

SERVICIO DE ESTUDIOS DE LA CONFEDERACIÓN
ESTUDIOS

La excedencia en el ET

**Criterios normativos y
jurisprudenciales básicos**



ESTUDIOS, nº 2. – 8 de noviembre de 2019

DOCUMENTO ELABORADO POR EL SERVICIO DE ESTUDIOS DE LA
CONFEDERACIÓN DE UGT

serviciodeestudios@cec.ugt.org

AUTOR

MARTÍN HERMOSO FERNÁNDEZ, Servicio de Estudios de la Confederación de
UGT



ÍNDICE

- **La excedencia forzosa**
 - ¿Qué entendemos por cargo público?
 - ¿Es cargo público el asesor técnico?
 - Desempeño de funciones sindicales
 - Duración de la excedencia forzosa
 - La reincorporación
 - Antigüedad y reserva de puesto
- **La excedencia voluntaria**
 - Requisitos para la petición
 - Duración
 - Proceso de solicitud
 - Carencia de derecho de reserva de puesto y antigüedad
 - La reincorporación
- **La excedencia por cuidados de familiares hasta segundo grado y por cuidados de hijo/a**
 - Excedencia por cuidado de hijos/as menores de 3 años
 - Excedencia por cuidado de familiares hasta segundo grado

- **Derechos del trabajador y aspectos básicos comunes a tener en cuenta**
 - **Duración**
 - **Solicitud**
 - **Reserva de puesto de trabajo y otros derechos**

Resumen

La excedencia regulada en nuestro ordenamiento jurídico, fundamentalmente en el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores y en la negociación colectiva, se configura como un derecho individual del trabajador o trabajadora a suspender o interrumpir su contrato de trabajo, en la que el trabajador o la trabajadora no está obligado a trabajar y la empresa no está obligada a pagar salario ni a cotizar.

Las dudas sobre su solicitud y su duración y la problemática relacionada con el reingreso o la reincorporación del trabajador, son objeto de debate en el plano académico, judicial y por supuesto, en el ámbito de la representación de los trabajadores y la organización sindical.

En el presente documento, responderemos a algunas de las dudas que plantea esta figura en nuestro sistema, con especial atención a los criterios normativos y jurisprudenciales básicos que rodean a la excedencia forzosa, a la excedencia voluntaria y a la excedencia por cuidado de familiares hasta segundo grado y por cuidado de hijo/a.

1.- LA EXCEDENCIA FORZOSA

El apartado 1 del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores (ET) es donde se regula este tipo de excedencia, en la que el trabajador o trabajadora tiene derecho a la misma, bien por haber sido designado o elegido para un cargo público o bien por la realización de funciones sindicales de ámbito provincial o autonómico o estatal (art.9.1 b) de la LOLS), siempre que dichas actividades le imposibiliten asistir al trabajo.

¿Qué entendemos por cargo público?

Respecto a lo que se entiende por cargo público, tanto la jurisprudencia como la doctrina especializada han entendido que cargo público no es el permanente burocrático de carrera, sino el político temporal o amovible al que se accede por elección o por designación o nombramiento de la autoridad competente.

¿Es cargo público el asesor técnico?

Surge aquí la cuestión de si quien es nombrado como Asesor Técnico de un cargo público, es o no cargo público, o sólo es un cargo de confianza, a efectos del derecho a excedencia forzosa.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) respecto a esta cuestión, viene siendo algo contradictoria.

Por un lado, por ejemplo, en Sentencias de 28 de septiembre de 2007 y de 20 septiembre 2000, mantiene el derecho a la excedencia forzosa de los Asesores Técnicos nombrados por organismos públicos. Más reciente, no del Tribunal Supremo, también podemos acudir a la Sentencia Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Sevilla 3156/2017, de 8 de noviembre.

Fundamento de Derecho (FD) Cuarto STS de 20 septiembre 2000:

*“... entendiéndose por cargo público no el permanente burocrático de carrera, sino el político temporal o amovible al que se accede por elección o por designación o nombramiento de la autoridad competente, no cabe duda que el recurrente tiene derecho a la excedencia forzosa solicitada, pues como se recoge en los hechos probados de la sentencia y resulta del Acta de la Comisión Permanente de las Juntas Generales de Guipúzcoa celebrado el día 7 de julio de 1995, obrante en autos el actor fue nombrado **Asesor Técnico del Grupo Socialista en dicha Junta**, como consecuencia del Acuerdo allí tomado de creación de dicho cargo por un órgano público, con el fin de que los Grupos Junteros puedan realizar sus funciones con mayor rigor, tratándose de personal que*

