



Trabajo de Final de Grado
LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA EN EL
ÁMBITO LABORAL

Presentado por:

Daniel Constantino Hervás

Tutor/a:

Amparo Garrigues Giménez

Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos

Curso académico **2016/2017**

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS CIENTÍFICO DEL TEMA ESCOGIDO	4
2. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO COMO INSTITUTO JURÍDICO “MATRIZ” DE LA EXCEDENCIA. DESLINDE DE OTRAS INSTITUCIONES QUE IMPLICAN EL CESE DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.	6
2.1 Cuestiones generales	6
2.2 Desarrollo normativo de la figura de la suspensión en las relaciones laborales	7
2.3 Concepto de suspensión del contrato de trabajo	8
2.4 Distinción entre interrupción, suspensión y extinción del contrato de trabajo.	10
2.4.1 Suspensión e interrupción.....	10
2.4.2 Suspensión <i>versus</i> extinción.....	12
2.5 Efectos de la suspensión del contrato.....	13
3. LA EXCEDENCIA	14
3.1 Naturaleza jurídica	14
3.2 Excedencias causales	19
3.2.1 Excedencia por cuidado de hijos y familiares	19
3.2.2 Excedencia para el ejercicio de funciones sindicales	20
3.2.3 Excedencia pactada en convenio colectivo	21
3.2.4 Excedencia forzosa	22
3.3 Excedencias acausales	23
3.3.1 Excedencia voluntaria	24
4. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA (1)	24
4.1 Fundamento normativo actual y precedentes	24
4.2 El alcance de la voluntariedad	25
4.3 Requisitos para el disfrute de la excedencia voluntaria	26
4.3.1 Antigüedad	27
4.3.2 Limitaciones para el ejercicio de la excedencia voluntaria	29
4.3.3 La solicitud y el preaviso de la excedencia voluntaria	30
4.3.4 El reconocimiento del derecho al ejercicio de la excedencia voluntaria por parte del empresario	31
4.3.5 Duración y prórrogas de la excedencia voluntaria	32
4.3.6 Requisitos para el comienzo de otra (y nueva) excedencia.....	34
4.4. Los efectos de la excedencia voluntaria.....	35
5. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA (y 2). EL REINGRESO Y SUS VICISITUDES.....	39
5.1 Plazo de preaviso y solicitud de reingreso.....	39
5.2 La existencia de vacante de igual o similar categoría profesional.	42
5.2.1 Reingreso en distintos centros de trabajo	44
5.2.2 Concurrencia solicitudes de reingreso (derecho <i>preferente</i> del reingreso)	44
5.2.3 Supuestos de expedientes de regulación de empleo	45
5.3 La respuesta del empresario y las acciones tendentes referidas a defender la posición jurídica del trabajador	46
5.3.1 La eventual negativa del empresario a reincorporar al trabajador.....	46
5.3.2 La acción del despido y la modalidad procesal del despido disciplinario.	47
5.3.3 La acción declarativa de reingreso y la modalidad procesal ordinaria.....	49
6. CONCLUSIONES.....	52
BIBLIOGRAFÍA.....	56
ANEXOS	56
ABSTRACT.....	59

1. INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN DEL INTERÉS CIENTÍFICO DEL TEMA ESCOGIDO

El objeto del presente Trabajo Final de Grado es adentrarse en el análisis de la naturaleza y régimen jurídico de la excedencia voluntaria, así como sus efectos en el ámbito de la relación laboral, cuestiones todas ellas que suscitan diversos interrogantes. Dado que el legislador ha realizado un encuadramiento ambiguo de la figura de la excedencia voluntaria (que induce a equívocos y dudas a la doctrina científica, ya que no se encuentra aglutinada en el artículo 45 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores -en adelante, TRET- como el resto de las excedencias) y dada su exposición imprecisa en el artículo 46 del mismo texto legal, queda en el aire la concreción de su naturaleza jurídica y, con ella, la clarificación de puntos clave de su régimen jurídico.

En el presente trabajo también nos centraremos en el concepto de la figura de la suspensión del contrato de trabajo y las diferencias que se pueden advertir con la interrupción y la extensión del contrato de trabajo, así como sus distintos efectos. Ello resulta imprescindible para explicar la construcción jurídica de la excedencia voluntaria ante el análisis del Derecho positivo y cómo el legislador ha procedido a tratarla, difusamente, en el TRET, siendo preceptivo analizar las particularidades que presenta la excedencia en sus distintas variables causales y acausales. Además, se analizará en profundidad la excedencia voluntaria, sus efectos y las vicisitudes correspondientes al reingreso del trabajador excedente ante la ausencia de mayor concreción narrativa o legal.

Finalmente, se procederá a analizar los supuestos de excedencia (en sentido amplio) recogidos en TRET, sin la intención de entrar en profundidad en ellos, debido a que se precisaría de un estudio pormenorizado de cada uno de los supuestos. Y ello no constituye el objeto del presente trabajo, sino únicamente establecer una visión y comprensión general para poder estudiar con mayor detenimiento la singularidad de la excedencia voluntaria.

La particularidad del contrato de trabajo estriba en que para el trabajador éste supone algo más que una mera relación jurídica contractual: tiene una dimensión social propia de la configuración del Estado Social en el que nos encontramos. Es por ello que el legislador ha establecido distintos mecanismos que permiten detener el desarrollo de la relación laboral cuando el trabajador precise dedicar su tiempo de trabajo a cubrir

necesidades personales (algunas, expresamente recogidas en el TRET; otras, no). La excedencia (en general) es una situación controvertida debido a que se contraponen a la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución Española, pues en tal situación no se rompe el negocio jurídico (el contrato de trabajo), pero cesa la sinalagmaticidad del mismo, debido a que para el empresario es preceptivo aceptar la excedencia del trabajador y, con ella, modificar su organización productiva (por causa de la ausencia del trabajador) respetando (de manera más o menos intensa) dicha ausencia, mientras la misma dure (ya sea reservando el puesto de trabajo de origen del trabajador o, como poco, su derecho a ocupar una vacante, si la hubiese). De esta manera, el legislador ha optado por dotar al trabajador de la facultad de poder escoger aquella causa que considere conveniente (o ninguna), sin que ésta deba estar encuadrada o regulada en la normativa aplicable, para hacer uso de la figura de la excedencia voluntaria (pues de lo contrario no existiría otra manera, que no fuera la extinción del contrato de trabajo, para atender las necesidades -o, incluso, conveniencias- personales del trabajador).

2. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO COMO INSTITUTO JURÍDICO “MATRIZ” DE LA EXCEDENCIA. DESLINDE DE OTRAS INSTITUCIONES QUE IMPLICAN EL CESE DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

2.1 Cuestiones generales

La suspensión del contrato de trabajo se encuentra regulada en los artículos 45 a 48 de la Sección 3.^a del Capítulo III del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores. No obstante, los supuestos de suspensión recogidos por el legislador en la presente normativa no constituyen un *númerus clausus* ya que a través de la negociación colectiva es posible la ampliación de los supuestos suspensivos a efectos laborales. De otra parte, ha de tenerse en cuenta - aunque en términos genéricos - que existen otras causas de suspensión del contrato de trabajo, si bien relativas al ámbito de algunas relaciones laborales especiales (como es el caso de la alta dirección como consecuencia de la promoción interna regulada en el art. 9 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto¹).

En primer término, y por lo que se refiere a las características comunes a las distintas causas de suspensión, cabe apreciar que todas ellas obedecen a una temporalidad limitada, pues de otra manera nos encontraríamos ante un supuesto de extinción de contrato.

Especial referencia debe realizarse al hecho de que el propio TRET distingue entre dos tipos de suspensiones: la ordinaria, contemplada prácticamente en su totalidad en los artículos 45, 47 y 48; y la excedencia, que recibe atención específica en el art. 46. Cabría preguntarse entonces sobre la razón de ese trato estatutario específico y si el mismo obedece, quizá, a la existencia de diferencias sustanciales entre ambas figuras².

¹ A través de la formación interna del trabajador común al puesto directivo concerniente a aplicarse las disposiciones reguladas en el RD 1382/1985, éste permite que el contrato de trabajo que mantenía quede suspendido durante un período de dos años, pasado este espacio de tiempo el trabajador no podrá volver a desarrollar la relación laboral anterior.

² No nos podemos centrar únicamente en la existencia o no de reserva de puesto de trabajo, dado que, aunque durante la excedencia voluntaria -según se verá más adelante- el trabajador únicamente conserva un derecho preferente de reingreso en las vacantes de igual o similar categoría que haya o se produzcan en la empresa, no puede olvidarse que, de acuerdo con lo establecido en el art. 46.5, la excedencia forzosa -y las asimiladas a ella- regulada en los arts. 45 y 46.1 tiene como principal efecto la conservación del puesto de trabajo y el cómputo de la antigüedad durante todo el período en el que el trabajador se encuentre en esa situación.

2.2 Desarrollo normativo de la figura de la suspensión en las relaciones laborales

La suspensión del contrato de trabajo se encuentra ya presente, aunque no referenciada como tal, en las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944³ -en adelante LCT-. En la LCT de 1944 se establecía en su art. 79⁴ que “no se terminará el contrato de trabajo” por incapacidad temporal para el trabajo, accidente o enfermedad; ausencia por ocupación de cargo público y/o cumplimiento del servicio militar; descanso de la trabajadora por embarazo y alumbramiento. Además, en el art. 80 se preveía otra causa de suspensión del contrato de trabajo por casos de fuerza mayor que imposibilitasen temporalmente la prestación en aquellos supuestos no imputables al empresario y cuando existiesen motivos fundados.

Posteriormente, con la publicación de la Ley de Relaciones laborales de 1976, se añaden diferentes supuestos de suspensión en los artículos 18, 20, 25.4 y 26. Se debe hacer especial mención a la inclusión de la suspensión del contrato de trabajo por razón de embarazo y parto (seis semanas antes del alumbramiento, derecho ejercitable por la interesada con carácter potestativo; y ocho con posterioridad, siendo este período de carácter obligatorio). Esta ley también hace la primera mención expresa a la figura de la excedencia: de un lado como derecho de la trabajadora, por nacimiento de un hijo, a disfrutar de un período, no superior a tres años, exento de la obligación de trabajar, no retribuido ni computable a efectos de antigüedad; de otro, como derecho de todo trabajador a acogerse a la excedencia *voluntaria* (artículo 26), que posteriormente con la publicación de la regulación vigente del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores pasaría al art. 46 con unos cambios ínfimos (relativos a la antigüedad mínima en la empresa y la eliminación del requisito del carácter indefinido del contrato).

Actualmente, el régimen vigente de la suspensión del contrato de trabajo se regula en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores donde -como ya hemos mencionado en el apartado anterior- se establece la previsión de esta figura en la Sección tercera del Capítulo Tercero (en los artículos 45 a 48); no obstante, sin carácter exhaustivo, debido a que en el propio art. 45.1.a se abre la posibilidad a que las partes (del contrato o del convenio colectivo) acuerden otros supuestos suspensivos tanto de manera individual como colectiva. Igualmente, según se dijo antes, debe recordarse la

³ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007. p. 158.

⁴ MONGE RECALDE, J.L.: *La Excedencia Laboral en la Jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1987. p. 29. Resalta que la LCT de 1944 no regulaba la situación de excedencia en el artículo 79 sino que “se alude a una vicisitud del contrato de trabajo en la que éste no se extingue aun cuando falte la prestación de servicios y la consiguiente retribución”.

existencia de otros supuestos suspensivos *sui generis* establecidos por normas heterónomas (como en el caso de la relación laboral especial de alta dirección, ya citado).

2.3 Concepto de suspensión del contrato de trabajo

El contrato de trabajo tiene carácter *oneroso*⁵ y de tracto sucesivo o continuado, mediante el cual se determina la constitución de una relación laboral, así como el establecimiento de unos derechos y obligaciones recíprocas entre las partes⁶. Así, el contrato de trabajo tiene una naturaleza cambiaria y está sujeto a diversas vicisitudes que pueden manifestarse durante el transcurso del mismo, tanto en interrupciones no periódicas de la prestación de servicios por parte del trabajador como en la figura de la suspensión del contrato de trabajo.

La figura de la suspensión (de las obligaciones, en sentido amplio) tiene su origen en el Derecho privado romano, con la *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de incumplimiento) que dio lugar a la “teoría del incumplimiento”⁷, situando la exoneración de las obligaciones de una de las partes ante el eventual incumplimiento voluntario de la otra. No obstante, la evolución del concepto de la suspensión del contrato de trabajo guarda una estrecha relación con la tradición legal europea, integrándose en la normativa laboral y caracterizando instrumentalmente el principio de estabilidad del empleo⁸ como consecuencia de las tendencias sociales ante los cambios surgidos en el entorno socioeconómico europeo⁹ desde la construcción de la Europa social en los años 80. Esta situación ha dado lugar a modificaciones legislativas

⁵ VICENTE PALACIO, A.: *Derecho del trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2017. p. 365. La exigencia de que el contrato de trabajo sea retribuido se establece en el art. 1.1 TRET, en el que se establece, en relación a su ámbito de aplicación, que serán considerados trabajadores aquellos “que voluntariamente presten sus servicios retribuidos”, pudiendo sustraer que el contrato de trabajo es un negocio jurídico bilateral, donde las partes que lo suscriben mantienen conjuntamente la condición de deudor y acreedor.

⁶ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., p. 11.

⁷ *Ibidem*, p. 20. La autora cita una de las identidades de la excedencia voluntaria, pues ésta tiene un carácter acasual, debido a que “no se exige la concurrencia de un motivo justificado que legitime a una de las partes para suspender su prestación ni a la otra a actuar en reciprocidad respecto de la suya”.

⁸ *Ibidem*, p. 28. Siendo la tesis general que justifica la suspensión del contrato de trabajo el principio de estabilidad del empleo derivada de una “imposibilidad temporal sobrevenida” acentuada por el carácter social que impregna la relación laboral.

⁹ *Ibidem*, p. 58. Debe de apreciarse que la intervención legislativa se encuentra enfocada a “reforzar la estabilidad del asalariado o la garantía de la conservación de su puesto de trabajo”, de acuerdo a los Principios Fundacionales de la Unión Europea de velar por la protección social de los trabajadores.

referidas a la figura de la suspensión del contrato ante determinadas circunstancias justificadas y tasadas en aras a evitar la extinción del contrato¹⁰.

Sin embargo, el TRET no concreta el concepto de suspensión de trabajo, siendo su única y escueta referencia al mismo en la breve textualidad contenida en su artículo 45.2, "la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo"¹¹.

Conforme a lo dicho, la suspensión del contrato debe de definirse como la interrupción temporal de la ejecución de su objeto, de remunerar y trabajar, por causas debidas o ajenas de las partes, configurándose como un derecho a interrumpir el cumplimiento del contrato de trabajo, que puede ser ejercitado por cualquiera de las partes mediante pacto o de manera unilateral¹². La suspensión puede tener carácter individual o colectivo, dependiendo si se origina por causas atinentes a la persona del trabajador (incapacidad temporal, maternidad, lactancia, entre otras) o si tiene origen en la conveniencia del empresario (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción; puesto que las derivadas de fuerza mayor no se pueden atribuir a ninguna de las partes¹³).

De igual modo debe de apreciarse especialmente la singularidad de la suspensión del contrato de trabajo, que plasma de manera esencial en sus efectos: a pesar del cese de las obligaciones esenciales de las partes, el vínculo contractual continúa teniendo efectos entre ellas, dada la pervivencia de la relación entre las mismas. Este efecto tiene lugar porque las circunstancias que motivan la suspensión son de carácter temporal (de otro modo, el efecto sería extintivo).

¹⁰ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., p.75.

¹¹ Dicho artículo se ha mantenido inamovible desde la redacción del texto original de la Ley 8/1980 de Estatuto de los Trabajadores, por lo que el legislador ha mantenido en esencia los efectos causados por la suspensión del contrato de trabajo.

¹² RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., p. 96.

¹³ *Ibidem*, p. 153.

2.4 Distinción entre interrupción, suspensión y extinción del contrato del contrato de trabajo

2.4.1 Suspensión e interrupción

El TRET establece claras diferencias entre ambos conceptos. En referencia a las interrupciones no periódicas de la prestación de servicios se puede desprender del art. 37.3 TRET que “el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración” en aquellos motivos especificados en el mismo artículo¹⁴, sin perjuicio de las mejoras que pudieran establecerse mediante negociación colectiva. De esta manera, la interrupción conlleva el cese temporal -habitualmente, períodos breves de tiempo- de la obligación de trabajar junto a la ausencia del puesto de trabajo. Al quedar referida a períodos cortos de tiempo (en ocasiones, durante la misma jornada laboral con la posibilidad de ausentarse durante pocas horas) resulta coherente no suspender el contrato de trabajo, debido a que la suspensión va asociada en el TRET a períodos de tiempo más prolongados, mientras que, como ya hemos comentado, la interrupción parece pensada para que el trabajador pueda atender a necesidades personales o deberes de carácter público en períodos cortos de tiempo sin que ello conlleve un sacrificio salarial o la pérdida de la reserva del puesto de trabajo.

Por su parte, es necesario puntualizar que la suspensión del contrato de trabajo también obedece a causas que tienen un carácter accidental (consecuencia de acontecimientos contingentes que afectan al trabajador durante el desarrollo de la relación laboral) sí da lugar a la interrupción de la recíproca obligación de retribuir el trabajo, (sin perjuicio del debido mantenimiento a la buena fe, concurrencia con la actividad empresarial o de aquellos acuerdos alcanzados entre las partes).

La doctrina científica indica que las interrupciones de la prestación laboral y la suspensión del contrato de trabajo conforman dos hipótesis de un mismo supuesto que

¹⁴ Siendo los motivos tasados en el propio artículo 37, apartados 3, 4 y 4bis. a) TRET: matrimonio, nacimiento de hijo o fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, traslado del domicilio habitual, por el tiempo indispensable para el cumplimiento del deber inexcusable de carácter público y personal, para realizar funciones sindicales o de representación del personal y por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto, así como en los casos de adopción o acogimiento, guarda con fines de adopción o para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación para la realización de los preceptivos informes psicológicos previos a la declaración de idoneidad.

podría calificarse de “situaciones interruptoras” y que tienen por finalidad legitimar ciertas ausencias del trabajador de su puesto de trabajo en base a unas causas previstas legalmente¹⁵.

