats que s'han de tenir en compte. A partir de la sol·licitud per la reincorporació, neixen múltiples circumstàncies i dilemes interpretatius que dificulten l'objectiu principal del treballador, que no és un altre que poder assolir l'efectivitat plena del seu dret i, en conseqüència, la seva immediata reincorporació a l'organigrama de

l'empresa en la major brevetat possible. La causa del problema és òbviament la falta de regulació normativa envers aquest aspecte, provocant una vegada més la necessària intervenció dels Tribunals per resoldre, a través de les seves decisions, cadascuna d'aquestes qüestions indeterminades, requerint en ocasions la unificació de doctrina per part del Tribunal Suprem per poder evitar una possible inseguretat jurídica.

Així doncs, des del precís moment en que l'excedent voluntari sol·licita a l'empresa la seva reincorporació s'ha de fer valer el seu dret preferent sobre qualsevol vacant de la categoria del seu lloc de treball o d'una categoria similar, fins i tot en els casos de conversió de contracte de treballadors de la mateixa empresa.

Per altra banda, en cas que la resposta empresarial a la sol·licitud de reingrés mencionada sigui negativa, els seus efectes i les accions que es podran interposar contra aquesta variaran en funció de com sigui aquesta resposta. Si la negativa és irrevocable i rotunda, això provocaria una ruptura del vincle contractual entre empresari i treballador, fet que equivaldria en principi a un acomiadament improcedent, de manera que l'excedent voluntari podria interposar l'acció contra acomiadaments. Si en canvi la resposta negativa de l'empresa és provisional, és a dir que no és possible reincorporar immediatament perquè encara no s'ha creat la vacant requerida, l'acció pertinent serà la de reconeixement del dret al reingrés.

Aquí és on sorgeix un nou punt conflictiu, el de determinar la indemnització derivada de la negativa empresarial al reingrés. A aquests efectes, el Tribunal Suprem s'ha acabat decantant per diferenciar dues fases. Durant el període en que encara no s'hagi materialitzat el dret preferent a la vacant, no es reconeix cap dret en matèria de salaris, prestació de serveis ni antiguitat. Des del precís moment en que es produeix aquesta materialització, és a dir, quan es creï una vacant de la categoria del treballador excedent o d'una similar, s'equipara la situació de l'excedent a la de qualsevol altre treballador de la plantilla, de manera que la negativa té la consideració d'acomiadament improcedent i la indemnització corresponent ha de calcular-se en funció de la retribució que hauria de percebre l'excedent si reingressés i no de la que regia en la data de sol·licitud.

Com s'ha pogut comprovar, la doctrina unificada també ha acabat traslladant aquesta mateixa equiparació entre la negativa a l'excedent voluntari a ser readmès i l'acomiadament improcedent als salaris de tramitació, de manera que el treballador al que se li hagi negat la seva reincorporació de forma tindrà dret a l'abonament d'aquests salaris a partir del moment en que és acomiadat, és a dir, des del moment en que l'empresari fa efectiva la negativa.

Aprofundint en l'enrevessat àmbit de l'excedència voluntària, s'ha analitzat també què succeeix quan un treballador està en ple exercici del seu dret a l'excedència voluntària i l'empresari pren la decisió d'acomiar-lo col·lectivament per causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de

producció. En aquestes supòsits, el Tribunal Suprem ha acabat argumentant, tot i que no de forma unànime, que l'excedent voluntari no tindrà dret a ser indemnitzat ja que la finalitat d'aquesta indemnització és compensar al treballador pel dany derivat de la pèrdua del seu lloc de treball, i aquest dany només pot ser produït o bé quan el treballador està prestant serveis de forma efectiva, o bé quan aquest conserva el dret al reserva del lloc de treball, situacions que no concorden amb la descrita anteriorment.

En relació amb el dret a prorrogar el període de gaudiment de l'excedència voluntària per part del treballador, en aquest aspecte els tribunals han reconegut el dret de l'empresa a poder organitzar-se en funció del període que el treballador va optar en el moment de sol·licitar l'excedència, de manera que en aquelles situacions en les quals es puguin veure perjudicats els interessos de l'empresa a conseqüència d'aquesta prorroga, el treballador excedent no tindrà dret a ampliar de forma unilateral el període fixat inicialment.