*podía ser contratado bien, por las Juntas Generales o por su propio grupo Juntero, fijando las propias Juntas Generales su retribución ascendente a 5.347.538 ptas. con cargo a los presupuestos de la misma; se trata en suma de un nombramiento hecho por quien era competente para hacerlo, las Juntas Generales de Guipúzcoa, para desempeñar un cargo como era Asesor de un Grupo Político en la sede de las Juntas Generales de Guipúzcoa y que por tanto tiene naturaleza política público temporal, y amovible, y no de nombramiento hecho directamente y por propia iniciativa por el grupo político, en interés propio, por lo que el actor, **tiene derecho de acuerdo con el art. 83 del Reglamento Interno de la Cooperativa en relación con los demás preceptos denunciados como infringidos a la excedencia forzosa. El trabajador fue nombrado por un Organismo Público, como era la Junta General de Guipúzcoa, para desempeñar un cargo en la misma, de naturaleza pública.***”

Pero, por otro lado, como por ejemplo en Sentencia de 13 noviembre 2007, el Tribunal Supremo (TS) va a considerar que los empleos de gestión o asesoramiento técnico no tienen derecho a la excedencia forzosa. También podemos acudir a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Andalucía, Sevilla 665/2012, de 27 de febrero.

Así, FD Tercero STS de 13 noviembre 2007:

*“En esta acepción propia y estricta de "cargo público" se incluyen por una parte los cargos representativos o electivos y por otra parte los cargos de designación política que participan en las decisiones de Gobierno mediante el desempeño personal de los distintos órganos de las Administraciones públicas. Dentro de este campo de aplicación se encuentran numerosos cargos orgánicos (Ministros, Subsecretarios, Secretarios Generales, Directores Generales, cargos equivalentes de las Administraciones autonómicas o municipales, Delegados del Gobierno, Directores o Delegados provinciales, etcétera) pero **no los empleos de gestión o asesoramiento, aunque se trate de puestos de confianza, que llevan a cabo una labor de apoyo de quienes desempeñan los anteriores cargos políticos.** Para el desarrollo de estos cargos técnicos de apoyo están previstas en el ordenamiento laboral otras situaciones como la excedencia voluntaria (art. 46.6 ET) y la suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes [art. 45.1.a) ET].”*

Desempeño de funciones sindicales

En relación a la excedencia forzosa para el desempeño de funciones sindicales, destacar que sólo tendrán derecho a ella los cargos electos de las organizaciones sindicales más representativas (STC 263/1994, de 3 de octubre). Por lo que, los cargos electos de las

organizaciones sindicales no representativas, deberán solicitar en su caso, el acceso a la excedencia voluntaria, la cual veremos más adelante.

Derechos del trabajador y aspectos básicos a tener en cuenta

Duración de la excedencia forzosa

La duración de la excedencia forzosa, no podrá ser superior al tiempo que dure el ejercicio del cargo o responsabilidad política o las funciones sindicales, que dan origen a la excedencia. (STS 7 de marzo de 1990).

Es posible mantener esta excedencia si se encadenan cargos públicos o sindicales hasta el momento en que finalice el último de ellos, como así se deriva de la STS de 7 de marzo de 1990, referida en el párrafo anterior. En caso de producirse este hecho, el trabajador debe dar cuenta a la empresa de la nueva situación producida.

Finalización de la excedencia: La dimisión o el cese en el ejercicio del cargo político o sindical, conlleva la finalización de la excedencia.

Antigüedad y reserva de puesto

Todo el periodo de duración de la excedencia se computa a efectos de antigüedad (artículo 46.1 ET). Sin embargo, no se computará como tiempo de servicio para el cálculo de la indemnización por despido improcedente (STS de 26 de septiembre de 2001).

La excedencia forzosa proporciona el derecho al trabajador a que se le reserve el mismo puesto de trabajo durante toda su duración.

La reincorporación

Finalizada la excedencia, el trabajador o trabajadora tendrá que solicitar la reincorporación a su mismo puesto de trabajo dentro del mes siguiente a la fecha del cese, tal y como establece expresamente el artículo 46.1 ET. Reincorporación o reingreso que el empleador deberá conceder, sin tener en cuenta si existe o no vacante en la empresa.

Si no se solicita y/o produce el reingreso en el plazo antes referido, puede entenderse que el trabajador causa baja voluntaria en la empresa.