Por consiguiente, una de las diferencias básicas que se pueden atisbar entre la interrupción y la suspensión del contrato de trabajo es que, en aquélla, permanece el deber del empresario de dispensar el oportuno salario al trabajador¹⁶, mientras que en los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, junto con el cese de la obligación de trabajar del trabajador, cesa, asimismo la obligación empresarial de remunerar a aquél, salvo pacto en contrario.

Otro elemento diferenciador de ambas figuras es que la interrupción constituye una mera ausencia del trabajo, es decir, implica un abandono momentáneo del puesto de trabajo el cual no obliga al empresario a realizar previsión alguna de los posibles escollos o inconvenientes en cuanto a la organización productiva que pueda afectar a causa de su duración. Sin embargo, la suspensión no constituye un abandono momentáneo sino una verdadera ausencia del trabajador que, por su duración, puede originar distintos efectos directos e inmediatos en la normalidad productiva de la empresa.

Otra de las diferencias más palpables entre ambas figuras es que la suspensión del contrato de trabajo puede ser de tiempo incierto en alguna de sus modalidades (véase mandato público representativo), mientras que la duración de los supuestos de interrupción son tasadas por el legislador en el TRET o mediante la negociación colectiva.

Sin embargo, no puede olvidarse (y, por ello deben analizarse) las similitudes subjetivas que guardan la interrupción y la suspensión contractual. En efecto, en ambas situaciones, la facultad de invocar este derecho a interrumpir la ejecución del contrato de trabajo es ejercida por una de las partes, debiendo la otra parte aceptarlo, debido a

¹⁵ Siendo en palabras de RIVAS VALLEJO, P.: cit., p. 98, “un fundamento del derecho al descanso del trabajador ante situaciones que precise invocar el ejercicio de este derecho en aras de cubrir necesidades personales como aquellas que le resulten incompatibles con el ejercicio del trabajo”. De igual modo señala la STSJ La Rioja (Social) de 7 de septiembre de 1992 en la que se justifica el derecho a los permisos o licencias “por la necesidad de que el trabajador pueda compaginar su débito laboral con otro deber, legal o moral, con el que aquél puede eventualmente entrar en colisión”.

¹⁶ RIVAS VALLEJO, P.: *Derecho del trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2017. p. 928.

que carece del poder decisorio para oponerse a su puesta en práctica¹⁷ (debe de apreciarse, no obstante, que en los supuestos de suspensión por causas derivadas del interés empresarial existen unos presupuestos necesarios que aportan rigidez a su derecho de suspender unilateralmente el contrato de trabajo -los periodos de consultas- que suponen una garantía de los derechos del trabajador, frente a la eficacia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción contempladas en el art. 47 TRET).

2.4.2 Suspensión versus extinción

La diferencia entre ambas figuras estriba, en esencia, en que la suspensión del contrato de trabajo supone la conservación del vínculo jurídico, mientras que la extinción supone el acto conclusivo o final, con solución de continuidad de la relación laboral pues, en palabras de RIVAS VALLEJO, “supone borrar hacia futuro o *ex nunc* (ya que para que ello suceda hacia el pasado en lugar de extinción deberíamos hablar de nulidad del vínculo) toda huella de la relación jurídica existente”¹⁸ dejando de producir efectos la relación laboral.

Algunos autores entienden, no obstante, que la suspensión y la extinción son de algún modo equiparables, pues la única diferencia entre ellas es que, en el caso de la suspensión, el contrato de trabajo volverá a tener efectos, mientras que en la extinción éste tiene carácter definitivo¹⁹.

Sin embargo, esta tesis no contempla las siguientes constataciones que, a nuestro juicio, comportan una distinción que aleja ambas figuras. Por una parte, la conservación del contrato de trabajo, y con ello, del puesto de trabajo, lo que supone un efecto totalmente contrario al supuesto de la extinción del contrato de trabajo, pues la suspensión del contrato de trabajo pretende desde su conceptualización social mantener la relación laboral activa en aras al principio de estabilidad en el empleo. Es por este mismo principio que se permite tras el período suspensivo del contrato de trabajo que el trabajador tenga derecho a reincorporarse al puesto de trabajo²⁰.

¹⁷ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., p. 98.

¹⁸ *Ibidem*, p. 145

¹⁹ CARRO IGELMO, A.J.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1985. p. 26; *apud* RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., p. 145.

²⁰ El artículo 48 TRET establece distintos criterios de ingreso del trabajador tras el período suspensivo, permitiendo que el trabajador conserve su anterior puesto de trabajo en los casos detallados en el mismo precepto.

Por otra parte, se mantienen los derechos y obligaciones de las partes, pues únicamente ha habido una suspensión del derecho personalísimo del trabajador de realizar su trabajo y del empresario de remunerar; es por ello que se mantienen tanto el deber de buena fe contractual²¹ como los restantes derechos y obligaciones que emanan directamente del contrato de trabajo, sin perjuicio de los acuerdos alcanzados entre las partes. Lo contrario sucede con la extinción del contrato de trabajo, pues con ella los derechos y obligaciones de las partes quedan libres desde el momento en que la misma se produce.

Finalmente, la consideración y el tratamiento de la antigüedad en el período suspensivo se mantienen vivos, elemento más que destacable para apreciar la vivencia del contrato de trabajo; pues en el caso extintivo, obviamente, no se computa bajo ningún concepto antigüedad alguna, pues en supuestos de re-contratación el cómputo de la antigüedad se vería reanudado desde el nuevo vínculo contractual sin que cuente como acumulado el tiempo correspondiente a contrataciones anteriores.

2.5 Efectos de la suspensión del contrato

Por lo que se refiere a los efectos de la suspensión del contrato de trabajo ésta produce, según se ha dicho, la interrupción de las obligaciones básicas de la relación laboral, es decir, aquellas obligaciones concernientes al pago de un salario y de prestar el trabajo debido, sin embargo continúan latentes el resto de obligaciones principales como es el caso del respeto a la buena fe contractual regulado en el art. 1258 del Código Civil y en los arts. 5 y 20.1 TRET con carácter general, y que, en palabras de RIVAS VALLEJO, constituye un “contenido ético del contrato de trabajo”, que la jurisprudencia cataloga como “aspectos espirituales de la relación” (STCT 12 mayo 1983).

Otro de los efectos que acaecen como consecuencia de la suspensión del contrato de trabajo es la prohibición de concurrencia o de concurrencia desleal²²; esta cuestión ha de tratarse con suma cautela debido a que se debe de tener en cuenta la

²¹ El artículo 20.2 TRET describe “En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”.

²² Debido a que si el trabajador que está en situación de suspensión realiza labores para otras empresas que se dedican a la misma actividad económica que en la empresa que concedió a éste la suspensión, se estará incurriendo en competencia desleal de acuerdo al art. 5.d TRET.

autonomía de las partes ante la posibilidad de llegar acuerdos donde se permita la posibilidad de concurrir con la propia actividad de la empresa en la que originariamente el trabajador estaba prestando sus servicios.

También es una de las obligaciones del trabajador durante el período suspensivo es la de velar por el secreto y discreción en todo aquello que verse con la estructura organizativa y funcionamiento interno de la empresa, así como de aquellas técnicas productivas utilizadas por la misma (*know how*).

En lo que al empresario respecta, existe una obligación de conservación del puesto de trabajo, salvo en aquellos supuestos en que el trabajador y el empresario hayan pactado otra cosa, así como aquellas derivadas de la conservación de aquellos derechos accesorios que venía disfrutando el trabajador pactados a través del contrato de trabajo.

En definitiva, la suspensión del contrato de trabajo produce, en general, efectos sobre la obligación de trabajar y retribuir, pero mantiene indemnes la pervivencia del vínculo contractual de trabajo, el derecho al reingreso debido y la conservación del restante contenido obligacional del contrato de trabajo; igualmente, perviven aquellos relacionados con la antigüedad, ascensos y la relación de Seguridad Social²³.

3. LA EXCEDENCIA

3.1 Naturaleza jurídica

En palabras de MONGE RECALDE la excedencia es “la situación anormal de una relación laboral originada por la voluntad de las partes, caracterizada por la exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo, con pervivencia, aunque muy débil, del vínculo jurídico, conservando el trabajador excedente sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”²⁴.

La excedencia se encuentra enunciada en el art. 45.1.k TRET, donde, bajo el enunciado “causas y efectos de la suspensión” únicamente se hace referencia a la figura

²³ MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE SOCIAL.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016. p. 1713 a 1720.

²⁴ MONGE RECALDE, J.L.: *La Excedencia Laboral en la Jurisprudencia*, cit., pp. 61 y 62.

de la excedencia forzosa. Finalmente, en el apartado quinto del art. 45, el legislador retoma el tratamiento de las cuestiones comunes a todos los tipos de suspensión enumerados (y, entre ellos, a la excedencia *forzosa*), refiriéndose en concreto a los efectos que tiene la figura respecto a la conservación del puesto de trabajo. Sin embargo, en el precepto siguiente (art. 46), y todavía en la Sección Tercera (dedicada a la suspensión) el legislador vuelve a utilizar el término “excedencia” aunque, ahora, para referirse a nuevas modalidades (voluntaria, cuidado de hijos, por desempeño de funciones sindicales de naturaleza representativa y la posibilidad de ampliación de nuevas figuras mediante la negociación colectiva), que parecen haber quedado fuera de la consideración suspensiva de las situaciones enumeradas en el artículo anterior. Todo ello se hace, además, extremadamente equívoco cuando, además, el efecto básico asignado a la suspensión es negado expresamente para alguno de los nuevos supuestos de *excedencia* enumerados (en concreto, para la excedencia *voluntaria*), sin que la razón de ese cambio de criterio normativo quede aclarada en el TRET.

Tras una primera observación de la regulación jurídica de la excedencia en general, puede apreciarse a grandes rasgos un tratamiento técnicamente deficiente por parte del legislador en esta materia, pues en primera instancia se ha incluido dentro del art. 45 una serie de situaciones suspensivas del contrato de trabajo, y entre ellas la excedencia forzosa, siendo el tratamiento de este artículo confuso y disperso respecto a la naturaleza jurídica de la excedencia debido a que ésta se encuentra regulada de manera expresa en el art. 46 desplegando unos efectos significativamente diferentes a la situación suspensiva “pura”²⁵. Sin embargo, los supuestos del art. 46 no se encuentran englobados en el art. 48 donde se regulan específicamente los supuestos suspensivos del contrato de trabajo²⁶.

No hay duda de que la excedencia guarda una estrecha relación con la suspensión del contrato de trabajo ya que ambas son instituciones, por lo menos, similares debido a que el legislador las ha concentrado bajo la misma Sección Tercera del Capítulo III del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, tal y como hemos apreciado, el tratamiento de la excedencia en el TRET es confuso en

²⁵ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., p. 212.

²⁶ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015. p. 37. El autor indica que tampoco encaja con ninguno de los supuestos de extinción del art. 49 TRET, pues enfatiza que la principal corriente doctrinal se decanta en que la excedencia voluntaria no es equiparable a la extinción del contrato de trabajo, sino que su finalidad es todo lo contrario (garantizar la no extinción del contrato de trabajo).

cuanto a si se debe de tratar a ésta como una causa suspensiva²⁷, dado que únicamente a la excedencia forzosa del artículo 45.1k se le reconocen efectos similares a la suspensión del contrato de trabajo. Posteriormente, en el art. 46.1 se establece una doble tipología al mencionar tanto la excedencia voluntaria como la forzosa, nuevamente, regulando en el mismo articulado el régimen y efectos de la excedencia forzosa.

Esta redacción equívoca ha hecho que algunos autores como POLO SÁNCHEZ se posicionen identificando la excedencia como una causa suspensiva del contrato de trabajo²⁸, justificando esta separación enunciada por el legislador en distintos apartados, en base a que la excedencia ha sido trasladada miméticamente de la institución del funcionariado público al ámbito privado²⁹, en concreto a las relaciones laborales. Este hecho y que el apartado referenciado a la excedencia voluntaria y forzosa se encuentre en artículos diferentes e inclusive la excedencia forzosa en ambos preceptos ha originado distintas controversias en cuanto al tratamiento que debe de darse a una y otra figuras.

Del mismo modo MONGE RECALDE entiende que la excedencia -voluntaria y forzosa- del artículo 46 debe de tratarse como una causa suspensiva del contrato de trabajo, a pesar de que el legislador no se haya decidido a clasificarla como tal. Por ello, porque la situación de excedencia voluntaria no viene recogida en el art. 49 del TRET como causa extintiva, y porque se encuentra englobada en la Sección Tercera del Capítulo III del TRET (denominado “suspensión del contrato de trabajo”) debe de apreciarse el principio suspensivo. Todo esto refuerza la figura jurídica de la excedencia del artículo 46 como una figura suspensiva, a pesar de no estar enumerada en el artículo 45, debido a que mientras el trabajador se encuentra en situación de excedencia se exonera únicamente las obligaciones de trabajar y de remunerar el trabajo, pero todavía se continúa conservando un vínculo jurídico, débil pero inherente. De igual modo que continúa habiendo un derecho preferente de reingreso que no surtiría efectos si la

²⁷ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., p. 212.

²⁸ Compartiendo la misma posición BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 44.

²⁹ Tal y como afirma RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., p. 216., al indicar que “el origen de la figura ha de buscarse en la excedencia funcional, que explica incluso la procedencia del término: el funcionario resultaba, por necesidades de organización del servicio en el seno de la Administración Pública, excedente, o, lo que es lo mismo sobrante, apartándosele, en consecuencia, del servicio, de su puesto de trabajo, de manera forzosa. Ésta es, por tanto, la “genuina” excedencia forzosa: la impuesta al trabajador al servicio de la Administración”.

relación laboral no siguiese viva³⁰, sin embargo, únicamente se podrá causar el reingreso del trabajador mientras exista el hecho causal de la existencia de vacante de igual o similar categoría. Por ello, en ausencia de tal requisito, la situación de excedencia podría aletargarse considerablemente, suponiendo este hecho una clara diferencia respecto a la situación suspensiva.

Esta distinción de la excedencia respecto a la suspensión debe de entenderse como una “suspensión acentuada”³¹, limitando los derechos del excedente al no permitir a éste la reserva del puesto de trabajo en las mismas condiciones que el trabajador mantenía disfrutando y dando lugar únicamente a un reingreso preferente, suscitando distintas dudas respecto a las condiciones en que debe de realizarse dicho reingreso. La diferencia entre ambas figuras radica en que la excedencia, y en concreto la excedencia voluntaria, encuentra su origen en una causa propia y personal, basada en la situación en la que se encuentre viviendo cada empleado dando lugar a éste a ejercitar su derecho a la excedencia siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos en el art. 46 pero sin la necesidad de mediar causa alguna. En cambio, la suspensión del contrato de trabajo se ejercita de acuerdo a las causas establecidas por la norma legal y por lo tanto únicamente cabrá la posibilidad de ejercer dicho derecho cuando se cumplan las causas establecidas en art. 48.

En definitiva, no cabe duda de que existe una interconectividad entre la suspensión del contrato de trabajo y la excedencia³², debido al encuadre normativo (recuérdese que se encuentran englobados bajo la misma Sección Tercera del Capítulo III del TRET denominada “Suspensión del contrato”) y los distintos efectos que generan ambas figuras, siendo la principal diferencia entre la naturaleza de ambas el derecho al reingreso, (excepto para la excedencia forzosa y las figuras asimiladas a ella -por cuidado de hijos así como la prevista para el cuidado de familiares, que han sido configurados como un supuesto especial de excedencia- pues en estos casos se permite la posibilidad de reserva de puesto de trabajo) siendo por lo tanto un punto diferenciador respecto a la excedencia voluntaria, ya que, a diferencia de ésta donde únicamente se conserva un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o

³⁰ Cfr. MONGE RECALDE, J.L.: *La Excedencia Laboral en la Jurisprudencia*, cit., p. 61.

³¹ *Ibidem*, p. 70.

³² POLO SÁNCHEZ, M.C.: *Excedencia voluntaria y forzosa*, Iustel, s/p, consultado en 2017 marzo 17. Recuperado de: <http://www.iustel.com/v2/c.asp?r=910908&s=8&p=4.&Z=4&O=1§or=8>. Añade “no sólo la excedencia forzosa es causa de suspensión del contrato de trabajo; es que el resto de excedencias que recoge el citado artículo (art. 46 TRET) genera idéntico efecto, primero por su ubicación en la sección dedicada a suspensiones, y segundo, porque el propio contenido del mismo”.

similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa, en los supuestos de excedencia forzosa y por cuidado de hijos y familiares, se conserva durante el primer año el derecho a la reserva de su puesto de trabajo, mismo derecho que en los supuestos suspensivos del art. 45, excepto para los casos de suspensión del contrato de trabajo por mutuo acuerdo o de las causas consignadas válidamente en el contrato de trabajo, en que se estará a lo pactado de acuerdo a lo establecido en el art. 48.1 TRET.

Por lo tanto, la distinción legal que debe apreciarse entre los distintos tipos de excedencia se encuentra en la causa motivadora y en sus efectos³³ que se manifiestan en el modo en que se efectúa la reincorporación al puesto de trabajo una vez acabado el período de disfrute de la excedencia. A pesar de ello, guardan idéntica similitud en cuanto a su efectividad, pues únicamente basta la solicitud del trabajador, comunicando al empresario su derecho a ejercitar la excedencia (siempre y cuando cumpla los requisitos legalmente exigidos) para que el empresario dispense su preceptiva concesión³⁴, a pesar de que pueda encontrarse disconforme con la solicitud del trabajador de causar excedencia. Se debe apreciar que este derecho no es autónomo para el trabajador, ya que éste no puede tomarse él mismo la excedencia, sino que debe cumplir con unos presupuestos contemplados en la normativa aplicable (de lo contrario, podría pensarse en una dimisión del trabajador por inasistencia al centro de trabajo).