Cal fer un esment especial al problema plantejat en aquelles situacions en que el treballador sol·licita ser indemnitzat pels danys i perjudicis provocats per la dilació en la seva reincorporació a l'empresa després del gaudi d'una excedència voluntària. Aquest aspecte denota amb claredat la versatilitat de la figura de l'excedència, que amb el pas dels anys ha anat variant la seva configuració per poder adaptar-se a les noves necessitats socials i professionals dels treballadors. Factors tan importants com l'entitat dels danys i la seva prova, la determinació del període de càlcul o la prescripció de l'acció per a la seva reclamació judicial han estat objecte de persistents debats doctrinals i variades decisions judicials que han enfocat cadascuna d'aquestes facetes des de punts de vista molt diferents.

Deixant de banda l'excedència voluntària, respecte l'excedència per l'exercici de funcions sindicals el Tribunal Constitucional ha establert una diferència determinant pels seus efectes. Si aquest tipus d'excedència s'exerceix dins d'una organització sindical qualificada com a més representativa, atorgaran dret al treballador a la reserva del seu lloc de treball, constituint així un supòsit d'excedència forçosa. Si en canvi, l'organització sindical no té aquesta qualitat, l'excedent no tindrà garantida la mencionada reserva, demostrant-se així una major tutela per part de la normativa laboral de les organitzacions més representatives respecte a la resta.

Ja per acabar, en referència a la protecció constitucional envers la figura de l'excedència per la cura de fills i altres familiars, es pot concloure que el paper del Jutge no es pot limitar a la verificació de l'existència o no de discriminació directa per part de l'empresari a través d'una justificació objectiva i raonable, sinó que ha de procurar analitzar a fons si concorre algun tractament diferenciat que tot i ser aparentment neutre, posa persones d'un sexe en desavantatge particular respecte a persones de l'altre sexe, concorrent així el que es coneix com a discriminació indirecta.

Definitivament, a través d'aquest anàlisi exhaustiu de l'excedència laboral s'ha aconseguit posar de manifest la gran complexitat que presenta aquesta important figura jurídica, una eina imprescindible per poder assolir una major estabilitat a les relacions laborals. S'ha pogut comprovar com la falta de precisió per part del legislador a l'hora de configurar la regulació normativa de l'excedència ha derivat en una sèrie de buits legals i conflictes interpretatius que han dificultat la seva aplicació pràctica, perjudicant d'aquesta manera tant els interessos del treballador com els de l'empresari. Així doncs, la configuració d'aquesta institució s'ha hagut d'anar adaptant amb el pas del temps a les diferents necessitats professionals, familiars i personals dels treballadors, fent honor així a la seva corroborada versatilitat.

BIBLIOGRAFIA D'INTERÈS

- BENET ESCOLANO, J. *La figura jurídica de la excedencia voluntaria. Antecedentes históricos*, Tirant lo Blanch, València, 2015.
- MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo, 35ª edición*. Tecnos, Madrid, 2014.
- MERCADER UGUINA, J.R. *Lecciones de Derecho del Trabajo. 7ª edición*. Tirant lo Blanch, València, 2014.
- *Memento Práctico Social 2016*. Francis Lefebvre, Madrid, 2016.
- GARCÍA MURCIA, J. (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Estudios dedicados al catedrático y Magistrado Don Antonio Martín Valverde*. Tecnos, Madrid, 2015.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. *Las excedencias en Derecho del Trabajo*. Comares, Granada, 1988.
- MIÑAMBRES PUIG, C. y GARCÍA PIÑEIRO, N. *La reincorporación tardía del excedente voluntario: la compensación procedente por los perjuicios causados, en "Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social"*. Civitas, Madrid, 1999.
- ARGÜELLES BLANCO, A.R. *La excedencia laboral voluntaria*. Aranzadi, Pamplona, 1997.
- MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo, 23ª edición*. Tecnos, Madrid, 2014.
- BAYLOS GRAU, A.; CABEZA PEREIRO, J.; CRUZ VILLALÓN, J. y VALDES DAL-RÉ, F (Coord.) *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010*. LA LEY, Madrid, 2015.