Si solicitado el reingreso, la empresa deniega la incorporación al puesto de trabajo, el trabajador deberá demandar por despido improcedente. Así, se afirma en STS de 7 de marzo de 1990:

“...frente a la negativa empresarial al reingreso de un trabajador excedente puede optar el actor por el ejercicio de dos acciones: la declarativa de reincorporación o la impugnatoria de despido, que es además la idónea cuando aquella negativa sea injustificada, clara y terminante, configurándose como un despido tácito al evidenciar una inequívoca voluntad de extinguir el contrato; y a esta negativa injustificada equivale la conducta de la empresa de no aceptar la readmisión alegando circunstancias que por las razones antedichas, no pueden ser aceptadas como válidas.”

2.- LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA

El derecho a la excedencia voluntaria se encuentra regulado, con carácter general, en el apartado 2 del artículo 46 ET, como el derecho del trabajador o trabajadora, con al menos un año de antigüedad en la empresa, a solicitar la excedencia (“suspensión” de la relación laboral) de forma voluntaria y por intereses personales, laborales o familiares.

Tal y como ha expresado nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de octubre de 2000, reseñada en STS de 26 de octubre de 2016:

*“El tratamiento legal diferenciado entre la excedencia voluntaria común y las restantes vicisitudes del contrato de trabajo mencionadas, encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otras situaciones. Mientras en la suspensión y en las excedencias forzosas o especiales concurren causas específicas y cualificadas de impedimento, incompatibilidad o dificultad de trabajar, el interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario, muy digno de consideración, pero que, de acuerdo con el criterio del legislador, **no justifica conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya o del propio interés de la empresa.**”*

En todo caso, en esta materia hay que tener en cuenta que la negociación colectiva o el pacto individual pueden mejorar la regulación del ET, posibilitando la reserva de puesto no prevista en el ET.

Derechos del trabajador y aspectos básicos a tener en cuenta

Requisitos para la petición

De acuerdo con el art. 46.2 del ET, para solicitar esta excedencia se exige:

- que el trabajador tenga una **antigüedad en la empresa de al menos un año**,
- y que hayan **transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia**, si hubiera ejercido este derecho previamente.

Duración

La duración de la excedencia voluntaria será establecida por el trabajador en su solicitud, dentro de un periodo de cuatro meses y cinco años o del periodo establecido por convenio colectivo, si este estableciera una duración mayor (art. 46.2 del ET).

Una vez establecida la duración de la excedencia, ni empresa, ni trabajador podrán solicitar la reincorporación antes de la finalización del periodo fijado. Así, afirma el TS en sentencia de 22 de septiembre de 1987 que:

“una vez concedida no puede revocar «per se» y «ante sí» su concesión y pretender cambiar los términos en que ésta fue realizada -lo fue a tenor de la petición por motivos personales, desde octubre de 1985 a septiembre de 1986- y es claro que estando en situación de excedencia, que a tenor del art. 45 ET, suspende el contrato de trabajo [la forzosa como la voluntaria según jurisprudencia -SS. 23 marzo 1983 (RJ 1983\1179) y 20 septiembre 1984 (RJ 1984\4440)-] no cabe requerimiento de reincorporación mientras la suspensión subsista.”

En principio, **no se establece la posibilidad de prorrogar una excedencia voluntaria**. Por lo que, una vez elegido el período de excedencia éste no puede ser alterado de forma unilateral por el propio trabajador y sólo sería posible su modificación, si el convenio colectivo la contemplase (SSTS 23 de julio de 2010 y 20 de junio de 2011).

Proceso de solicitud

El trabajador debe solicitar **por escrito** a la empresa, su voluntad de disfrutar de una excedencia voluntaria, indicando la duración de la misma. A este respecto, conviene observar si el convenio colectivo establece algún procedimiento a seguir para su

solicitud y si, por ejemplo, exige atender a un plazo de preaviso. La solicitud de excedencia tiene que ser aceptada o, en su caso, denegada por la empresa, preferiblemente por escrito.

Es necesario subrayar que **el empresario no puede rechazar la solicitud de excedencia voluntaria del trabajador, sino que está obligado a concederla si se cumplen todos los requisitos** exigidos en el ET y/o el convenio colectivo de aplicación y la actividad que desarrollará el trabajador en excedencia no concurre con la actividad de la empresa:

“...es cierto que el derecho a la excedencia voluntaria debe ser calificado como derecho necesario tal y como el recurso propugna, pero no por ello es, como pretende el recurrente, un derecho absoluto, sino que ha de ser coherente con los otros derechos y deberes de carácter básico con los que pueda concurrir. El derecho pues a la excedencia voluntaria ha de armonizarse con el deber básico del trabajador de no concurrir con la actividad de la empresa” (STS de 3 de octubre de 1990).