Antes de profundizar en la figura de la excedencia voluntaria es de recibo advertir las características básicas de las diferentes figuras de excedencias recogidas en el art. 46 para así poder apreciar el tratamiento diferenciado por parte del legislador entre los distintos supuestos. Es por ello que, sin entrar en el fondo del asunto (cuestión que se analizará más adelante) dividiremos los distintos grupos de excedencias entre causales y no causales (o acausales).

³³ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., p. 224.

³⁴ El empresario se encuentra obligado a conceder la excedencia, pues la solicitud por parte del trabajador de la excedencia no es más que un mero trámite establecido por la norma, siendo preceptivo para el empresario aceptarla sin objeción alguna, excepto en lo establecido en el art. 46.3 TRET donde indica que “no obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa”

3.2 Excedencias causales

Son todas aquellas que para su ejercicio precisan de una causa establecida normativamente y por lo tanto no cabe la posibilidad de que el trabajador pueda hacer uso de los distintos tipos de excedencia invocando supuestos distintos de los dispuestos en la normativa aplicable.

3.2.1 Excedencia por cuidado de hijos y familiares

A partir de la elaboración de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, se introdujo en el art. 46.3 en aras de promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, sin distinción de sexo ni de ningún otro género, dos tipos de excedencias o subtipos³⁵: a) excedencia por cuidado de hijos, y b) excedencia por cuidado de familiares.

Respecto a la excedencia por cuidado de hijos, no se desprende del art. 46.3 el requisito de acreditar una antigüedad mínima alguna en la empresa por parte del trabajador, a diferencia de la excedencia voluntaria donde se exige una antigüedad de al menos un año, así como un período mínimo de disfrute de la excedencia de cuatro meses, cuestión que no se plantea en el supuesto de excedencia por cuidado de hijos.

El ejercicio de la excedencia por cuidado de hijos puede encontrarse limitada por dos razones: **(i)** en el supuesto que ambos progenitores presten servicios en la misma empresa, su ejercicio podrá verse limitado por parte del empresario siempre que existan razones justificadas de funcionamiento de la empresa; y **(ii)** únicamente se podrá ejercitar hasta que el menor que se pretenda cuidar alcance los tres años de edad, aunque cabe incidir que el ejercicio del mismo no es necesario realizarlo desde el nacimiento a este derecho, sino que se puede postergar a un momento posterior, siempre y cuando el menor no alcance la edad de tres años.

En cuanto a sus efectos se perciben diferencias respecto a la excedencia voluntaria, debido a que, como ya se ha comentado anteriormente, existe una reserva

³⁵ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., p. 238. Introduce el término de “subtipos” ya que según la autora “se habla de subtipos y no de causas porque en realidad se trata de supuestos distintos, que siguen también un régimen jurídico distinto”.

de puesto de trabajo durante el primer año de excedencia³⁶ así como el cómputo de la antigüedad durante todo el período de disfrute de la excedencia³⁷, cuestiones que difieren de aquella figura³⁸.

El segundo tipo de excedencia, se encuentra englobado en el mismo artículo 46.3 TRET, donde se detalla la excedencia para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, siendo éste ejercido cuando el familiar se encuentre en situación de desvalimiento.

A pesar de encontrarse englobado bajo el mismo apartado que la excedencia por cuidado de hijos, existen diferencias entre ambas figuras en cuanto a la duración del período de la excedencia (que, para el cuidado de familiares, tendrá una duración máxima de un año y para la excedencia voluntaria un máximo de cinco años), pudiéndose ampliar mediante negociación colectiva. Sin embargo, como en la figura de la excedencia por cuidado de hijos, el trabajador mantiene durante toda la vigencia de la excedencia por cuidado de familiares una reserva del mismo puesto de trabajo, así como al cómputo del mismo a efectos de antigüedad. No obstante, debe de apreciarse que el TRET no señala una fecha de referencia para poder ejercitar la excedencia, dejando al trabajador la libre decisión de instar la excedencia en el momento que estime más propicio³⁹.

3.2.2 Excedencia para el ejercicio de funciones sindicales

El art. 46.4 TRET establece que el trabajador podrá solicitar su paso a la situación de excedencia en la empresa cuando ejerza funciones sindicales de ámbito provincial o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo. Este precepto resulta aplicable a todos aquellos supuestos no incluidos en la excedencia forzosa como en el art. 9.1.b LOLS⁴⁰, siendo según POLO SÁNCHEZ “tareas sindicales que, no obstante, no abarcarían a quienes, ejerciéndolas, ostenten la condición de representantes

³⁶ Cuestión que sufre alteraciones dependiendo de si se sustenta la condición de familia numerosa, dando lugar a una reserva de puesto de trabajo de hasta quince meses para familias numerosas, de tres hijos, y dieciocho meses para aquellas que tengan cuatro o más hijos.

³⁷ Además de ser considerado el período de excedencia como ocupación efectiva a efectos de la Seguridad Social.

³⁸ Pues a pesar de que la excedencia por cuidado de familiares tiene una naturaleza voluntaria, al igual que la excedencia voluntaria ésta genera los efectos jurídicos propios de la excedencia forzosa.

³⁹ POLO SÁNCHEZ, M.C.: *Excedencia voluntaria y forzosa*, cit., s/p.

⁴⁰ *Ibidem*, s/p.

unitarios o sindicales o formen parte de la comisión negociadora de un convenio colectivo”.

Por lo tanto, este tipo de excedencia comparte similitudes con la excedencia forzosa⁴¹, debido a que no se exige una antigüedad mínima en la empresa para instar su solicitud, a la vez que no se dispone un tiempo limitado de disfrute debido a que se presume que su duración se mantendrá hasta que finalice el cargo representativo. Esta similitud también resulta aplicable en cuanto a la reincorporación del trabajador, pues nada se indica en cuanto al plazo de reingreso ni si opera la reserva o no de puesto de trabajo. A la primera cuestión podría aplicarse por analogía el art. 48.3 TRET el cual prevé un reingreso en el plazo de 30 días desde el cese del cargo, pero en el segundo supuesto surgen dudas pues podría entenderse que no existe reserva de puesto de trabajo, dado el encuadre normativo del art. 46 y por lo tanto aplicar lo expuesto para la excedencia voluntaria, pues a pesar de que la excedencia para el ejercicio de funciones sindicales comparte ciertos elementos con la excedencia forzosa, no deja de ser “una excedencia voluntaria con especialidades”⁴².

3.2.3 Excedencia pactada en convenio colectivo

El TRET no realiza una numeración cerrada de las distintas modalidades de excedencia, pues en su art. 46.6 permite que a través de la negociación colectiva se añadan nuevos supuestos, así como el régimen aplicable y los efectos de éstos.

Por lo tanto, a través de los convenios colectivos pueden establecerse nuevos y distintos supuestos de excedencias, añadiéndose a los establecidos en el TRET, así como introducir mejoras de aquellos supuestos contemplados en el mismo para el beneficio del trabajador, como podría ser el supuesto de establecer la reserva del puesto de trabajo para el trabajador que disfrute la excedencia voluntaria, por ejemplo. Asimismo, los convenios colectivos también pueden condicionar la concesión de las excedencias regulando los posibles motivos que el trabajador debiera justificar.

⁴¹ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., p. 226., indica que “la excedencia forzosa es la figura por la que se suspende por tiempo determinado el contrato de trabajo por ejercicio de cargo o deber público cuando el tiempo dedicado a éste supere el veinte por ciento de las horas laborales en un período de tres meses (art. 37.3d), porque el desempeño de éste resulta incompatible con el ejercicio de tal deber, lo que “fuerza” al trabajador, a instar al empresario a elegir entre uno y otro, con primacía del segundo por su transcendencia social o pública”.

⁴² POLO SÁNCHEZ, M.C.: *Excedencia voluntaria y forzosa*, cit., s/p.

Sin embargo surgen conflictos a nivel doctrinal en cuanto a si la elaboración de estos nuevos supuestos o condiciones deben de respetar las condiciones y requisitos establecidos en el TRET (considerándolos mínimos de derecho necesario), pues de lo contrario, tales estipulaciones convencionales resultarían inválidas de acuerdo con el art. 3.3 TRET); o, por el contrario, si las disposiciones que regulan la excedencia no son de derecho necesario debido a que el art. 46.6 deja a disposición de las partes, en virtud de la negociación colectiva (art. 82.1 y 85.1 TRET), y es posible establecer diferentes términos a los establecidos en el propio TRET⁴³. Sin embargo, esta última corriente es la menos predominante debido a que si a través de la negociación colectiva se pactaran condiciones que no respetaran los mínimos de derecho necesario carecería de relevancia y sentido el TRET, por lo que cualquier mejora es aceptable, siempre y cuando respete el contenido mínimo de la normativa aplicable.

3.2.4 Excedencia forzosa

La excedencia forzosa se encuentra recogida en el art. 45.1k como causa estricta de suspensión del contrato de trabajo y regulada en los arts. 46.1 y 48.3 TRET. Esta figura despliega efectos por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo (y la realización de éste) cuando el tiempo dedicado a éstos sea superior al veinte por ciento de las horas laborables en el período de tres meses (art. 37.3.d TRET). Se contemplan estos supuestos: **(i)** la designación o elección para el ejercicio de cargo público que imposibilite la asistencia y/o ejecución al trabajo⁴⁴, **(ii)** ejercicio de funciones sindicales de ámbito provincial o superior y **(iii)** cumplimiento de un deber público⁴⁵.

Para poder ejercitar la excedencia forzosa es preciso que el trabajador la solicite y es obligatorio para el empresario concederla, pues se configura como un derecho que pertenece al trabajador y por lo tanto el empresario no puede negarse a concederla.

⁴³ MONGE RECALDE, J.L.: *La Excedencia Laboral en la Jurisprudencia*, cit., p. 116. Sin embargo, el autor indica que “el Tribunal Supremo en varias sentencias ha venido reconociendo la aplicabilidad del régimen de excedencia voluntaria previsto en algunos convenios, aunque el mismo no coincida con el contenido en el Estatuto” entendiéndose que los convenios colectivos tienen eficacia normativa, concedida precisamente por el TRET, y por lo tanto se constituyen como norma específica de fuerza imperativa.

⁴⁴ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 63. Siendo aplicable únicamente en los supuestos de cargos públicos de carácter temporal, descartando al “cargo permanente burocrático de carrera”.

⁴⁵ RIVAS VALLEJO, P.: *Derecho del trabajo*, cit., p. 961.

La distinción entre la excedencia voluntaria y forzosa se encuentra en los efectos de ésta última, pues a diferencia de la primera, en la excedencia forzosa se mantiene el puesto de trabajo, computándose también la antigüedad⁴⁶ durante todo el período por el que se prolongue la excedencia para la solicitud de ciertas prestaciones dispensadas por la Seguridad Social (debido a que el trabajador se encuentra en situación asimilada al alta), mientras que en la excedencia voluntaria únicamente se mantiene un derecho preferente al reintegro en las vacantes de igual o similar categoría.

Una vez finalizado el mandato representativo para el que fue designado (o elegido) el trabajador deberá solicitar su reintegro en el plazo de los treinta días siguientes a la finalización de la causa suspensiva (cesación del cargo)⁴⁷, teniendo el empresario la obligación de readmitir al trabajador. En el supuesto de que el empresario realizara una mora en la reincorporación del trabajador éste tendría derecho a los salarios no percibidos (así como la posibilidad de indemnización por los daños debidos al perjuicio innecesario por el trabajador al no poder reanudar su actividad), y en el supuesto de que no se efectuará el reintegro del trabajador éste podría ejercitar la acción por despido⁴⁸.

3.3 Excedencias acausales

Salvo lo dispuesto a través de la negociación colectiva, la excedencia voluntaria es el único supuesto que no obedece a causa alguna, por lo que cualquier motivo que el trabajador alegue bastaría para que la empresa reconociera el ejercicio de tal derecho. De igual modo, el trabajador no tiene el deber de justificar su decisión de ejercitar tal derecho, pues únicamente con solicitar la excedencia bastaría para que el empresario se vea obligado a concedérsela. Cuestión que difiere de las excedencias causales, pues éstas deben realizarse en base a causas concretas y tasadas en la normativa aplicable.

⁴⁶ En opinión de BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 62., la excedencia forzosa resulta del todo equivalente a la suspensión del contrato de trabajo, debido a que se mantiene el derecho a la reserva del puesto de trabajo así como el cómputo durante el período de excedencia a efectos de antigüedad. Pues en palabras del autor “la naturaleza de la excedencia forzosa y la naturaleza de la suspensión del contrato de trabajo son naturalezas jurídicas absolutamente coincidentes e incluso se ha llegado a afirmar que la excedencia forzosa no es sino una envoltura formal”.

⁴⁷ Siendo en el supuesto de que el trabajador no solicitara el reintegro en el mencionado plazo el contrato se considerará extinguido por dimisión.

⁴⁸ MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE SOCIAL: *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., p. 1720 y 1721.

3.3.1 Excedencia voluntaria

La excedencia voluntaria se encuentra regulada en el art. 46 del TRET, y tiene como objeto mantener la estabilidad laboral (en base al principio de estabilidad en el empleo) siendo configurada como un derecho subjetivo del trabajador, quedando por lo tanto a la decisión unilateral por parte del trabajador la solicitud de la excedencia, dando la posibilidad al trabajador de liberarse de sus obligaciones laborales para atender de aquellas necesidades personales que considere oportunas durante un determinado período de tiempo, cuando éste cumpla con los requisitos establecidos en el art. 46.2.

Por otra parte, la solicitud de la excedencia voluntaria impone al empleador la obligación de aceptar el “adormecimiento” de la relación laboral, rompiendo de este modo el sinalagma presente en el contrato de trabajo. Según BENET ESCOLANO el motivo de que el empleador se vea obligado a aceptar la solicitud de excedencia voluntaria ha sido motivo suficiente para que el trabajador no mantenga, como en la excedencia forzosa, un derecho de conservación del puesto de trabajo, por ello el empleador conserva la posibilidad de contratar a otro empleado que sustituya al excedente voluntario e inclusive amortizar la plaza de trabajo, pues recuérdese que el trabajador que ha solicitado la excedencia voluntaria únicamente conserva un derecho preferente de reingreso y, por lo tanto, mientras no haya vacante disponible que se ajuste a su categoría profesional, éste se encontrará a la espera a que surja una vacante.

En los próximos apartados, analizaremos con más profundidad la figura de la excedencia voluntaria, así como las distintas problemáticas que plantea dado el escueto desarrollo normativo en el art. 46.5 de esta figura en cuanto a delimitación, alcance y condiciones del ejercicio del derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa.

4. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA (1)

4.1 Fundamento normativo actual y precedentes

La excedencia voluntaria tiene su origen en la excedencia funcional instituida a mediados del siglo XIX para aquellos supuestos relacionados con el funcionariado sobrante o excedente de la Administración Pública que por diversos motivos

organizativos, que obligaron a reestructurar o reducir las plantillas, debían quedar apartados de sus servicios en el seno de la Administración⁴⁹.

Su traslación al ámbito del contrato de trabajo no se produce expresamente hasta la regulación de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, cuyo art. 26, remitía a las ordenanzas laborales y convenios colectivos⁵⁰ y exigía expresamente al trabajador “una antigüedad en la empresa de al menos dos años tendrá derecho a que se le reconozca la situación de excedencia voluntaria”. La mencionada normativa contenía un carácter mínimo, pues no profundizaba demasiado en la figura de la excedencia, originando, de esta manera, confusión en cuanto a su configuración jurídica, así como inseguridad para las partes dada a su escasa regulación.

Finalmente, la excedencia se consolidó con el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por la Ley 8/1980 cuyo artículo 46, se limitaba a reproducir literalmente el art. 26 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, excepto por la modificación introducida respecto a la antigüedad que debía cumplir como mínimo el trabajador para ejercer la excedencia voluntaria, pasando de ser dos años a un solo año de antigüedad en la empresa.

Actualmente, con el TRET sigue manteniéndose la misma regulación en la figura de la excedencia voluntaria, por lo que no ha habido una voluntad por parte del legislador, en palabras de BENET ESCOLANO, “de subsanar la confusión terminológica, conceptual y teleológica respecto al plazo legal o convencionalmente marcado, los requisitos para que se produzca el reingreso del trabajador (en relación a las formalidades a seguir, existencia de vacantes, características de éstas, etc), la actitud del empresario y del trabajador tras la finalización de la excedencia y los medios que cuenta éste último para afrontar la decisión empresarial”⁵¹.

4.2 El alcance de la voluntariedad

El ejercicio de la excedencia voluntaria se realiza a través de la solicitud de la misma, por parte del trabajador al empresario, sin estar sujeta a previos requisitos legales, como sucede en las causales. El propio TRET tampoco deja posibilidad al empresario de poder participar en la decisión del trabajador, quedando relegado,

⁴⁹ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., pp. 13 a 28.

⁵⁰ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., p. 218.

⁵¹ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 72.

únicamente, a aceptar la solicitud de excedencia (debido a que carece de discrecionalidad alguna para otorgarla o no, pues la excedencia voluntaria actúa como un derecho del trabajador), siendo su única intervención un mero presupuesto legal para que la excedencia voluntaria despliegue sus efectos.

Por ello, en definitiva, la excedencia voluntaria es ejercida unilateralmente por parte del trabajador, estando únicamente sujeto a solicitarla formalmente al empresario⁵², siendo preceptivo aceptarla expresamente, y por escrito, por parte de éste último (debido a que el empresario no concede tal derecho, sino únicamente tiene el deber y obligación de reconocer expresa o tácitamente su ejercicio). Sin embargo, si el empresario se negara a aceptar, o no reconociera el derecho a dicho ejercicio, alegando el motivo que fuese (inclusive perjuicio organizativo dada a la posible alteración de la misma o necesidades del servicio), el trabajador podrá acudir ante los órganos de la jurisdicción social e instar el reconocimiento de su derecho a la excedencia voluntaria⁵³.

4.3 Requisitos para el disfrute de la excedencia voluntaria

El escueto desarrollo que realiza el TRET de la figura de la excedencia voluntaria suscita diversos, y confusos, planteamientos respecto a los requisitos establecidos para poder desplegar sus efectos. Y es así porque el texto normativo únicamente hace mención a la antigüedad como único requisito indispensable, pero no se posiciona en cuanto a aspectos de carácter subjetivo como pueden ser las posibles rigideces derivadas de la modalidad contractual que vincula al trabajador con la empresa.