Si, ante la solicitud del trabajador, la empresa no se pronuncia o deniega este derecho, el trabajador tendrá que acudir a la vía judicial para reclamar su reconocimiento, dado que, si el trabajador dispusiera de este derecho de forma unilateral, podría considerarse un abandono del puesto de trabajo. Es decir, durante la excedencia voluntaria el trabajador puede trabajar en otra empresa, pero con cuidado de no realizar competencia desleal, ya que podría ser objeto de despido disciplinario:

“...cuando el artículo 46.2 del Estatuto preceptúa que «el trabajador... tiene derecho a que se le reconozca una posibilidad de situarse en excedencia voluntaria», lo que está significando es la necesidad de tal «reconocimiento», y que el mismo compete al empleador. Si éste incumple el deber de conceder tal excedencia -impuesta por el apartado 1 del citado artículo 46-, expresa o tácitamente, el trabajador puede ejercitar las acciones judiciales e reconocimiento de su derecho, pero que no es factible es que acuda a la vía de hecho de autotutela del propio derecho, y adopte unilateralmente la decisión de autoconcederse dicha situación de excedencia voluntaria. El hecho de no acudir al órgano jurisdiccional en solicitud de que el empresario cumpla su obligación de conceder aquella situación, y de decidir, por sí mismo, el tema controvertido, no acudiendo al trabajo, coloca al actor -máxime con posterioridad al telegrama del empleador-, en situación de incumplimiento grave y contumaz de su obligación de trabajar, lo que constituye la justa causa de despido tipificada en el artículo 54.2.a) del Estatuto consistente en faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo.” (STS de 5 de julio de 1990)

Carencia de derecho de reserva de puesto y antigüedad

Este tipo de excedencia no reconoce al trabajador un derecho a reserva del mismo puesto de trabajo que haya desempeñado con anterioridad, como sí ocurre en la excedencia forzosa, sino que el derecho al puesto de trabajo del excedente voluntario común se configura como un derecho potencial o expectante condicionado a la existencia de vacantes (STS 18 de julio de 1986) y no como un derecho ejercitable inmediatamente o automáticamente en el acto o momento en el que el trabajador o excedente exprese su voluntad de reingreso (STS 25 de octubre del 2000).

De esta manera, como se expresa en la STS de 26 de octubre de 2010, con cita a otras sentencias de la Sala de lo Social:

"...es doctrina ya unificada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 14-febrero-2006 (RJ 2006, 2230) (rcud 4799/2004) y 21-enero-2010 (RJ 2010, 642) (rcud 1500/2009) que, matizando tesis anterior (22-enero-1987 y 16-marzo-1987), en síntesis, sostiene que "el derecho potencial o expectante del trabajador en excedencia voluntaria sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando su mismo puesto de trabajo, u otro similar o equivalente, se encuentre disponible en la empresa, y ello no ocurre cuando la plaza del trabajador excedente voluntario fue cubierta con una nueva contratación o cuando, como es aquí el caso, fue amortizada por reasignación de sus cometidos laborales a otros trabajadores"; o cuando por ejemplo, se han externalizado las funciones que realizaba el trabajador en excedencia (SSTS 30 de noviembre de 2012 o 30 de septiembre de 2013), cuando se ha suprimido ese puesto de trabajo.

En definitiva, una vez transcurrido el plazo por el que se le reconoció la excedencia (4 meses a 5 años), lo que tiene el trabajador o trabajadora es un **derecho preferente de reingreso en la empresa, que se hará efectivo cuando se produzca una vacante en su mismo puesto de trabajo, u otro de igual o similar categoría a la suya, cualquiera que sea su causa** (jubilación, dimisión, despido, etc.). (STS 12 de septiembre de 2018 y STS de 26 de octubre de 2016).

Al contrario que en la excedencia forzosa, el tiempo en excedencia voluntaria no se tiene en cuenta a efectos de antigüedad en ningún caso.

Adviértase, como se señaló anteriormente, que es posible la mejora del régimen del ET a través de la negociación colectiva o el pacto individual.