Es sabido que la Ley de Relaciones Laborales de 1976 en su artículo 26⁵⁴ impedía el derecho a la excedencia voluntaria a aquellos trabajadores que tuviesen contratos de carácter temporal. No obstante, en la actualidad el art. 46 no establece

⁵² De lo contrario, si el trabajador no solicitara la excedencia voluntaria y dejara de acudir a su centro de trabajo a desarrollar sus labores (autorreconociéndose unilateralmente el derecho al ejercicio de la excedencia), su conducta podría ser causa de despido disciplinario por abandono injustificado del puesto de trabajo.

⁵³ Ya que en palabras de BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 73. "El trabajador no solicita una situación, sino que posee y ejerce un auténtico derecho, cual es el situarse en una excedencia laboral voluntaria. Es una opción que se encuadra dentro de la esfera jurídica del trabajador, elegida libremente, ejercitada y ejecutada". Por lo que el autor deja claro que el trabajador para accionar el derecho, que le es propio, tiene que cumplir con el requisito de su solicitud, pero a pesar de solicitarlo, éste constituye un derecho, a ejercitar únicamente por el trabajador, reconocido por el TRET.

⁵⁴ Pues indicaba que "en ningún caso, se pueda producir tal situación en los contratos de duración determinada".

nada al respecto, por lo que la doctrina científica se ha posicionado en torno a la idea de que no supone una restricción que el contrato tenga un carácter temporal, pues únicamente deberá tenerse en cuenta que éste tenga una duración superior a un año para cumplir con el requisito de la antigüedad. Por lo que no supondrá problema alguno para aquellos contratos de carácter temporal por obra y servicio, o de interinidad (contratos sin una duración prefijada); sin embargo, en el caso de aquellos contratos que tienen una duración determinada, ésta no se verá interrumpida (salvo pacto en contrario)⁵⁵, por lo que si el contrato temporal llegase a su vencimiento, o desapareciese la causa que lo justificaba, el contrato se extinguirá⁵⁶, y con el mismo la excedencia voluntaria del trabajador.

Cuestión distinta sería la de aquellos supuestos en que la excedencia finalizase y el trabajador solicitara su reingreso en tiempo y forma; ante esta situación, el trabajador continuará desarrollando su actividad durante el tiempo que le quede para finalizar su contrato.

Por otra parte, debemos tener en cuenta la posibilidad de que a través de la negociación colectiva se puedan establecer requisitos adicionales para la excedencia voluntaria, como por ejemplo impedir que un trabajador tenga derecho a la misma si ha cometido una determinada infracción laboral, o el hecho de que un trabajador estuviese obteniendo una determinada formación especializada y se le impida el acceso a la excedencia voluntaria mientras dure dicha formación⁵⁷.

4.3.1 Antigüedad

Supone el primer requisito indispensable, y único, para que el trabajador pueda ejercer su derecho a la excedencia voluntaria. Para ello el artículo 46 TRET en su apartado segundo afirma que: “el trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia.”

⁵⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., p. 41.

⁵⁶ VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1965. pp. 366 y 367.

⁵⁷ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., pp. 102 y 103.

Sin embargo, tras la lectura del precepto surgen diversas dudas respecto a cómo debe de computarse la antigüedad para que pueda hacerse efectiva la excedencia voluntaria, pues el legislador en ningún momento ha especificado si para ello se tiene en cuenta, únicamente, la prestación efectiva de todos los servicios, o si también deben de tenerse en cuenta los períodos correspondientes a fiestas, descanso semanal, vacaciones, interrupciones no periódicas, etcétera. Sin embargo, parece ser que la respuesta a estas cuestiones ha sido trasladada a la negociación colectiva⁵⁸, pues a través de la misma se pueden establecer determinadas particularidades que mejoren el régimen jurídico de la excedencia voluntaria, y entre ellas, adoptar consideraciones en cuanto a cómo debe computarse la antigüedad. Por lo que respecta a la primera cuestión, en los supuestos en que a través de la negociación colectiva no se estableciese nada al respecto, la doctrina científica (BENET ESCOLANO) indica que “actualmente, la tendencia mayoritaria considera que en el año de antigüedad exigible para poder acceder a una excedencia voluntaria han de computarse todos los períodos de tiempo, tanto los de prestación efectiva de servicios, como aquellos en los que no se realiza una prestación de servicios real”⁵⁹.

No obstante lo anterior, el tipo de contrato de trabajo adquiere gran relevancia respecto al tratamiento del requisito de la antigüedad. En el caso de los contratos a tiempo parcial la antigüedad debe de apreciarse desde el momento en el que el trabajador ingresó en la empresa hasta que solicita la excedencia voluntaria⁶⁰, sin perjuicio de lo acordado a través de la negociación colectiva. En cambio, para los fijos-discontinuos se computan los días efectivamente trabajados⁶¹.

En cuanto a la concatenación contractual, a pesar de que la norma estatutaria no se pronuncie sobre si la excedencia voluntaria es extensible a aquellos trabajadores que se encuentren vinculados con un contrato de trabajo temporal (a diferencia de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 que sí establecía un posicionamiento expreso en el artículo 26.4 sobre que “en ningún caso, se pueda producir tal situación en los

⁵⁸ Tal y como podemos deducir del art. 46.6 TRET, en el que establece que “La situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que allí se prevean”.

⁵⁹ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 95.

⁶⁰ De acuerdo con el art. 12.4d TRET que establece “los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado”

⁶¹ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 98.

contratos de duración determinada”), como la doctrina ha señalado “la falta de precisión contemplada en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores es un signo evidente de no exclusión de la temporalidad en relación al ejercicio del derecho”. Por lo que en el presente supuesto se debe tener en cuenta, a la hora de computar la antigüedad, el último contrato concertado, por lo que el cómputo se reiniciaría por cada contrato temporal concertado⁶², salvo que el convenio colectivo aplicable establezca otras salvedades⁶³.

4.3.2 Limitaciones para el ejercicio de la excedencia voluntaria

Existen diversas rigideces que deben considerarse a la hora de solicitar el disfrute de la excedencia voluntaria. Una de ellas es el posible establecimiento, vía convenio colectivo, de diversos requisitos adicionales para el trabajador en diversas situaciones. Así, **(i)** el tratamiento del trabajador que haya cometido una determinada infracción y en el momento de solicitar la excedencia voluntaria se encontrase pendiente del cumplimiento de la sanción correspondiente a dicha infracción (ej. expediente disciplinario)⁶⁴, **(ii)** limitaciones respecto a trabajadores que han recibido una especialización profesional con cargo a la empresa, en virtud del art. 21.4 TRET⁶⁵, siendo el objeto de esta condición evitar que el trabajador que haya percibido una determinada formación específica, dispensada por la empresa, finalice el contrato de trabajo antes de un determinado período de tiempo (pues de esta manera la empresa no podría beneficiarse de los conocimientos adquiridos por el trabajador), o evitar que éstos sean aprovechados por una empresa competidora⁶⁶.

⁶² BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 133. Aunque debe de matizarse que la excedencia no podrá superar el tiempo pactado, debido a que la relación contractual ha llegado a su fin y por lo tanto no existe un derecho de reingreso ni una obligación por el empleador de reincorporar al trabajador.

⁶³ *Ibidem*, p. 102.

⁶⁴ De esta manera, el art. 99.1f del convenio colectivo de RTVE, aprobado por Resolución de 17 de enero de 2014, el cual establece “No se concederá excedencia voluntaria a quien en el momento de solicitarla estuviese pendiente de cumplimiento de una sanción derivada de la comisión de falta grave o muy grave, o sometido a expediente disciplinario por supuesta infracción de la misma índole, en tanto no se resuelva éste”.

⁶⁵ Dispone que “cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios”.

⁶⁶ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 104.

4.3.3 La solicitud y el preaviso de la excedencia voluntaria

Como ya se ha comentado, la excedencia voluntaria constituye un derecho subjetivo del trabajador, y por lo tanto, es el propio trabajador el que debe de invocar la excedencia, siempre y cuando cumpla con los requisitos mencionados en los apartados anteriores, a través de una solicitud al empresario, indicando su intención de ejercer dicho derecho. Sin embargo, el TRET no establece ninguna formalidad para solicitar la excedencia voluntaria, y tampoco el procedimiento que hay que seguir; sin embargo, la forma más habitual de realizar la solicitud es por escrito⁶⁷, siendo éste un requisito formal establecido en ocasiones mediante la negociación colectiva.

Por otra parte, la prueba escrita de que se ha solicitado la excedencia supone un medio de defensa para el trabajador, pues en el caso de que surgiera algún problema, ya sea por denegación empresarial o cualquier cuestión conflictiva respecto a la fecha de finalización de la excedencia (pues podría incurrirse en despido disciplinario), el trabajador con el documento de la solicitud de la excedencia voluntaria (ratificada por el empresario) puede acreditar aquellas cuestiones que pudiesen devenirse durante el período de disfrute de la excedencia.

Por todo ello, es conveniente indicar en la solicitud la fecha de inicio de la excedencia, así como la duración de la misma. Sin embargo, la normativa aplicable no exige al trabajador alegar más precisión que la que quiera aportar, pues no es obligado especificar causa alguna, sin perjuicio de lo establecido en la negociación colectiva⁶⁸. Sin embargo, la precisión a través del Convenio Colectivo de que el trabajador indique la causa de su solicitud puede resultar, a nuestro entender abusivo, pues la excedencia voluntaria carece de determinadas características fundamentales (como la reserva de

⁶⁷ Pues existe un gran número de convenios colectivos que exigen que la solicitud se realice por escrito, como por ejemplo el Convenio Colectivo para el sector de agencias de viajes, aprobado por Resolución de 1 de agosto de 2013, estableciendo la obligación de realizar dicha comunicación formalmente por escrito en su art.30.1, “Deberá ser solicitada por escrito con una antelación mínima de 30 días y el plazo de concesión o denegación no podrá ser superior a 20 días.”, o el Convenio Colectivo de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares aprobado por Resolución de 3 de julio de 2015 en su art. 9.1.1. estableciendo que “La solicitud de excedencia, que deberá formularse por escrito, y será resuelta favorablemente por la empresa, en el plazo máximo de un mes, a partir de la fecha de la solicitud”.

⁶⁸ Como en el supuesto del Convenio Colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios, aprobado por Resolución de 17 de marzo de 2015, en su art. 27.1b establece que “Podrán solicitar excedencia voluntaria los trabajadores con una antigüedad en la empresa de, al menos, un año. La solicitud se formalizará por escrito con expresión de los motivos, que en ningún caso podrá utilizarse para trabajar en otra actividad idéntica o similar a la de la empresa de origen”.

puesto de trabajo) debido a su carácter acausal. Caso contrario, y si el convenio prevé algún efecto mejorado para la excedencia voluntaria, resultará pertinente, exigir al trabajador que indique el motivo del ejercicio de dicha excedencia.

En cuanto a la duración de la excedencia voluntaria, el TRET no establece precisión alguna, por lo que el trabajador en el escrito de solicitud debe indicar cuánto tiempo va a precisar (siempre y cuando sea un tiempo mínimo de cuatro meses y máximo de cinco años). En caso de que omitiera el período de tiempo de disfrute, se aplicará el límite máximo de duración⁶⁹.

Respecto al preaviso, el TRET omite el establecimiento de un período determinado en el que el trabajador deba comunicar con antelación al empresario su intención de solicitar la excedencia voluntaria. En cambio, nada obsta a que a través de la negociación colectiva se pueda establecerse distintos plazos de preaviso a tal objeto⁷⁰.

4.3.4 El reconocimiento del derecho al ejercicio de la excedencia voluntaria por parte del empresario

Como hemos comentado anteriormente la excedencia voluntaria no es de disfrute autónomo⁷¹ o unilateral, sino que es necesaria la intervención del empresario. Sin embargo, el empresario no tiene capacidad decisoria, excepto en determinados supuestos en que exista un incumplimiento de los requisitos necesarios por parte del trabajador para poder ejercer su derecho a la excedencia voluntaria.

Por otra parte, el TRET no establece el plazo que tiene el empresario para comunicar al trabajador el reconocimiento del ejercicio de su derecho, ni que dicha comunicación deba de hacerse de forma escrita u oral⁷². Este vacío legal puede ser

⁶⁹ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 145.

⁷⁰ Tal y como dispone el XXII Convenio colectivo nacional de autoescuelas, aprobado por resolución de 24 de septiembre de 2013, disponiendo en su artículo 23 lo siguiente “El trabajador que disfrute de dicha excedencia voluntaria deberá solicitar su reingreso en la Autoescuela, por escrito, con una antelación de treinta días naturales anteriores a la finalización de esta excedencia, salvo acuerdo con la empresa. Caso de no realizar su solicitud a tiempo y forma especificada, el trabajador causará baja definitiva en la Autoescuela”.

⁷¹ STS (Social) 3 de octubre 1990 (EDJ 1990/8971), en aplicación de dicha doctrina, más recientemente, la TSJ País Vasco (Social), de 27 abril 1999 (EDJ 1999/87338).

⁷² Este hecho genera una inseguridad jurídica al trabajador, pues el trabajador no sabe en qué situación se encuentra si la empresa se demora en reaccionar de una manera clara ante la solicitud del trabajador.

subsanado a través de la negociación colectiva con el establecimiento de cláusulas que fijan un período máximo para reconocer el ejercicio de la excedencia y la forma de este reconocimiento. Cabría pensar que el silencio de la empresa supone la aceptación tácita de la solicitud de la excedencia, pero según la doctrina (por todos, BENET ESCOLANO) "la falta de conformidad expresa o tácita del empresario, debe ser suplida por una decisión judicial, plasmada en una sentencia en la que el ejercicio del derecho a la excedencia sea reconocido y su ejercicio autorizado"⁷³. Por ello, el trabajador tendrá que esperar hasta que haya sentencia estimatoria de su petición para poder ejercer su derecho a la excedencia voluntaria.

No obstante, si empresario negara expresamente reconocer el derecho al ejercicio de la excedencia voluntaria (a pesar de que el trabajador cumpla con los requisitos establecidos), éste deberá, igualmente, acudir a la Jurisdicción de lo Social, y solicitar la satisfacción de su derecho y, por lo tanto, esperar hasta que el órgano jurisdiccional estime, si procediera, su demanda, reconociendo al trabajador el ejercicio de su derecho a la excedencia voluntaria. Si de lo contrario, el trabajador decidiera unilateralmente la auto-concesión de la excedencia voluntaria, podría entenderse "que el trabajador que adopta esta actitud está contraviniendo el principio general de la buena fe propio de la ejecución del contrato de trabajo"⁷⁴, siendo esta actuación un incumplimiento de sus obligaciones laborales y susceptible, por lo tanto, de despido del trabajador como consecuencia del abandono injustificado del puesto de trabajo⁷⁵.

4.3.5 Duración y prórrogas de la excedencia voluntaria

El art. 46.2 TRET establece que la excedencia voluntaria tendrá una duración mínima cuatro meses y máxima de cinco años. Plazo que se ha mantenido prácticamente inalterable desde la entrada en vigor de la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores, siendo modificado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva entre hombres y mujeres, disminuyendo la duración mínima de dos años a cuatro meses, con la finalidad de favorecer su adaptabilidad a las posibles necesidades de conciliación de la vida personal y la vida laboral de las personas trabajadoras⁷⁶. De igual modo, estos límites máximos y mínimos que establece el TRET

⁷³ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 149.

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 146 y 147.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 147.

⁷⁶ Así, GARRIGUES GIMÉNEZ, A. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: "Comentarios a la DA Decimoprimera. Ocho", en AA.VV. (Dir. I. GARCÍA NINET y A. GARRIGUES GIMÉNEZ): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia (CISS), 2007, p. 647.

pueden ser susceptibles de modificación mediante negociación colectiva o pactos individuales.

La duración de la excedencia voluntaria está sujeta únicamente al criterio del trabajador (debido a que el TRET no ha establecido unos períodos temporales fijos para su disfrute), que deberá de establecerse en el momento de su solicitud, por lo que el empresario no puede establecer objeción alguna respecto a su duración. Ello es así debido a que es el trabajador quien ostenta el derecho de ejercitar la excedencia voluntaria, así como delimitar su duración, siendo ésta última vinculante para ambas partes⁷⁷. Sin embargo, el TRET tampoco establece la obligatoriedad de tal comunicación de la duración por parte trabajador, salvo que mediante negociación colectiva se dispusiera de lo contrario.

No obstante si el trabajador decidiera finalizar la excedencia antes del agotamiento del plazo establecido por el TRET y comunicase su intención de reincorporarse a la empresa⁷⁸, el empresario puede negarse y no ser considerada su negativa como como despido (a pesar de que hubiera un puesto vacante), debido a que la excedencia supone para el empresario una complicación organizativa debido a que, tras ella, debe proceder a reorganizar los distintos recursos y mecanismos productivos dispuestos para sustituir al trabajador excedente en sus funciones⁷⁹.

Por otra parte, si el trabajador decidiera, al término de la excedencia voluntaria que venía disfrutado, realizar una prórroga de la misma (cuestión que no se encuentra planteada en el TRET), dicha prórroga deberá desarrollarse antes de que la excedencia llegue a su fin, pues de lo contrario se estaría a lo dispuesto en el art. 46.2 TRET, y por lo tanto, tendría consideración de una nueva excedencia voluntaria (siendo necesario cumplir con los presupuestos necesarios establecidos en el mismo precepto para poder ejercer nuevamente el derecho a la misma). En este supuesto debe apreciarse que el disfrute de la prórroga no puede decidirse de manera unilateral por el trabajador, al

⁷⁷ De igual modo, la fecha de disfrute de la excedencia voluntaria, y por lo tanto el despliegue de sus efectos, no tiene por qué coincidir con la fecha del reconocimiento empresarial de la misma, si no que se estará a lo consensuado entre el trabajador y el empresario (debido a que el trabajador ha tenido que fijar la duración y fecha de efectos de la excedencia).

⁷⁸ Cuestión que no viene reconocida por el TRET, al no estipular nada respecto al reingreso del trabajador antes de finalizar el período que solicitó de excedencia. Lo mismo puede decirse en caso de la empresa, pues ésta tampoco puede exigir el reingreso del trabajador antes de la finalización del plazo de la excedencia voluntaria.

⁷⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., p. 70.

contrario de lo que sucede en la solicitud inicial de disfrute de la excedencia, por lo que es preciso el consentimiento del empresario (salvo que el convenio colectivo aplicable dispusiera de lo contrario⁸⁰), siendo el efecto del rechazo de la solicitud de la prórroga por parte del empresario, el cese de la situación de excedencia llegada de su término y la necesidad de la reincorporación del trabajador a la empresa. De igual modo, el TRET no establece un límite de prórrogas sucesivas, por lo que el trabajador podrá solicitar tantas prórrogas sucesivas como estime oportunas, siempre y cuando éstas respeten la duración mínima y máxima establecida por la normativa aplicable.

4.3.6 Requisitos para el comienzo de otra (y nueva) excedencia

Para poder solicitar una nueva excedencia voluntaria, posterior al disfrute de una anterior, el TRET establece en su art. 46.2 que: “Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia voluntaria”.

El tratamiento de estos cuatro años en la Ley de Relaciones Laborales de 1976 en su art. 26 disponía que estos cuatro años debían considerarse como de prestación de servicios efectivos en la empresa, puntualización omitida actualmente en el TRET. El actual tratamiento del TRET no establece límites al ejercicio del derecho a posteriores excedencias voluntarias, salvo por el preceptivo respeto al plazo de los cuatro años exigidos en el art. 46.2; plazo que comienza a computarse desde que se produce la reincorporación efectiva del trabajador excedente. No obstante, a través de la negociación colectiva pueden establecerse mejoras en cuanto al establecimiento de períodos inferiores al establecido en el propio TRET⁸¹.

⁸⁰ Como en lo dispuesto en el VI Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, aprobado por Resolución de 15 de diciembre de 2016, disponiendo en su artículo 44 que: “En los supuestos que se solicite un periodo de excedencia inferior al límite máximo, la excedencia podrá prorrogarse a voluntad del trabajador con un preaviso de treinta días antes de la llegada del término final de la excedencia inicialmente concedida, o, en su caso del de sus sucesivas prórrogas, por periodos anuales hasta dicho límite”. Del mismo modo el Convenio colectivo del sector industrias de alimentos compuestos para animales, aprobado por Resolución de 26 de septiembre de 2016, en su art. 13.2 establece que “Las peticiones de excedencia voluntaria se resolverán dentro del mes siguiente a su presentación”.

⁸¹ Como es el caso del Convenio Colectivo estatal de jardinería para el periodo 2015-2016, aprobado por Resolución 19 de enero de 2016, disponiendo en su artículo 15 que: “Los trabajadores que hayan disfrutado de una excedencia voluntaria y quieran acogerse a otra deberán dejar transcurrir al menos un año desde la finalización de la primera excedencia para que la Empresa se la conceda”; o el Convenio Colectivo del Sector Establecimientos Sanitarios de Hospitalización y Asistencia Privada de Aragón, aprobado por Resolución de 25 de mayo de 2016, que en su art. 48 establece que “El trabajador acogido a una excedencia voluntaria no

Otra cuestión que deberíamos de tener en cuenta es la relativa al trabajador que solicita una excedencia voluntaria tras el disfrute de otro tipo de excedencia (forzosa o asimilada a la forzosa, por cuidado de hijos/as y familiares o por el ejercicio de funciones sindicales). El TRET establece que el trabajador (para poder hacer uso de una nueva excedencia voluntaria) debe haber dejado pasar cuatro años desde la última que disfrutó⁸². Ante este supuesto la doctrina entiende que existe la posibilidad de encadenar la excedencia voluntaria tras el disfrute de otra excedencia; sin embargo, a través de la negociación colectiva pueden establecerse restricciones relacionadas con el tiempo de disfrute de las distintas excedencias que computen para determinados efectos⁸³. Por todo lo anterior, y en definitiva, podemos afirmar que es posible encadenar o concatenar distintas modalidades de excedencias con la excedencia voluntaria, salvo que el convenio colectivo aplicable disponga lo contrario.

4.4. Los efectos de la excedencia voluntaria

La excedencia voluntaria, tal y como hemos venido observando, supone un supuesto especial de suspensión de la relación laboral (que la diferencia del resto de supuestos suspensivos), y que tiene como principal efecto el mantenimiento del contrato de trabajo, vínculo contractual que se encuentra “aletargado”⁸⁴, y con ello la conservación de una serie de deberes y obligaciones de carácter accesorio para las partes.

Partiendo de una primera interpretación del art. 46 TRET, se puede atisbar dos efectos básicos: (i) derecho preferente al reingreso del trabajador que ha causado la excedencia voluntaria a ocupar un puesto vacante de igual o similar categoría

podrá optar a una nueva hasta que no hayan transcurrido dos años de trabajo efectivo después de agotada la anterior”.

⁸² Sin que sea preciso añadir nuevos requisitos o exigencias a través de la negociación colectiva, según la opinión de GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., p. 60.

⁸³ Como es el caso del Convenio colectivo del sector de la banca, Resolución de 1 de junio de 2016, disponiendo en su artículo 40.4 que: “El tiempo de excedencia voluntaria no se computará a ningún efecto, pero sí el de excedencia forzosa”.

⁸⁴ Pues únicamente exonera al trabajador la obligación de trabajar y al empresario el deber de remunerar por dicho trabajo, así como de todas aquellas obligaciones accesorias recogidas en el art. 5 TRET.

profesional a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa⁸⁵, y (ii) el no cómputo de la antigüedad⁸⁶.

En cuanto a los aspectos salariales (o, más ampliamente retributivos) la situación de excedencia voluntaria supone, como ya hemos venido comentando, la interrupción de la prestación de servicios por parte del trabajador, exonerando a éste de la obligación de prestar servicios a la empresa (dado el carácter sinalagmático del contrato de trabajo) y al empresario de remunerar al trabajador, salvo pacto en contrario.

Sin embargo, la exoneración del pago del salario no se encuentra especificada en el art. 46 del TRET, sino que se encuentra recogida en art. 45.2 TRET, donde se regula el régimen jurídico de la suspensión del contrato de trabajo, indicando que “La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”. De igual modo, la norma tampoco hace referencia a qué se refiere con el concepto de “remunerar el trabajo”, cuestión que es de gran relevancia si tenemos en cuenta la amplitud interpretativa que puede llegar a alcanzar, ya que la misma omite deliberadamente el término de “salario”. Todo ello nos lleva a un importante problema interpretativo, pues el concepto “remuneración” posee una mayor amplitud que el de “salario”. Éste último queda definido en el art. 26.1 TRET, que considera al mismo como la totalidad de percepciones económicas de los trabajadores en dinero o en especie, excluyendo aquellas cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral.

De esta manera, podemos considerar que el empresario debe cesar en su obligación de retribuir, lo que abarca tanto el salario base y el resto de percepciones de carácter salarial, como las de naturaleza extrasalarial⁸⁷. La doctrina mayoritaria defiende, en este sentido, que “la percepción de salario está vinculada con la prestación de servicios y no con la condición de trabajador por lo que al cesar el trabajador sus

⁸⁵ Siendo el puesto de trabajo a ocupar por el trabajador tras la excedencia distinto al que desempeñaba en cuanto jornada, horario, funciones, etcétera. Cuestión que puede ser alterada con la reserva del mismo puesto de trabajo establecido a través de la negociación colectiva.

⁸⁶ Interpretación negativa realizada en el art. 46 al afirmar que la excedencia forzosa dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia. A pesar de ello a través de la negociación colectiva cabe la posibilidad de establecer cláusulas en las que se mantenga el cómputo de la antigüedad durante la situación de excedencia voluntaria.

⁸⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., p. 80.

servicios a la empresa, deja inmediatamente de percibir cualquier prestación, ya sea en dinero o en especie”⁸⁸.

Cabe apreciar, que antes de iniciar la situación de excedencia, es preciso que las partes dejen liquidada cualquier tipo de obligación o de deuda que pudiese quedar pendiente de ser satisfecha a favor de una de ellas⁸⁹. Y es que la excedencia voluntaria, a pesar de que pueda ser acotada en un período de tiempo, puede colocar a las partes en una situación de incertidumbre, pues cabe la posibilidad de que la relación laboral no se reanude y por lo tanto podría ocasionar un perjuicio grave al trabajador en relación con determinados devengos que pudiera tener pendientes desde antes de iniciar la excedencia voluntaria.

Otra cuestión que suscita la situación de la excedencia voluntaria es la relativa al mantenimiento para las partes del deber de la buena fe contractual, debido a que esta obligatoriedad sigue latente, porque el contrato de trabajo se encuentra sólo suspendido, que no extinguido. Por ello, una conducta contraria a la buena fe podría ser constitutivo, de acuerdo con el art. 54.2d TRET, de un incumplimiento grave y culpable, y por lo tanto, merecedor de un despido disciplinario (a pesar de que el trabajador se encuentre en situación de excedencia voluntaria). No obstante, el TRET no establece nada al respecto de que el trabajador que se encuentre en excedencia voluntaria no pueda realizar actividades en otras empresas, salvo que el convenio colectivo aplicable disponga de lo contrario⁹⁰ o que se hubiese establecido así por pacto individual⁹¹. De esta forma, cabría plantearse si estas actividades las podría realizar (también) en empresas del mismo sector de actividad que aquella en que se encontraba dispensando servicios antes de la excedencia voluntaria. En este sentido, el trabajador sí puede

⁸⁸ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 190.

⁸⁹ Cuestión que en ningún momento tiene valor de finiquito, sino únicamente tiene como objeto liquidar los haberes devengados al trabajador.

⁹⁰ Tal y como dispone el Convenio colectivo del sector de la banca, Resolución de 1 de junio de 2016, disponiendo en su artículo 40.2 que: “Estas excedencias no podrán solicitarse para prestar servicios a otro Banco, privado u oficial, ni a Entidades o Empresas competidoras de la Banca tales como Instituciones de Crédito, Cajas de Ahorro, Cajas Rurales, Sociedades de Financiación, etc. El excedente que preste servicio a alguna de dichas Entidades, perderá todos sus derechos en la Empresa bancaria de la que proceda”.

⁹¹ Como puede ser el caso de que el empresario y el trabajador hubiesen acordado un pacto de no concurrencia, de no competencia o de permanencia.

concurrir con la actividad de la empresa⁹², sin perjuicio de que la negociación colectiva disponga de lo contrario⁹³.

Para finalizar, haremos un breve resumen respecto a la incidencia que tiene la excedencia voluntaria en relación a la Seguridad Social. En primera instancia la empresa no tiene obligación alguna de mantener las cotizaciones mientras dure la situación de excedencia, debido a que el contrato de trabajo está suspendido a todos los efectos, el trabajador no se encuentra en ninguna situación asimilada al alta⁹⁴ y el empresario cursará la situación de baja de aquél en la Seguridad Social. De esta manera, el trabajador no tendrá acceso a determinadas prestaciones, como por ejemplo el subsidio por maternidad⁹⁵ -aunque sí la prestación económica del supuesto especial, según el art. 182 TRLGSS-, pues para ello es preciso que el trabajador se encuentre en situación de alta o asimilada. Sin embargo, por lo que se refiere a la pensión de viudedad, si el trabajador fallecido se encontrase en situación de excedencia voluntaria sí que generaría el derecho a pensión para su cónyuge⁹⁶. En el mismo sentido podríamos situar la pensión de jubilación debido a que el art. 205.3 TRLGSS indica que “No obstante lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 1, la pensión de jubilación podrá causarse, aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta, siempre que reúnan los requisitos de edad y cotización contemplados en el citado apartado 1”. Por todo lo anterior, y en definitiva, la normativa aplicable no impide que el trabajador en situación de excedencia voluntaria pueda acceder a las prestaciones contributivas de jubilación y viudedad.

En relación a la prestación por desempleo, el trabajador que se encuentre en excedencia voluntaria no se halla en situación legal de desempleo, según lo establecido

⁹² Siempre y cuando se respete el principio de buena fe, y por lo tanto, de acuerdo con los arts. 5d y 21.1 TRET queda limitada la posibilidad de que el trabajador desarrolle una prestación laboral para diversos empresarios en aquellas situaciones en las que se hallen la coincidencia de actividades, objetivos empresariales, pudiendo causar un perjuicio real o potencial a la empresa, y por lo tanto susceptible de concurrencia desleal. De igual modo también será contrario a la buena fe el incumplimiento del mantenimiento del secreto profesional. Según la opinión de GORELLI HERNÁNDEZ, J: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., p. 85.

⁹³ Como es el caso del Convenio colectivo del sector industrias de alimentos compuestos para animales, Resolución de 26 de septiembre de 2016, disponiendo en su artículo 13 que: “servicio de la empresa, siempre que no se vayan a dedicar a otro trabajo por cuenta ajena en empresa o actividades del mismo sector económico”.

⁹⁴ STSJ Madrid (Social) de 9 de septiembre de 1998 (EDJ 65068).

⁹⁵ STSJ Andalucía (Granada) (Social) de 30 noviembre 1999 (EDJ 1999/84067).

⁹⁶ Debido a que el art. 219 del TRLGSS indica que “También tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años”.

en el art. 267 TRLGSS, por lo que no tendría derecho a la prestación por desempleo. Sin embargo, si durante la excedencia voluntaria, el trabajador prestase servicios para otra u otras empresas, y cumplierse con los requisitos establecidos en el art. 266 TRLGSS, de extinguirse dicho contrato de trabajo por causa a él no imputable, sí que se encontraría en situación legal de desempleo (y ello, a pesar de encontrarse en excedencia voluntaria), por lo que podría optar a la prestación por desempleo⁹⁷.

5. LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA (y 2). EL REINGRESO Y SUS VICISITUDES

El reingreso del trabajador supone uno de los principales problemas de esta institución jurídica, debido a que el art. 46.5 TRET únicamente hace mención a que “el trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”. Esta lacónica previsión y el silencio normativo en cuanto a la delimitación, alcance y condiciones en la que se efectuará el derecho de preferencia al reingreso del trabajador hace que este apartado sea el más complejo y controvertido de la excedencia voluntaria, abriendo la puerta a distintos conflictos interpretativos.

5.1 Plazo de preaviso y solicitud de reingreso

La solicitud del reingreso supone un derecho de expectativa y preferente a reingresar ante cualquier tercero, condicionado a que exista un puesto vacante de igual o similar categoría profesional en la empresa, por lo que únicamente se podrá ejercitar cuando el trabajador exprese su voluntad de reingresar en la empresa⁹⁸.

Para que sea efectivo el derecho al reingreso está sujeto a que el trabajador lo solicite a la empresa, manifestando así su intención de reincorporarse a la misma⁹⁹ en un determinado plazo antes de que la excedencia voluntaria llegue a su fin¹⁰⁰. No

⁹⁷ STS (Social) de 29 diciembre 2004 (EDJ 2004/267745).

⁹⁸ STS (Social) de 21 enero de 2010 (EDJ 2010/11623).

⁹⁹ Debido a que el reingreso no es automático, tal y como establecen STSJ Canarias (Las Palmas) (Social) Sala de lo Social de 15 diciembre 2014 (EDJ 2014/298113) o STSJ la Comunidad Valenciana (Social) de 24 marzo 1998 (EDJ 1998/68803).

¹⁰⁰ Dicho plazo tiene como finalidad establecer una determinada seguridad al empresario de que el trabajador tiene una intención inequívoca de reincorporarse a la empresa (pues en el caso de que notificase en un plazo posterior o no solicitase el reingreso se produciría un decaimiento del derecho, extinguiendo el contrato de trabajo por ausencias injustificadas o abandono voluntario

obstante, el TRET no establece plazo alguno¹⁰¹ en el que se deba de realizar la solicitud de reingreso (ni su forma)¹⁰², por lo que ha sido generalmente preestablecido a través de la negociación colectiva¹⁰³ o el pacto individual.

En referencia a lo anterior, en el supuesto de que se hubiera establecido plazo mediante convenio colectivo y una vez finalizada la excedencia, se solicitase el reingreso, estaríamos ante una extinción del contrato de trabajo por causas válidamente consignadas en el convenio colectivo¹⁰⁴. En este orden de asuntos, se plantea el supuesto de que el trabajador realizase la solicitud posteriormente al plazo marcado por el convenio colectivo (estableciendo éste su obligatoriedad y las consecuencias del incumplimiento del plazo de preaviso), pero antes de que finalice la excedencia voluntaria, lo que supondría, de acuerdo con la STS de 18 de septiembre de 2002¹⁰⁵, un decaimiento de su derecho al reingreso¹⁰⁶. En cambio, si el convenio el convenio colectivo estableciese la obligatoriedad de realizar la solicitud con un determinado plazo de antelación, pero no estableciese las consecuencias de dicho incumplimiento y el trabajador realizase la solicitud antes de que finalice la excedencia, según la doctrina del Tribunal Supremo ello no supondría una pérdida del derecho al reingreso¹⁰⁷.

del trabajador). Además, permite al empresario reorganizarse con un determinado plazo de antelación.

¹⁰¹ Ni tampoco exige que el trabajador comunique a la empresa su intención de reingresar en la misma de acuerdo a la interpretación de BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 238.

¹⁰² Por lo que, en el supuesto de que no se hubiese establecido plazo alguno a través de la negociación colectiva o a través de pacto individual, la mayor parte de la doctrina defiende que el trabajador debe manifestar su deseo de reingresar a la empresa antes de la finalización de la excedencia voluntaria.

¹⁰³ Como es el caso del V Convenio colectivo general de ámbito estatal para el sector del estacionamiento regulado en superficie y retirada y depósito de vehículos de la vía pública, aprobado por Resolución de 22 de febrero de 2017, disponiendo en su artículo 57.4b que: "El trabajador/a con excedencia voluntaria conserva el derecho preferente a reingresar en el establecimiento en las vacantes de igual o similar categoría a la por él ostentada en el momento de su solicitud, siempre y cuando manifieste por escrito, a la empresa, de forma indubitada, su intención de reingreso con una anticipación mínima de treinta días naturales al de la finalización efectiva de la excedencia."