La reincorporación

Para que el trabajador pueda efectivamente reincorporarse a la empresa, **tiene que solicitar su reingreso en la fecha de finalización que se estableció en la solicitud de excedencia, en cualquier momento antes de su finalización. Sin embargo, si en la solicitud de excedencia no se ha fijado una fecha concreta de finalización, el trabajador podrá solicitar el reingreso en cualquier momento antes de que finalicen los cinco años de duración máxima.**

A este respecto (solicitud de reingreso) conviene observar previamente si el convenio colectivo aplicable establece un procedimiento específico, como por ejemplo sucede en el caso del Convenio Colectivo de grandes almacenes (art. 38), que exige al trabajador en excedencia un plazo de preaviso concreto, el cual, si no es cumplido conlleva la pérdida del derecho al reingreso.

Si el trabajador no solicita su reingreso, se considera que el trabajador ha extinguido voluntariamente su contrato de trabajo.

Una vez solicitado el reingreso, hay que observar varias cuestiones:

- **La primera, es que la empresa no está facultada para la amortización de plazas o la contratación o cobertura de nuevos trabajadores de igual o similar categoría al excedente “salvo que lo haga con cobertura legal o por convenio colectivo o pacto”** (STS de 12 de septiembre de 2018); dado que *“no puede perjudicar a derecho expectante de los trabajadores en excedencia a reincorporarse en la empresa, pues otra solución haría ilusorio el derecho de quienes piden el reingreso, y transformaría la situación de excedencia voluntaria en cese definitivo, privando a aquellos de los beneficios que tal institución comporta en el espíritu y en la letra de la ley”*. (STS 22 de enero de 1987 y 16 de marzo de 1987).
- La segunda, es que **es la empresa quien está obligada a avisar al trabajador respecto la existencia de una vacante:**

“...la empresa ha de proceder conforme a los principios de la buena fe y lealtad recíproca entendida la expresión en su más amplia y extensa significación, informando al trabajador sobre la existencia o no de plazas y de la naturaleza de ésta ...” (STS de 24 de noviembre de 1986).

Por lo que, si la empresa no comunica al trabajador la existencia de una vacante y el trabajador tuviera conocimiento de la misma, el trabajador deberá utilizar la vía judicial para que se le reconozca su derecho de reingreso preferente.

- La tercera es que, si bien el Estatuto de los trabajadores establece que el trabajador o trabajadora tiene un derecho preferente de reingreso en la empresa, éste no habla de reingreso preferente en el mismo centro de trabajo. Sin embargo, aunque sea posible el reingreso en centro de trabajo distinto, el TS aclara, por ejemplo en Sentencias de 11 de octubre de 2017 y de 4 de febrero de 2015, que ***“debe producirse en un puesto de trabajo de la misma localidad en la que prestaba sus servicios, ya que la pretensión unilateral de la empresa de que aquél reingrese en localidad distinta obstaculizaría gravemente el ejercicio del derecho del excedente a su reincorporación, alterando sustancialmente su situación original y posibilitando la asignación a éste de un puesto en el lugar que le fuera más gravoso a fin de hacerle desistir de su propósito de reingreso”***.

Así, en este caso, resulta evidente que **el trabajador puede negarse a aceptar una oferta de reingreso en la empresa que implique prestar sus servicios en un centro de trabajo distinto, que le obligue a cambiar de residencia y seguir conservando su derecho expectante o preferente de reingreso.** (Sentencias de 11 de octubre de 2017 y de 4 de febrero de 2015). Pero **no podrá negarse si la empresa le ofrece el reingreso en un puesto de trabajo de su misma categoría o similar, en un centro de trabajo distinto, si no le obliga a cambiar de localidad de residencia.** Si el trabajador en este caso no aceptase la oferta se consideraría extinguido el contrato de trabajo por dimisión del trabajador.

- La cuarta es que **el derecho de reingreso lo es a reincorporarse con las mismas condiciones laborales que disfrutaba antes de la excedencia;** por lo que, si la empresa ofreciera unas condiciones de trabajo distintas o no equivalentes (jornada, salario, turno de trabajo, etc.) a las que venían disfrutándose antes de la excedencia, estaríamos ante un posible supuesto de modificación sustancial de condiciones de trabajo.
- La última cuestión que debemos observar tras la solicitud de reingreso, tiene que ver con la respuesta de la empresa a dicha solicitud. Aquí se pueden dar dos casos: primero, que la empresa no conteste o deniegue al trabajador el reingreso, debiendo en este caso el trabajador o trabajadora demandar por despido improcedente. Segundo, que la empresa conteste a la solicitud que no tiene un puesto de trabajo de igual o similar categoría para su reingreso,

considerándose entonces que el derecho de reingreso se mantiene hasta que exista una vacante y el trabajador pueda reincorporarse.

Tanto en el caso que la empresa deniegue el reingreso, como en el caso de que no comunique la existencia de vacante, el trabajador además de reclamar el reconocimiento de su derecho al reingreso, podrá reclamar por los daños y perjuicios causados por la no reincorporación realizada en el momento en el que se tuvo derecho. **El plazo para instar esta reclamación será de un año**, que *“comienza a correr a partir del momento en que con la sentencia que impone la obligación de reincorporación queda establecida la ilicitud de la negativa de la empresa a readmitir y se delimita el daño cuya reparación se reclama”*. (STS 17 de abril de 2018 y 10 de junio de 2009).

3.- LA EXCEDENCIA POR CUIDADOS DE FAMILIARES HASTA SEGUNDO GRADO Y POR CUIDADO DE HIJO/A

3.1. Excedencia por cuidado de hijos/as menores de 3 años

De acuerdo con lo establecido en el artículo 46.3 del ET, los trabajadores y trabajadoras, con independencia del sexo del trabajador, del tipo de contrato y la antigüedad en la empresa, tienen derecho a solicitar la excedencia para atender el cuidado de cada menor de tres años, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, como por guarda con fines de adopción o acogimiento permanente. La empresa no puede denegar este derecho del trabajador, ni condicionarlo a exigencia alguna.

La duración máxima de esta excedencia no podrá ser superior a 3 años, a contar desde la fecha de nacimiento del hijo/a natural o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa de la adopción o acogimiento y no desde la fecha de aceptación de la solicitud por parte de la empresa. Cabe la posibilidad de incrementar esta duración “máxima” mediante negociación colectiva.

3.2. Excedencia por cuidado de familiares hasta segundo grado

Tal y como estipula el art. 46.3 ET, las personas trabajadoras, con independencia del tipo de contrato y la antigüedad en la empresa, tiene derecho a solicitar la excedencia para

atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

La duración de esta excedencia no podrá ser superior a 2 años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva.

No es posible incluir a los hijos mayores de tres años de edad en la excedencia para el cuidado de familiares prevista en el Estatuto de los Trabajadores. Así lo establece la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de noviembre de 2017:

“La situación de protección del menor a causa de su edad está expresamente protegida por medio de la excedencia específica para el cuidado de hijos que llega hasta un máximo de tres años, sin que sea (posible) utilizar el supuesto de la excedencia para el cuidado de un familiar, con la finalidad de esquivar el límite referido a que el hijo o hija sea menor de tres años”. No obstante, será posible acudir a la excedencia para el cuidado de un familiar “en aquellos casos en que la excedencia esté motivada por la atención de un hijo sea o no menor de edad, que por razón de accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida, único supuesto en que el sujeto causante sería el mismo.”

Derechos del trabajador y aspectos básicos comunes a tener en cuenta

Duración

En relación con la duración de la excedencia, destacar que es el trabajador o trabajadora quien **tiene el derecho a elegir su duración**. Éste puede disfrutar una parte e incluso disfrutarlo de forma fraccionada, es decir, el trabajador o trabajadora puede disfrutar un tiempo de la excedencia, reingresar al trabajo y volver a disfrutar posteriormente de la misma excedencia, por el periodo de tiempo que falte para su finalización, dentro del límite de su duración máxima. **También el trabajador tiene la posibilidad de prorrogar la excedencia**, siempre que no supere su duración máxima y solicitar el reingreso antes de finalizar el periodo solicitado.

A este último respecto, expresa la STSJ de Cataluña de fecha 22 de marzo de 2013 que,

“La cuestión jurídica que se plantea, por tanto, es si es posible la reincorporación anticipada al plazo inicialmente solicitado en el caso de excedencia para el cuidado de hijos. La respuesta ha de ser afirmativa.

...

La finalidad del precepto (refiriéndose al art. 46.3 ET), obvio resulta, es la de conciliar la vida laboral y familiar de los trabajadores (art.39 CE (RCL 1978, 2836)).

La excedencia para cuidado de hijos, a diferencia de la voluntaria, no depende de la "concesión" por la empresa, sino que constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres (vid STSJ Baleares 7 diciembre 1995 (AS 1995, 4698); STSJ Comunidad Valenciana 30 julio 1996 (AS 1996, 2701)) STSJ Comunidad Valenciana núm. 4196/2001 de 12 julio (AS 2002, 517)), etc.