¹⁰⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., p.103.

¹⁰⁵ STS (Social) de 18 septiembre 2002 (EDJ 2002/51503).

¹⁰⁶ Tal y como establece el Convenio Colectivo del Sector Establecimientos Sanitarios de Hospitalización y Asistencia Privada de Aragón, aprobado por Resolución de 25 de mayo de 2016, que en su art. 48 establece que "El trabajador deberá solicitar su reingreso por escrito con treinta días de antelación a la fecha de finalización de la excedencia. De no cursar dicha petición se entenderá que de forma expresa existe una renuncia a la reincorporación causando baja definitiva en la empresa".

¹⁰⁷ STS (Social) de 24 febrero 2011 (EDJ 2011/16729).

Otro aspecto que debemos contemplar, deriva de la posibilidad de que el trabajador manifieste su intención de reincorporarse en la empresa antes del plazo de preaviso establecido en la negociación colectiva o en el pacto individual¹⁰⁸. Ante esta situación, la doctrina defiende que el empresario podría negarse a reincorporar al trabajador sin que esta decisión imposibilite a éste último la posibilidad de volver a solicitar el reingreso en un futuro¹⁰⁹.

Finalmente, cuando el trabajador no hubiese realizado la solicitud de reincorporación en la empresa y se presentase el día siguiente a la finalización de la excedencia, siempre que no se estableciese ninguna cláusula respecto a los plazos y las consecuencias del incumplimiento de los mismos, no será considerado dimisión por parte del trabajador cuando éste se presente en la empresa el primer día laboral siguiente a la finalización de la excedencia¹¹⁰. Sin embargo, si tras la finalización de la situación de excedencia voluntaria, el trabajador no se personara en la empresa (inclusive sin el debido preaviso ante la ausencia de obligatoriedad del mismo en la normativa convencional o mediante pacto individual), se entenderían las ausencias del empleado como injustificadas pudiendo derivar en un decaimiento del derecho, así como a la extinción del vínculo contractual con la empresa como consecuencia del presumible abandono del puesto de trabajo por parte del trabajador.

Como consecuencia de la nula regulación por el TRET de la forma de solicitar la solicitud del reingreso, es razonable pensar que es válido realizar dicha solicitud tanto de manera escrita como verbal. Sin embargo, ésta última es susceptible de generar

¹⁰⁸ Situación que resulta factible, debido a que no hay ninguna norma que imposibilite al trabajador la posibilidad de presentar una solicitud de reingreso antes de la finalización de la excedencia (salvo que el convenio colectivo de aplicación establezca lo contrario).

¹⁰⁹ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 248, defiende esta postura al indicar que “La situación de excedencia voluntaria tiene su origen en un contexto de desequilibrio entre el empleador y el empleado. La excedencia voluntaria es un derecho que se concede al empleado si cumple con una serie de requisitos mínimos. Por el contrario, el empresario no le queda otra opción que aceptar y reconocer el derecho del trabajador a colocarse en situación de excedencia voluntaria, con los correspondientes perjuicios e incomodidades que ello le podría ocasionar (modificación del esquema orgánico-funcional de la empresa, reestructuración de funciones, cambios en la composición de la plantilla, nuevas contrataciones, etc.)”. Opinión que compartimos, debido a que si el trabajador pudiera hacer ejercicio de la reincorporación en el momento que precisase dejaría al empresario en una clara desventaja ante la permanente incertidumbre que supondría encontrarse a la espera de que el trabajador en excedencia manifestara su intención de permanecer o finalizar la excedencia, sin que el propio empresario pudiese amortizar o cubrir la plaza, así como realizar tantas cuestiones organizativas que precisara, para suplir el puesto vacante del propio trabajador excedente. En este mismo sentido el Tribunal Supremo dictó sentencia STS de 18 octubre 1999 (EDJ 1999/40026).

¹¹⁰ De acuerdo con la STSJ Cantabria (Social) de 30 julio 2004 (EDJ 2004/90777).

diversos problemas debido a la falta de fiabilidad a la hora de justificar que se ha realizado la solicitud de reingreso en el plazo o momento inmediatamente anterior a la finalización de la excedencia voluntaria. Por supuesto, a través de la negociación colectiva pueden establecerse cláusulas en la que se amplíen las formalidades de la solicitud del reingreso, así como los distintos aspectos sobre su solicitud¹¹¹.

5.2 La existencia de vacante de igual o similar categoría profesional

El reingreso del trabajador excedente se encuentra condicionado a la existencia de vacante de igual o similar categoría¹¹², por lo que el trabajador tendrá un derecho preferente al reingreso ante cualquier otro trabajador o demandante de empleo¹¹³, y éste será efectivo, cuando exista una plaza vacante apropiada de acuerdo al grupo profesional del excedente, condicionando la obligación del empresario a comunicar¹¹⁴ y ofrecer al trabajador dicha plaza vacante y a éste último a aceptarla. Pues en el caso de que no hubiese una plaza vacante o ésta no fuese idónea, el trabajador podrá rechazar la plaza vacante que no fuese la idónea y continuar, de esta manera, la suspensión del vínculo contractual hasta que hubiese una vacante pertinente¹¹⁵.

¹¹¹ El Convenio colectivo de Cimodin, S.L., aprobado por Resolución de 22 de marzo de 2017, disponiendo en su artículo 25 que: “El trabajador deberá igualmente solicitar por escrito el reingreso en la empresa al menos treinta días antes del fin de su período de excedencia, estando obligada la empresa a contestar por escrito a tal petición.”

¹¹² A tenor de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012 se suprimieron las categorías profesionales como módulo de referencia en aras a establecer el sistema de clasificación profesional. Por lo que es preciso hacer un ejercicio de homogeneización sistemática del art. 46.5 con el art. 22 del TRET, debido a que la citada normativa no profundiza en la regulación de los trabajadores excedentes voluntarios en cuanto al reingreso ante una plaza vacante de igual o similar categoría profesional una vez suprimido este concepto. BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 288, entiende que dicho cambio supone para el trabajador un aumento considerable de las posibilidades de reingreso a la empresa, pues el actual sistema de grupos profesionales comprende un mayor espectro de puestos de trabajos posibles para el reingreso.

¹¹³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., p. 104. Indica que “No estamos ante un derecho automático de reingreso, tal y como si ocurre en la excedencia forzosa, sino que este derecho sólo genera la reincorporación si existe en la empresa una vacante de igual o similar categoría”. Por lo que no es preciso que el trabajador deba reincorporarse en su anterior puesto de trabajo, dado que no hay reserva del mismo. No obstante, tampoco es válido que el trabajador deba ocupar cualquier puesto vacante en la empresa, sino únicamente aquellos que se encuentren vacantes y que sean de la misma o similar categoría profesional a la que pertenecía el trabajador antes de comenzar la excedencia.

¹¹⁴ Debido a que el trabajador no tiene la obligación de realizar una vigilancia continua de que se produzca esta vacante, pero sí que es obligación del empresario poner en conocimiento del trabajador la existencia de una plaza vacante cuando ésta se produzca según la STS (Social) de 24 noviembre 1986 (EDJ 1986/7647).

¹¹⁵ No obstante, ante una situación indefinida de la situación de excedencia, como consecuencia de falta de plaza vacante idónea (cuestión que debe probar el empresario), la excedencia voluntaria se verá prorrogada de manera tácita, automática y sin una limitación temporal hasta que se produzca dicha plaza vacante. Mientras que ésta se produce (pues el empresario carece

De acuerdo a lo establecido en el art. 46.5 TRET no es preciso que el reingreso se realice en el mismo puesto que ocupaba anteriormente el trabajador, sino que dicha reincorporación debe de realizarse en aquellos puestos vacantes de igual o similar categoría¹¹⁶, entendiéndose que se refiere a todas aquellas categorías profesionales encuadradas dentro del grupo profesional de referencia¹¹⁷. No obstante, puede darse la posibilidad de que en el momento de reingresar (y en ausencia de un puesto vacante de igual o similar categoría) la empresa ofrezca al trabajador un puesto de inferior categoría; ante este supuesto, el trabajador puede rechazar dicha propuesta sin que su negativa sea considerada como abandono voluntario¹¹⁸.

Por otra parte, pueden concurrir diversas situaciones por las cuales no pueda hacerse efectivo el reingreso del trabajador como consecuencia de una inexistencia de plaza vacante, como es el caso de la libertad del empresario de amortizar u ocupar la plaza del trabajador que se encuentra en excedencia voluntaria sin necesidad de ningún requisito especial, a salvo de los establecidos en el art. 51 del TRET referentes al inicio del procedimiento de despidos colectivo. Y ello es posible porque el empresario no viene obligado a reservar el puesto de trabajo del trabajador excedente¹¹⁹, e inclusive,

de la obligación de crearla) el trabajador seguirá manteniendo su derecho de preferencia. RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Iustel, s/p, consultado en 2017 abril 9. Recuperado de: <http://www.iustel.com/v2/c.asp?r=910907&s=8&p=4.&Z=4&O=1§or=8>.

¹¹⁶ Sin embargo, BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 299, indica que cabe la posibilidad de que en los supuestos en que no hubiese una plaza vacante de igual o similar categoría, el trabajador puede de manera voluntaria “reincorporarse a la empresa a pesar de que dicho reingreso se lleve a cabo en una categoría profesional inferior a la que tenía anteriormente”. En la misma línea GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., p. 107. Añade que a pesar de que la negociación colectiva puede establecer distintas previsiones respecto al derecho del trabajador de reincorporarse a la empresa en categoría inferior en los supuestos de que no hubiese una vacante, aunque indica que este supuesto será viable siempre y cuando tenga un carácter temporal y el trabajador ocupe dicho puesto de categoría inferior mientras se encuentre a la espera de que se produzca una vacante de su anterior categoría profesional u similar, pues en caso de que dicho reingreso fuese definitivo estaríamos ante una prohibición de renuncia de derechos del art. 3.5 TRET. En el mismo sentido el Convenio Colectivo de Paradores de Turismo de España, S.A., aprobado mediante Resolución de 14 de noviembre de 2008, en su artículo 50 indica “El trabajador o trabajadora excedente tendrá el derecho preferente de reingreso en su centro de trabajo si hubiese vacante de su misma categoría profesional, en el caso de no existir dicha vacante en el centro de trabajo de procedencia, el trabajador o trabajadora tendrá la opción de elegir si se incorpora a otro centro de trabajo”.

¹¹⁷ El art. 22.2 del TRET indica que se entiende por grupo profesional “el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador”.

¹¹⁸ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 300.

¹¹⁹ Tal libertad viene configurada por el poder de dirección del empresario, como consecuencia de la libertad de empresa establecida en el art. 38 CE, el cual otorga al empresario la facultad de configurar su dirección empresarial sin más límites que los establecidos por la normativa correspondiente.

tampoco tiene el deber mantener existente dicha plaza¹²⁰. A *sensu contrario* sería la situación en la que el trabajador haya solicitado el reingreso y el empresario procediera a amortizar la plaza vacante de igual o similar categoría, siendo en este sentido tal acción equivalente a un despido improcedente¹²¹.

5.2.1 Reingreso en distintos centros de trabajo

Un problema que puede surgir a la hora de solicitar el reingreso es que el puesto vacante se encuentre en otro centro de trabajo de la misma empresa. Ante este supuesto se abren dos posibilidades: **(i)** que la plaza vacante se encuentre en un centro de trabajo situado dentro de la misma o distinta localidad, pero que no precise cambio de residencia del trabajador o; **(ii)** que dicha plaza vacante se encuentre en un centro de trabajo de distinta localidad que implique, por tanto, cambio de residencia. Ante tal situación, la doctrina entiende que la negativa del trabajador a incorporarse a un puesto en una localidad distinta a la suya de residencia no supone ni dimisión ni renuncia a su puesto de trabajo¹²². No obstante, ante el primer supuesto, en el que existía una plaza en distinto centro de trabajo de la misma localidad, el trabajador sí que se verá obligado a aceptarla, pues de lo contrario podría considerarse una renuncia o dimisión del puesto de trabajo¹²³.

5.2.2 Concurrencia solicitudes de reingreso (derecho *preferente* del reingreso)

Por otra parte, cabe la posibilidad de que ante una plaza vacante hubiese una concurrencia de solicitudes de reingreso de distintos trabajadores en situación de excedencia voluntaria que perteneciesen al mismo o similar grupo o categoría profesional. Ante este supuesto, la doctrina científica indica (ante la falta de posicionamiento por el TRET) que la preferencia de reingreso se realizará de acuerdo

¹²⁰ Salvo que se haya pactado una reserva del puesto de trabajo, pues en dicho supuesto se procederá a la reincorporación automática del trabajador una vez finalizada la excedencia voluntaria. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., p. 94.

¹²¹ MONGE RECALDE, J.L.: *La Excedencia Laboral en la Jurisprudencia*, cit, pp. 85 y 86.

¹²² STS (Social) de 4 febrero 2015 (EDJ 2015/31726), debido a que una reincorporación en distinta localidad, siempre y cuando implique un cambio de residencia, supondría una alteración sustancial de las condiciones de trabajo derivadas de una movilidad geográfica, pues el reingreso no se estaría realizando en las mismas condiciones que tenía al comenzar la excedencia.

¹²³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., p. 109.

al orden de presentación de las mismas o de acuerdo a la fecha de caducidad de la excedencia, salvo lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable¹²⁴.

Distinta consideración, respecto a la preferencia de ingreso, tendríamos ante el supuesto de que ante una misma plaza vacante ejerciesen el derecho al reingreso un excedente voluntario y un trabajador que tuviese una reserva de puesto de trabajo. Ante este supuesto, el derecho de reingreso preferente del excedente voluntario no puede interferir con el derecho de reserva de puesto de trabajo del trabajador que se encontrase en situación de excedencia forzosa¹²⁵.

5.2.3 Supuestos de expedientes de regulación de empleo

Existen diversas situaciones que pueden dificultar o impedir el reingreso del trabajador en la empresa, haciendo, por lo tanto, que éste no sea efectivo. Un caso es el supuesto de que la empresa en cuestión realice un expediente regulación de empleo (en adelante ERE) durante el período en el que el trabajador se encuentra en situación de excedencia voluntaria. Ante el presente supuesto, cabe añadir dos matices diferenciales: (i) que se trate de un despido colectivo total (por cierre de la empresa), o (ii) que estemos ante un despido colectivo parcial¹²⁶.

Ante el primer supuesto, la doctrina científica entiende, que en el momento de la extinción contractual de la empresa con todos sus trabajadores mediante el procedimiento de despido colectivo, el trabajador que se encontrase en situación de excedencia voluntaria no tiene derecho a ser incluido dentro del mismo procedimiento, y por lo tanto, carece del derecho a percibir la indemnización establecida en el art. 53.1b del TRET¹²⁷, dado a que no supone una pérdida del puesto de trabajo del excedente, pues no prestaba servicio alguno, sino únicamente disponía de un derecho expectante de reingreso ante un puesto vacante de igual o similar categoría y no una verdadera suspensión contractual.

¹²⁴ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., pp. 272 y 273 y en el mismo sentido GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., p. 112 y 113.

¹²⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*, Comares, Granada, cit., p. 113.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 95.

¹²⁷ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 332.

Sin embargo, en aquellas situaciones en que el despido colectivo no suponga un cierre de la empresa, y por lo tanto sea de carácter parcial, la doctrina establece que la indemnización procederá también para el trabajador que se encuentre en excedencia voluntaria cuando éste se encuentre incluido en el ERE, a pesar de que se encuentren en la empresa distintos empleos ocupados por trabajadores de similar e igual categoría, entendiéndose de esta manera que el empleador ha actuado con “voluntad maliciosa” y por ende cabe la generación del derecho de indemnización pertinente.

No obstante, el trabajador en situación de excedencia sí que tendría derecho a indemnización en cualquiera de los casos expuestos cuando haya sido incluido en el ERE después de haber solicitado el reingreso, dado a que el derecho preferente se transformaría en un derecho expectante de reincorporación a la empresa¹²⁸.

5.3 La respuesta del empresario y las acciones tendentes referidas a defender la posición jurídica del trabajador

5.3.1 La eventual negativa del empresario a reincorporar al trabajador

Al vencimiento de la excedencia voluntaria, sin perjuicio de lo establecido en la negociación colectiva, el trabajador deberá de solicitar su reincorporación en tiempo y forma al empresario, siendo preceptivo para éste ofrecer al trabajador, según se ha dicho ya, un puesto de trabajo vacante de igual o similar categoría.

No obstante, en el supuesto de que hubiese una plaza vacante¹²⁹ de igual o similar categoría profesional y el empresario se negara (expresa o tácitamente -por falta de respuesta-) a reincorporar al trabajador u ocultara al mismo la existencia de dicha plaza vacante, el trabajador podrá accionar su derecho de reingreso ante el órgano jurisdiccional¹³⁰ competente a través de la acción declarativa de reconocimiento de existencia de vacantes¹³¹. Sin embargo, y de acuerdo con la doctrina científica, si la empresa manifiesta de manera inequívoca, clara y de forma contundente su voluntad

¹²⁸ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 337.

¹²⁹ Cuestión que debe probar el empresario, tal y como indica MONGE RECALDE, J.L.: *La excedencia laboral en la Jurisprudencia*, cit., p. 87, “conviene dejar constancia de que el Tribunal Constitucional ha sustentado el criterio de que es la empresa quien viene obligado a demostrar la inexistencia de vacante cuando se trate del reingreso de una excedencia”.

¹³⁰ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., p. 237.

¹³¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., p. 116.

de extinguir el vínculo contractual entre ambas partes, el trabajador deberá de ejercitar la acción de despido (y no la de derecho al reingreso)¹³².

Ambas acciones son propias de procedimientos procesales distintos, y por lo tanto presentan diferentes reglas aplicables y consecuencias legales. De igual modo el trabajador no puede acogerse de manera arbitraria y discrecional a la acción de despido o a la declarativa, dado que están concebidas en función de las diferentes posturas que la empresa haya adoptado al responder, expresa o tácitamente, a la solicitud de reingreso del trabajador excedente voluntario, pues en el caso de que se haya optado por el procedimiento erróneo puede suponer que la pretensión del trabajador sea rechazada por el órgano jurisdiccional o que el fallo sea incongruente¹³³.