Partiendo de ello, hay que rechazar el motivo del recurso puesto que el reingreso del trabajador ha de poder realizarse incluso antes del plazo inicialmente solicitado , en primer lugar, porque se trata de un derecho individual del que puede desistirse; en segundo lugar, porque la propia ley reconoce el derecho a fraccionar el período de excedencia y, en tercer lugar, porque la finalidad de la norma (conciliar la vida personal y laboral de los trabajadores) ha de dotar de la flexibilidad y adaptabilidad en el ejercicio del derecho que sirvan al cumplimiento de tal fin.

En definitiva, siendo la excedencia un derecho del trabajador no cabe duda que el trabajador puede desistir de su ejercicio y solicitar el reingreso en cualquier momento anterior al vencimiento del plazo pactado respetando los plazos de preaviso, cual ha ocurrido en el presente supuesto.”

Solicitud

Aunque nada establece el ET al respecto, los trabajadores **deben solicitar por escrito a la empresa su voluntad de disfrutar de estos tipos de excedencia**, observando previamente si el convenio colectivo establece algún procedimiento a seguir al respecto.

Realizada la solicitud, **la empresa, con carácter general, está obligada a aceptar la excedencia. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa tuvieran derecho a la excedencia por el mismo hijo o hija o familiar, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.**

Reserva de puesto de trabajo y otros derechos

La excedencia por cuidado de hijos/as o por cuidado de familiares otorga al trabajador un **derecho a la reserva de su puesto de trabajo durante su primer año de duración**,

Reserva del puesto de trabajo que, en vez de un año, puede llegar a los 15 o 18 meses cuando nos encontremos ante un supuesto de familia numerosa de categoría general o especial o cuando la persona ejerza este derecho con la misma duración y régimen que el otro progenitor, ampliándose en este caso a 18 meses (art. 46.3 ET).

Transcurridos los referidos plazos (1 año, 15 o 18 meses), dispone el ET que la reserva del puesto de trabajo quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Por lo tanto, podemos afirmar que el trabajador/a en este tipo de excedencia tiene un derecho automático de reingreso a la empresa y por ende, no condicionado a la existencia de vacante, durante todo el periodo de excedencia. La diferencia estriba en que durante el primer año (15 meses o 18 meses, según el caso) mantiene derecho a reincorporarse a su mismo puesto de trabajo y en el periodo restante (2 o 3 años, según el tipo de excedencia) tiene un derecho a reincorporarse, si bien la reserva de puesto queda referida al mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Así lo aclara por ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social, Sección1ª) de 9 enero de 2017:

“En efecto, se trata de un supuesto de suspensión del contrato de trabajo en orden a la conciliación de la vida familiar, y recibe un tratamiento especial tanto por las dificultades sociales que tal avenencia lleva consigo, como las posibles dificultades con que el trabajador pueda encontrarse en su relación con el empresario por la obtención de esta excedencia que el legislador ha querido priorizar. Si bien durante el primer año el operario mantiene un derecho de reserva de su puesto de trabajo, durante los dos siguientes (supuesto que nos ocupa) su reserva se limita a un puesto de la misma categoría o grupo profesional, con obligación por parte del empleador de facilitar el reingreso.

Según reconoce la sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. del País Vasco de 29 de mayo de 2012, recurso nº 1278/2012: "Viene así significándolo nuestro alto Tribunal (TS 28-6-02, recurso 1274/01), donde desarrolla el iter legislativo del precepto que se examina, y de donde podemos deducir el trato privilegiado que pretende introducirse dentro de la dinámica laboral por la conciliación de los intereses familiares y laborales. De aquí el que

entendamos que, en principio, la respuesta empresarial resulte insuficiente, pues no se trata ni de la concurrencia de una vacante, ni de la oportunidad del reingreso, ya que tales cuestiones quedan al margen de la evaluación que pueda realizar el empleador del derecho de reintegro que corresponde al trabajador. Ello no se enerva por ninguna de las concesiones que hayan podido realizarse, respecto a introducir en la concesión una posible supeditación a la existencia de vacante, pues el derecho a la excedencia se consagra por nuestro legislador con independencia de cualquier matiz".

Lo anterior, daría lugar a interpretar que **la negativa de la empresa al reingreso del trabajador tras excedencia por cuidado de menor o de familiar, por inexistencia de vacante, constituiría un despido tácito**, frente al que el trabajador/a tendría que reclamar judicialmente. Sin embargo, atendiendo a la jurisprudencia del TS de 23 de septiembre de 2013, se alcanza una interpretación distinta.

Veamos,

"A nuestro entender, el derecho incuestionable al mismo puesto de trabajo o equivalente que le corresponde al excedente ex art. 46.3ET supone la menos incuestionable nulidad de la negativa empresarial, pero no hay que olvidar que también afirmación compartida por toda la doctrina y jurisprudencia que el despido -genérico y diversificable, por razón de su causa, en especies distintas- siempre tiene como elemental presupuesto la voluntad extintiva unilateralmente decidida por el empresario, cualquiera que sea la forma en que la misma se manifieste (entre las recientes, vid. SSTs 14/05/07 (RJ 2007, 5084) -rcud 85/06 -; 07/12/09 (RJ 2010, 256) -rcud 2686/08 -; y 16/07/12 (RJ 2012, 9307) -rcud 2005/11 -), incluso la tácita, aunque para esta última hemos señalado que sólo puede apreciarse la existencia de un despido tácito a partir de «hechos suficientemente concluyentes a partir de los cuales pueda establecerse la voluntad extintiva del empresario» [SSTs 24/04/86 (RJ 1986, 2241) ; 17/07/86 (RJ 1986, 4170) ; 04/12/89 (RJ 1989, 8925) ; 20/02/91 (RJ 1991, 1274)] (STS 01/06/04 (RJ 2004, 4895) -rcud 3693/03 -). Voluntad extintiva que no apreciamos en la frase «no es posible dicha reincorporación puesto que a la fecha no existe vacante de su categoría o grupo profesional»; antes al contrario, del texto de esta negativa empresarial a la reincorporación del excedente es deducible que no se niega la reincorporación en sí misma, sino su posibilidad actual; lo que no es extinguir el contrato de trabajo." (STS de 23 de septiembre de 2013)

Por lo tanto, de acuerdo con esta Sentencia, una vez solicitado el reingreso si la empresa no contesta a la solicitud o la rechaza por inexistencia de vacantes, no se considera que se produzca un despido tácito del trabajador, siempre y cuando dicha negativa no

implique un rechazo de la existencia de la relación laboral. En este caso el trabajador o trabajadora deberá reclamar para que se reconozca el reingreso y no por despido.

Es importante subrayar aquí, que el efecto de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas o disciplinarias del trabajador o la trabajadora que haya solicitado o esté disfrutando de este tipo de excedencia por cuidado de hijo/a o familiares hasta segundo grado, será la nulidad del mismo. Así, ha sido recientemente dispuesto por el Real Decreto Ley 6/2019 de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (art. 2 apdos. 13 y 14).

Por último, destacar que además del derecho a reserva del puesto de trabajo, el trabajador o la trabajadora en estas excedencias mantiene otros derechos típicos de una relación laboral no suspendida; y ello con la finalidad de que no se produzca una reducción importante en su promoción profesional o en su protección social, que resulte en un desincentivo para su utilización.

Así,

- **el tiempo de duración de la excedencia computa a efectos de antigüedad en la empresa (art.46.3 ET);**
- se permite que el trabajador en excedencia tenga derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario (art. 46.3 ET);
- los periodos de duración de tres años en la excedencia por cuidado de menores de 3 años y el primer año de duración de la excedencia por cuidado familiares, se considerará como periodo efectivamente cotizado a efectos de: acreditar los períodos mínimos de cotización que dan derecho a las prestaciones; determinar la base reguladora y determinar el porcentaje aplicable a la base reguladora, de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad (STSJ de La Rioja 10 de enero de 2019); así como para mantener el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social. (art. 237.1 y 2 LGSS);
- y, en el caso de que esta excedencia hubiera estado precedida por una reducción de jornada en los términos previstos en el art. 37.6 del ET, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100% de la

cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo (art. 237.4 LGSS).

Con esta colección pretendemos ir más allá de una exposición sintética de la materia objeto de atención. En el texto se expone la normativa, el contexto social o económico, o la realidad que enmarcan el tema analizado, junto a la posición y valoración de UGT al respecto. A nuestro entender, es imprescindible quebrar el monopolio ideológico de aquellos que dominan los medios de comunicación, información y análisis, muy sesgado hacia determinados intereses, aportando análisis rigurosos y precisos que aporten otras miradas de la realidad y, consecuentemente, otras conclusiones. Esperamos que al lector le sea útil.