Otra de las diferencias entre ambas acciones versa en los plazos. La acción de despido tiene un plazo de caducidad de veinte días hábiles siguientes a de aquel en que se hubiera producido el acto extintivo; sin embargo, el ejercicio de la acción declarativa está sometido a un plazo de prescripción de un año desde el momento en que el trabajador tiene constancia de que existen vacantes.

Debido a la importancia de abordar el procedimiento correcto, dadas las vicisitudes y consecuencias de cada uno, es de recibo analizar con mayor detalle cada acción en aras a aclarar cuándo es preceptivo el uso de cada una.

5.3.2 La acción del despido y la modalidad procesal del despido disciplinario

Esta acción será preceptiva cuando a pesar de que existan, o no, vacantes de igual o similar categoría del trabajador excedente voluntario que solicita el reingreso, el empresario, de una manera totalmente arbitraria y discrecional, se niegue de forma rotunda e inequívoca a realizar dicha reincorporación¹³⁴. Asimismo, no procederá esta

¹³² BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., pp. 356 y 357.

¹³³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., p. 135. El autor señala que “El Juez de lo Social procederá a desestimar la demanda por falta de acción, si es que erróneamente se ha utilizado la declarativa en vez de la de despido o viceversa: mal podría calificarse de despido nulo o improcedente a un despido inexistente, o mal podría concederse la declaración de un derecho a la reincorporación cuando la relación laboral ha sido ya extinguida”.

¹³⁴ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 366.

modalidad cuando el empresario, ante la solicitud del trabajador, no responda a la misma, siendo, por lo tanto, por lo que no se podría considerar un despido tácito¹³⁵.

No obstante, aunque el presente supuesto no se encuentra englobado en la modalidad procesal de despido disciplinario regulado en los artículos 103 a 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la doctrina científica defiende que es preciso facilitar al trabajador una acción procesal para que éste pueda defenderse de aquellas decisiones del empresario no ajustadas a Derecho que deriven de su voluntad resolutoria, y que por lo tanto, impiden la continuidad de la relación laboral entre las partes¹³⁶.

Es por todo ello que la modalidad procesal de despido disciplinario, tiene un carácter diferenciado del procedimiento ordinario, por lo que será preceptivo atenerse a las particularidades de aquélla.

Respecto a la caducidad de la acción, se estará a lo dispuesto en el art. 59.3 TRET, es decir, veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido el acto extintivo. El *dies a quo* empezará a computarse desde el momento en que el trabajador toma conocimiento de la voluntad inequívoca e incondicional empresarial de extinguir la relación laboral.

Los efectos procesales pueden ser dos: **(i)** inadmisión de la demanda como consecuencia de haber empleado el procedimiento inadecuado, o **(ii)** calificación de la actuación empresarial como procedente, improcedente o nula (en este último caso, cuando constituya una actuación discriminatoria o contraria a los derechos fundamentales o libertades públicas).

¹³⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., pp. 138 y 139. En sentido contrario opina BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., pp. 344 y 345, al indicar que ante el silencio empresarial a la solicitud de reincorporación no debe de considerarse como un despido, pues entiende que no debe “no puede considerarse por sí sola como una voluntad tácita de extinguir el vínculo contractual entre las partes [...] no es por sí sólo demostrativo de que, por parte de aquél (el empresario), haya existido una voluntad extintiva del vínculo laboral, pues normalmente tal desatención, salvo que concurren circunstancias que denoten inequívocamente dicha voluntad extintiva, sólo es interpretable como mera negativa al reconocimiento del eventual derecho de reingreso”. No obstante, MONGE RECALDE, J.L.: *La excedencia laboral en la Jurisprudencia*, cit., p. 72. Mantiene la postura de GORELLI HERNÁNDEZ al considerar que ante tal posicionamiento de adoptar una actitud de silencio y pasividad es potestativo realizar la acción del despido.

¹³⁶ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 370.

Ante la declaración de improcedencia, salvo que recaiga respecto a representantes legales de los trabajadores, el empresario podrá optar entre readmitir al trabajador en el mismo puesto de trabajo y bajo las mismas circunstancias, abonando los salarios de tramitación desde el momento en que se produce la pretensión judicial (descartando la posibilidad de contabilizarlos desde que se produce la vacante), o bien extinguir el contrato de trabajo, indemnizando al trabajador a razón de treinta y tres días por año trabajado, con un máximo de veinticuatro mensualidades¹³⁷.

5.3.3 La acción declarativa de reingreso y la modalidad procesal ordinaria

La declaración declarativa de reingreso será utilizada en aquellas circunstancias en las que el empresario deniega el reingreso del trabajador excedente voluntario alegando la falta o inexistencia de vacantes de igual o similar categoría profesional en el momento de la solicitud¹³⁸.

Es preciso matizar que el empresario debe de reconocer expresa o tácitamente la existencia de un vínculo contractual de las partes, pues de lo contrario estaríamos ante un despido.

Por otra parte, el trabajador puede hacer uso de esta acción en dos momentos concretos; **(i)** cuando se produzca la obstaculización del derecho preferente de reingreso del excedente voluntario ante la respuesta negativa al reingreso por parte del empresario alegando falta de vacante de igual o similar categoría en la empresa, y el trabajador tuviera conocimiento inequívoco y fehaciente de la existencia de dicha plaza vacante, y **(ii)** con posterioridad a la solicitud de reingreso, ante el supuesto de que empresario no llame al trabajador ante la existencia de una vacante¹³⁹.

Como ya se adelantó, para acudir a la vía jurisdiccional el trabajador dispone de un plazo de prescripción de un año, a tenor de lo establecido en el art. 59.1 TRET¹⁴⁰. El *dies a quo* comenzará desde el momento en el que el trabajador tenga constancia (y en consecuencia, conocimiento) de la existencia de una plaza vacante de igual o similar

¹³⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., p. 134.

¹³⁸ BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 341.

¹³⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., p. 117.

¹⁴⁰ Según señala el mismo precepto “Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación”.

categoría profesional¹⁴¹. No se establece, así, un límite temporal, pues en el caso de inexistencia o desconocimiento por parte del trabajador de la existencia de dicha plaza vacante el plazo no dará comienzo¹⁴².

La modalidad procesal adecuada será la ordinaria; sin embargo, le corresponderá al empresario la carga de la prueba, y por lo tanto, acreditar la existencia de falta de vacantes de igual o similar categoría. Según la doctrina científica, esta inversión de la carga de la prueba tiene lugar debido a que el trabajador se ha desvinculado durante un prolongado período de tiempo de la empresa, y por lo tanto, le resulta prácticamente imposible conocer la organización y la estructura interna de la empresa. En este sentido, GORELLI indica que “no estamos ante una auténtica inversión de la carga de la prueba, sino que en estos casos la posición de demandante y demandado ante los mecanismos de prueba es radicalmente diferente, ocupando el empresario una posición que le permite acreditar sin dificultad alguna la realidad de la existencia de vacantes (...) a diferencia del demandante, que apenas tiene capacidad probatoria en este sentido”¹⁴³.

Los efectos derivados de la respuesta judicial pueden ser afirmativos o negativos, es decir, en el caso que se demuestre la existencia de una plaza vacante de igual o similar categoría, el Juez fallará de manera favorable a la pretensión del trabajador, condenando a la empresa a que se efectuó la efectiva reincorporación del trabajador. Por el contrario, ante el supuesto de que el empresario demuestre la inexistencia de una plaza vacante de igual o similar categoría profesional, el Juez dictaminará falta de acción del trabajador, pero éste continuará manteniendo un derecho preferente a la reincorporación ante una futura plaza vacante¹⁴⁴.

Por otra parte, la doctrina rechaza la posibilidad de que el trabajador reclame el abono de salarios de tramitación¹⁴⁵ en este caso; sin embargo sí que estima, ante el supuesto de una sentencia estimatoria a la acción declarativa de reingreso del

¹⁴¹ Por parte de la empresa, únicamente podrá alegar prescripción de la acción cuando demuestre de que el trabajador era conocedor de la plaza vacante durante un período superior a un año.

¹⁴² BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, cit., p. 350.

¹⁴³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., pp. 117 y 118.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.119.

¹⁴⁵ Debido a que el trabajador ha mantenido su contrato de trabajo suspendido durante la excedencia, y por lo tanto no ha prestado un servicio efectivo en la empresa, por lo que según MONGE RECALDE, J.L.: *La Excedencia Laboral en la Jurisprudencia*, cit., p. 78., no procede dicha pretensión.

trabajador, la posibilidad de reclamar una indemnización por daños y perjuicios en base a los salarios no percibidos y la antigüedad no contabilizada, debido a que la conducta del empresario, impidiendo la reincorporación del trabajador, ha conllevado que éste no perciba remuneración alguna ¹⁴⁶, y por lo tanto procede evaluar los perjuicios ocasionados al trabajador en base a los salarios dejados de percibir desde la presentación de la papeleta de conciliación hasta el momento en que se dicta sentencia en la que se reconozca su derecho al reingreso ¹⁴⁷, sin perjuicio de que se extienda dicho período, a través del mecanismo procesal de ejecución de las sentencias de despido, hasta el momento en que se produzca la reincorporación del trabajador, como consecuencia de la actitud incumplidora de la empresa ¹⁴⁸.

¹⁴⁶ STSJ Canarias (LPal) (Social) de 30 septiembre 2004 (EDJ 2004/168430).

¹⁴⁷ RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, cit., p. 238.

¹⁴⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, cit., p. 119.

6. CONCLUSIONES

El presente estudio se ha desarrollado en base a la conveniencia de hacer un análisis de la figura de la excedencia voluntaria y de las diversas complejidades que presenta esta institución como consecuencia directa de una falta de concreción normativa por parte del legislador, debido a que la regularización de dicha institución fue planteada primeramente en el contexto de la función pública, siendo posteriormente, y sin más, extrapolada al ordenamiento laboral con su inclusión en la Ley de Relaciones Laborales de 1976, y posteriormente, consolidada con el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por la Ley 8/1980; siendo la única modificación introducida en ella la operada mediante la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva entre hombre y mujeres, fijando (y flexibilizando) la duración de la excedencia, al reducir el umbral de su ejercicio de dos años a cuatro meses.

PRIMERA. La figura de la excedencia voluntaria no está exenta de conflictos interpretativos y de numerosos debates. Uno de los debates que se han originado respecto a esta institución es el relativo a su tratamiento, y por lo tanto, al deslinde de su naturaleza jurídica. Por ello he tratado de determinar, en base a la doctrina científica, las diferencias que presenta en su régimen jurídico respecto a otras instituciones, como la extinción contractual, la interrupción o la suspensión del contrato de trabajo. No obstante, tal y como hemos podido observar a lo largo del presente estudio, la excedencia voluntaria se desmarca de la naturaleza extintiva e interruptiva, si bien presenta una serie de similitudes respecto a la figura de la suspensión. Y es que aunque la excedencia no se encuentra englobada como un supuesto suspensivo puro, guarda notables parecidos con aquélla (un argumento relevante, de carácter sistemático, es que se encuentren agrupadas dentro de la misma Sección) en aras a mantener latente la relación laboral (siendo su objetivo posibilitar la estabilidad en el empleo), y en cuanto a sus efectos, uno de los más ejemplificadores es que en ambas instituciones se exonera a las partes de las principales obligaciones (prestar servicios, por parte del trabajador, y remunerar el trabajo realizado, por el empresario) quedando únicamente latente aquellas obligaciones accesorias del contrato de trabajo como puede ser el principio de la buena fe. Sin embargo, también se observan importantes diferencias, como puede ser en el caso del reingreso (pues en la excedencia laboral, a diferencia de la suspensión, el trabajador únicamente conserva un derecho preferente de reingreso, cuestión radicalmente distinta en la excedencia forzosa, que proporciona al trabajador una reserva del mismo puesto de trabajo y no un mero derecho de expectativa supeditado a la existencia de una posible vacante). Otra de las diferencias que hemos

podido apreciar respecto a los supuestos suspensivos englobados en el artículo 45 del TRET, es que la excedencia voluntaria es acausal, por lo que el trabajador podrá hacer uso de dicho derecho, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos respecto a la antigüedad en la empresa, que será concretamente de un año, sin perjuicio de lo dispuesto en la negociación colectiva.

A pesar de todo ello, y a raíz de los efectos que genera la institución de la excedencia voluntaria, así como de la parquedad de su regulación estatutaria (complementada, en cierta medida, por la negociación colectiva), surgen distintos problemas interpretativos en torno a ella. A modo de ejemplo, nos referimos a aquellas situaciones en las que se pueda originar concurrencia desleal, la posibilidad de que el empresario amortice el puesto de trabajo, las cuestiones referentes a la prórroga de la duración de la misma o que el empleado se encuentre inmerso en un proceso de despido colectivo.

Cuestiones, todas ellas, que también he tratado de desgranar en sus puntos fundamentales intentando ordenar los diferentes tratamientos que la doctrina científica ha establecido para tales supuestos.

SEGUNDA. Uno de los puntos que plantea, sin lugar a dudas, una continua (y mayor) conflictividad es la falta de precisión legal existente en cuanto al reingreso del trabajador excedente. Y es que la normativa estatutaria únicamente establece que el trabajador tendrá un derecho preferente de reingreso ante una plaza vacante de igual o similar categoría profesional, pero no indica cómo deben de actuar las partes, ni en cuanto al tiempo ni en cuanto a la forma, al vencimiento de la excedencia voluntaria, o qué postura deben de tomar ante el supuesto de que no se dispusiera de una plaza vacante idónea; tampoco ante el supuesto de que la plaza se encontrase en distinta localidad o hubiese una concurrencia de peticiones de reingreso por parte de otros trabajadores que también se encuentren en situación de excedencia voluntaria o forzosa. La ausencia normativa en cuanto a estas, y otras cuestiones similares, hacen que el tratamiento de la figura de la excedencia voluntaria suponga una cuestión compleja y conflictiva, y en última instancia perniciosa para el trabajador, pues no son pocas las ocasiones que para lograr una respuesta a estas cuestiones se deba de acudir a la doctrina científica y jurisprudencial (ante la falta de concreción normativa), ocasionando para los trabajadores una clara inseguridad jurídica en el ejercicio de esta institución.

TERCERA. Otro de los puntos que considero especialmente relevante es el relativo a las cuestiones procesales; en concreto, la elección entre las varias y posibles acciones tendentes a defender la posición jurídica del trabajador ante la negativa del empresario a hacer efectivo el derecho de reingreso en la empresa al finalizar la excedencia. El trabajador tiene a su alcance la posibilidad de acudir a la Jurisdicción social, pudiendo ejercer distintas acciones y modalidades procesales, cuya pertinencia –no siempre fácil de deslindar- está relacionada con ciertos caracteres de la negativa empresarial, con lo que se dificulta la posibilidad de que se haga efectiva la defensa de su derecho.

De acuerdo con la doctrina científica, que aborda esta cuestión, la acción declarativa de reingreso (que deberá tramitarse por el procedimiento ordinario) será utilizada únicamente cuando el empresario responda negativamente a hacer efectivo el derecho de reingreso del trabajador -solicitado en tiempo y forma al vencimiento de la excedencia-, a pesar de que exista una plaza vacante de igual o similar clasificación profesional dentro del grupo profesional en el que estaba encuadrado el trabajador, pero sin cuestionar el derecho del trabajador al reingreso. Ante este supuesto, el *dies a quo* correspondiente al plazo de prescripción de un año queda fijado en el momento en el que el trabajador tuviese conocimiento inequívoco de la existencia de la plaza vacante. Corresponderá al empresario la asunción plena de la carga de la prueba relativa a la no existencia de vacante. En cuanto a los salarios de tramitación, cuando se curse el procedimiento de naturaleza declarativa la doctrina incide a la incompatibilidad de dicho ejercicio ante la acción declarativa. Sin embargo, es unánime la posición doctrinal que sostiene que el trabajador pueda solicitar la indemnización por daños y perjuicios, como consecuencia de la actitud incumplidora de la empresa al impedir que el trabajador haga efectivo su derecho de reingreso, y por lo tanto suponiendo tal actitud un perjuicio grave para el trabajador.

Por otro parte, se encuentra la acción por despido. Dada la particularidad de la institución de la excedencia voluntaria, y a falta de un marco normativo definido, se ha estimado oportuno por la doctrina científica y jurisprudencial considerar pertinente la modalidad procesal de despido disciplinario, a pesar de que *per se* no se encuentre regulada en dicho procedimiento, cuando el empresario de una manera totalmente arbitraria y discrecional, se niegue de forma rotunda e inequívoca a realizar la reincorporación del trabajador cuando hubiese una plaza vacante. El trabajador deberá accionar su derecho dentro del plazo de caducidad de veinte días a contar desde el

momento en el que el trabajador es conocedor de la posición deliberada del empresario de negar su derecho de reingreso.

CUARTA. En definitiva, mis expectativas durante la realización del presente estudio han sido tratar de dar respuesta a las distintas vicisitudes que presenta la institución de la excedencia voluntaria como consecuencia de la ausencia de mayor concreción legal. Sin embargo, y aunque soy consciente de que el estudio de la excedencia voluntaria puede ser más profundo y pormenorizado, las limitaciones de extensión y planteamiento de este tipo de trabajos (los TFGs) han dificultado un tratamiento más en profundidad de otras cuestiones conflictivas singulares. Algunas, han podido abordarse (es el caso de la interferencia de los ERE extintivos con la situación de excedencia voluntaria); otras, por el contrario, han debido posponerse para un trabajo de distinto propósito y/o mayor extensión (TFM o Tesis Doctoral); así ha sucedido, por ejemplo, con los supuestos de reingreso de trabajadores en grupos de empresa o sucesión empresarial, las cuestiones relativas al contrato de interinidad por sustitución, las rigideces que pueden atisbarse en algunas relaciones laborales especiales en torno a esta institución, entre otros asuntos complejos.

QUINTA. En cualquier caso, y tras la finalización del presente Trabajo de Final de Grado, considero que es preciso realizar, por parte del legislador, una aclaración normativa (ya sea por vía legal o reglamentaria), pues de otra manera, y ante la actual situación, la institución de la excedencia voluntaria se encuentra a medio camino de alcanzar su objetivo de contribuir al mantenimiento del empleo, pues la ausencia de concreción legal hace que el ejercicio de esta modalidad sea torpe y no exento de inseguridad jurídica para el trabajador. Por ello, de cara a garantizar la seguridad jurídica de las partes opino que es preciso concretar las líneas definitorias de esta institución y dar respuesta a las distintas cuestiones conflictivas, y no únicamente relegar éstas a la negociación colectiva o a la doctrina científica o jurisprudencial.

BIBLIOGRAFÍA

BENET ESCOLANO, J.: *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

CARRO IGELMO, A.J.: *Curso de Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1985.

GARRIGUES GIMÉNEZ, A. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: “Comentarios a la DA Decimoprimer. Ocho”, en AA.VV. (Dir. I. GARCÍA NINET y A. GARRIGUES GIMENEZ): *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia (CISS), 2007.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del trabajo*, Comares, Granada, 1998.

MEMENTO PRÁCTICO FRANCIS LEFEBVRE SOCIAL., *La suspensión del contrato de trabajo*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

MONGE RECALDE, J.L.: *La excedencia laboral en la Jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1987.

POLO SÁNCHEZ, M.C.: *Excedencia voluntaria y forzosa*, Iustel, s/p, consultado en 2017 marzo 17. Recuperado de:

<http://www.iustel.com/v2/c.asp?r=910908&s=8&p=4.&Z=4&O=1§or=8>.

RIVAS VALLEJO, P.: *Derecho del trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2016.

RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007

RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Iustel, s/p, consultado en 2017 abril 9. Recuperado de:

<http://www.iustel.com/v2/c.asp?r=910907&s=8&p=4.&Z=4&O=1§or=8>.

VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, Instituto de estudios políticos, Madrid, 1965.

ANEXOS

1. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

STS (Social) de 24 noviembre 1986 (EDJ 1986/7647).

STS (Social) de 3 de octubre 1990 (EDJ 1990/8971).

STS (Social) de 18 octubre 1999 (EDJ 1999/40026).

STS (Social) de 18 septiembre 2002 (EDJ 2002/51503).

STS (Social) de 29 diciembre 2004 (EDJ 2004/267745).

STS (Social) de 21 enero de 2010 (EDJ 2010/11623).

STS (Social) de 24 febrero 2011 (EDJ 2011/16729).

Tribunal Superior de Justicia

STSJ Madrid Sala de lo Social de 9 de septiembre de 1998 (EDJ 65068).

STSJ la Comunidad Valenciana Sala de lo Social de 24 marzo 1998 (EDJ 1998/68803).

STSJ Andalucía (Granada) Sala de lo Social de 30 noviembre 1999 (EDJ 1999/84067).

STSJ Cantabria Sala de lo Social de 30 julio 2004 (EDJ 2004/90777).

STSJ Andalucía (Granada) Sala de lo Social de 27 febrero 2007 (EDJ 247451).

STSJ Navarra Sala de lo Social de 28 julio 2008 (EDJ 176815).

STSJ Canarias (Las Palmas) Sala de lo Social de 15 diciembre 2014 (EDJ 2014/298113).

2. ÍNDICE DE CONVENIOS COLECTIVOS

Convenio Colectivo de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares, aprobado Resolución de 3 de julio de 2015.

Convenio Colectivo de Cimodin, S.L., aprobado por Resolución de 22 de marzo de 2017.

Convenio Colectivo de Paradores de Turismo de España, S.A., aprobado por Resolución de 14 de noviembre de 2008.

Convenio Colectivo de RTVE, aprobado por Resolución de 17 de enero de 2014.

Convenio Colectivo del sector de la banca, aprobado por Resolución de 1 de junio de 2016.

Convenio Colectivo del Sector Establecimientos Sanitarios de Hospitalización y Asistencia Privada de Aragón, aprobado por Resolución de 25 de mayo de 2016.

Convenio Colectivo del Sector Establecimientos Sanitarios de Hospitalización y Asistencia Privada de Aragón, aprobado por resolución de 25 de mayo de 2016.

Convenio Colectivo del sector industrias de alimentos compuestos para animales, aprobado por Resolución de 26 de septiembre de 2016.

Convenio Colectivo estatal de jardinería para el periodo 2015-2016, aprobado por Resolución de 19 de enero de 2016.

Convenio Colectivo para el sector de agencias de viajes, aprobado por Resolución de 1 de agosto de 2013.

Convenio Colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios aprobado por Resolución de 17 de marzo de 2015.

V Convenio Colectivo general de ámbito estatal para el sector del estacionamiento regulado en superficie y retirada y depósito de vehículos de la vía pública, aprobado por Resolución de 22 de febrero de 2017.

VI Convenio Colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, aprobado por Resolución de 15 de diciembre de 2016.

XXII Convenio Colectivo nacional de autoescuelas, aprobado por Resolución de 24 de septiembre de 2013.

ABSTRACT

Voluntary leave supposes the exercise of a right granted to the worker (employee) so that, through his personal and discretionary decision, he can request the exemption of his obligation to provide agreed work, without having to plead any cause, as long as he provides the necessary requirements contemplated in the legal or conventional legislation. The employer does not have any decision-making capacity in face of the determination of the worker in order to exercise his right to voluntary leave (except in certain cases in which the worker is not qualified for it), so his acceptance is just a mere process for the Worker to comply with the requirement of communication of his intention to exercise that right. It is for all this that this institution supposes a controversial situation: because it is opposed to the freedom of company recognized in article 38 of the Spanish Constitution, in which is stated that in such a situation the legal business (the contract of employment) is not broken, but the signaling of the obligations deriving from it ceases, because for the employer is prescriptive to accept the worker's leave and, with it, to modify his productive organization (because of the absence of the worker) respecting that absence (in a more or less intense way) while that lasts (For example, by reserving the worker's place of work or, at the very least, his / her right to fill a vacancy, if it was any).

However, the normative framework of voluntary leave is ambiguous, since it leads to misunderstandings and doubts, which affect both scientific and judicial doctrine, considering that this institution is not bound by article 45 of the Consolidated Text of Workers - onwards referred to as TRET - as the rest of the leaves, and given its inaccurate statement in Article 46 of the same legal text, it leaves in the air the concreteness of its legal nature and, with it, the clarification of the key points of its legal regime.

It is therefore necessary to determine in the first place the legal nature of voluntary leave and differentiate it from the other legal institutions that imply the cessation of the obligation to work, such as the termination or interruption of the employment contract, as well as pinpoint similarities that voluntary leave awaits with compulsory leave.

In the first place, it must be assumed that the suspension of the employment contract shows clear differences regarding the interruption of the employment contract. This is due to the fact that this latter one leads to short temporary cessation - usually for

short periods of time or even during the same working day with the possibility of being absent for a few hours - of the obligation to work, together with the absence of the job, to attend personal needs or duties of a public nature, without this leading, on many occasions, a wage loss or the loss of the reserve of the job. However, the suspension is associated with the cessation of work for longer periods of time and the halting of reciprocal obligation to repay labor.

Secondly, the suspension of the employment contract can not be likened to the termination of the contract, since the first is intended to preserve the legal relationship (and thus the employment relationship) by maintaining some rights and obligations of the parties latent (no, precisely, to perform the agreed work and to be remunerated by the employer), whereas the termination suppose the conclusive act of the contractual relationship and, therefore, to stop producing effects.

Finally, we can note that the suspension of the employment contract and voluntary leave, unlike other modalities, are closely related, on one hand, in the first instance the legislator has concentrated them under the same Section III of Chapter III of the Consolidated Text Of the Workers' Statute, and, on the other hand, share the set of mechanisms ordered to paralyze the effects of work provision.

However, as a result of the lack of normative specificity (especially accentuated as regards with the legal nature of voluntary leave), there have been several debates on how this figure should be considered and dealt with. For a sector of doctrine, voluntary leave can be equated with an atypical extinction of the labor contract; a *sensu contrario*, a second sector, majority (with which we share a same point of view) understands that both forced and voluntary leave must be treated as suspensive causes, even though the legislature has not decided to classify them explicitly as such. This is because: (i) voluntary leave is not included in art. 49 of TRET as a termination cause; (ii) the systematic location of the voluntary leave in the third Section of Chapter III of the TRET. It should also be highlighted that both figures are subjected to the possibility that the parties temporarily exonerate themselves from fulfilling their principal reciprocal obligations to work and remunerate work, without prejudice to the maintenance of certain essential duties of the parties, as the contractual relationship continues and, therefore, the failure to comply with them (for example, breach of contractual good faith) may result in the disciplinary termination of the employment contract. In spite of all this, it should be noted that voluntary leave, unlike forced leave, should be understood as a "sharp suspension", which limits the rights of the leave by not allowing the latter to reserve the

job in the same conditions as they were, that is to say, only conserving a preferential right to reentry in the vacant positions of the same or similar professional category; while, in cases of forced leave, the worker has a right to reserve his job, which is the same right as in the suspensive cases of art. 45 of the TRET.

This legal distinction between the two figures must be sought in the motivating cause of each of them, since the forced leave can only display its effects when certain situations occur (the designation or election of the worker for a public position, the exercise of union functions at provincial or higher level, or the care of children or relatives). On the other hand, voluntary leave, without prejudice to collective bargaining, is the only assumption that is not due to any cause, so any reason that the worker claims would suffice for the company to be forced to recognize the exercise of such right, unless the worker does not comply with the requirements established for such exercise established in the TRET, as well as in the conventional legislation.

Voluntary leave has its origin in the regulating normative of the public service, being transferred to the field of labor law with the Labor Relations Act of 1976, although it was not applicable to all workers, since it was prevented from exercising to those who had a fixed-term contract. Subsequently, voluntary leave was consolidated with the approval of the Workers' Statute by Law 8/1980, which extended its exercise to temporary workers and reduced the requirement of seniority from two years to a single year. Finally, to date, voluntary leave has only been modified once, through Organic Law 3/2007 of 22 March, on Effective Equality between men and women, fixing (and making it more flexible) its duration, by reducing the threshold of its exercise from two years to four months.

As we have said, voluntary leave constitutes a subjective right of the worker, and therefore, it is the worker himself who must invoke it, as long as he complies with the requirements established in the TRET, among them (and the only, unless the conventional normative have different others), the minimum age that the worker must have in the company, and which is established in one year. One of the first problems we encounter lies in the calculation of this year of antiquity since the legislator has at no time specified to take into account only the actual provision of all services, or whether they must also take into account the periods corresponding to parties, weekly rest, holidays, non-recurrent interruptions, suspension of the contract, and so on. Nor does it mention to what treatment should have those workers who have a part-time contract or who have had a concatenation temporary contracts. In these situations, the doctrine has been

positioned stating that in the year of seniority to access voluntary leave, both for full-time contracts and for part-time working relationships (unless collective bargaining provides the opposite in these latter), must calculate all the time periods, both those of effective provision of services and those in which a provision of real services is not performed. However, in cases where contracts are concentrated, the effects of seniority calculation will reckon only the last contract entered into, so that the computation will be restarted for each temporary contract, except (again) that the applicable collective agreement establishes other provisions.

On the other hand, if the worker was willing to request a new voluntary leave, he must comply with the requirement to wait for four years from the end of the previous leave. However, the TRET does not provide any clarification to what leaves we should consider when computing the four years. It is logical to think that it obviously refers to voluntary leave; but it is not so clear with respect to the other modalities. Given this assumption, the scientific doctrine understands that such a requirement only applies to voluntary leave, and therefore, there is the possibility of linking the voluntary leave after the enjoyment of another leave, such as leave for childcare or family members. However, through collective bargaining, restrictions may be established in relation to the time of enjoyment of the different leaves that compute for certain purposes.

The TRET also does not establish any formality to request voluntary leave, nor the procedure to be followed; however, the most usual form of making the request is in writing, this being a formal requirement sometimes established through collective bargaining. In the same way, that the request is formally carried out assumes to the worker a guarantee of defense against possible situations of conflict.

In the same vein, the applicable legislation also does not indicate the obligation of the worker to give advance notice to the employer at the beginning of leave. However, it is common for collective bargaining to be clarified in this regard.

Regarding the duration of voluntary leave, it must cover from four months to five years (always under the sole criterion of the worker, and therefore the employer will follow the duration established by the first), without prejudice that through collective bargaining or individual agreements it is possible to modify these maximum and minimum limits.

Once the worker is in a situation of voluntary leave, different effects are displayed. Among them, we must emphasize the exemption of the reciprocal obligations to work, and on the other hand, the employer is not obliged to remunerate the worker, unless otherwise agreed. However, in this matter, the TRET refers to the exemption of the obligation to pay, but does not emphasize what it refers specifically to "remunerate work", because the interpretive range is large, and therefore it is easy to generate controversy regarding this section. Therefore, the doctrine understands that the perception of salary is linked to the provision of services and not to the status of the worker, so when the services cease in the company, the worker immediately waives the right to receive any benefit, whether in money or in kind.

It should also be noted that, before commencing leave, the parties must liquidate any type of obligation or debt that might remain unfulfilled in favor of one of them, since it is possible that the employment relationship will not resume and, therefore, it could cause serious damage to the worker in relation to certain accruals that may have pending.

During the period in which the worker is in a situation of redundancy, as we have said, the employment relationship continues existing (despite the fact that it is latent), so that the accessory obligations of the employment relationship continue to be maintained. Among them, we can highlight the maintenance of the duty of contractual good faith. In this sense, and in accordance with arts. 5d and 21.1 TRET, it is limited the possibility that the worker develops a labor benefit for another employer - in those situations where there is a coincidence of activities, business objectives and could cause a real or potential damage to the company, and therefore, it may be considered unfair competition. In this sense, and in the face of the silence of the TRET, we must understand that the worker can work during his period of leave in other companies, and even other ones in the same sector, as long as this activity does not represent a real or potential damage to the company in which he was rendering services before completing his leave, except that the collective agreement or that the individual agreement (by means of the corresponding agreement of non-concurrence, non-competition or permanence) disposed otherwise.

On the other hand, during the period in which the worker is on leave, the employer is free to redeem or occupy the place of the worker who is on voluntary leave without need of any special requirement (except those established in article 51 TRET); and this is because the employer is not obliged to reserve the job of the surplus worker, nor to

maintain that place, unless a reservation of the job was agreed, or if the collective agreement stated otherwise.

It is for this reason, among other things that we will summarize below, that the reentry of the worker suppose one of the main problems of this legal institution. All this comes, again, from the normative silence regarding to the limitation, scope and conditions in which the preferential right to the reentry of the worker must be made.

There is no doubt that the reentry of the worker must be carried out when there is a vacant position of the same or similar professional category in the company, so it can only be exercised when the worker expresses his willingness to re-enter it. For that, the worker must previously express (either in writing or in a verbal way), before the end of the leave, his willingness to rejoin the same place. However, the TRET does not establish a time limit and form, so these are usually established through collective bargaining or individual agreement. Nevertheless, and in the event that a certain period of notice has been established through the collective agreement and the worker, once the leave is completed or before the end of the same, requesting re-entry would be a termination of the employment contract for reasons validly stated in the collective agreement. The doctrine, on the other hand, understands that if collective bargaining establishes that it is mandatory to make the request within a predetermined period of time, but that the consequences of such non-compliance are not established, such failure would not give the worker his right to re-entry.

On the other hand, if the worker expresses his intention to rejoin the company before the end of the leave, the employer may refuse to reinstate the worker, a decision that could not prevent the worker from requesting it again in the future.

Another issue that we must cover is the relative preference of the surplus worker over any other worker or job seeker when re-entering, as this preference will be effective when there is an appropriate vacancy in agreement with the professional group of the surplus. This situation conditions the employer to communicate and offer the surplus worker vacancy, and it conditions the latter one to accept it. However, if there was no a vacancy or if it was not suitable, the contractual relationship would continue to be suspended until there was a vacancy.

Likewise, it is not necessary that the reentry must be carried out in the same position previously occupied by the worker, but that such reincorporation must take place

in vacant positions of the same or similar professional category. However, with the entry into force of Royal Decree-Law 3/2012, the professional categories were deleted as a reference module to establish the professional classification system, being replaced by professional groups. This has meant that the worker has a considerable increase in the possibilities of re-entry to the company, since the current system of professional groups includes a greater functional spectrum possible for re-entry.

If we suppose that, when applying for re-entry, the vacant post is in another work center of the same company, the doctrine understands that the worker may refuse (without resignation or resignation) to re-enter in a vacancy that is in a different locality, as long as it implies a change of residence for him. However, if there is a vacancy in a different workplace within the same locality or in a different locality, but without implying a change of residence for the worker, the worker will be obliged to accept it, otherwise it could be considered a resignation.

We should give special relevance to the cases of employment regulation files (hereinafter, ERE). In the event of the closure of the company, which entails the contractual termination of all its employees through the ERE, the worker who is in a situation of voluntary leave does not have the right to be included in that procedure, and therefore it lacks the right to receive the compensation established in art. 53.1b of the TRET, since it can not be understood that there is a loss of the job of the surplus, since it did not provide any service. The opposite assumption can occur in situations where collective dismissal does not entail a closure of the company, and therefore, is of a partial nature. In such case, the doctrine establishes that the indemnification will proceed for the worker who is in voluntary leave when he is included in the ERE despite the fact that different jobs of the same and the same category are found in the company, being understood in this way that the employer has acted with "malicious will" and therefore the right to compensation can be generated.

Finally, we must consider the possibility that the employer refused to make effective the right to re-enter in the company at the end of the leave. The worker has at his disposal the possibility of going to the Social Jurisdiction, being able to exercise different actions (through various procedural modalities), whose pertinence - not always easy to determine - is related to certain characteristics of the corporate denial, with which the possibility of the effective defense of his right becomes difficult.

According to scientific doctrine, which deals with this issue, declaratory action for reentry (to be processed by ordinary procedure) will only be used when the employer responds negatively to the worker's right of reentry - requested in a time and manner to the expiration of leave - even though there is a vacant place of the same or similar professional classification within the professional group in which the worker was framed, but without questioning the right of the worker to reentry. In this case, the *dies a quo* corresponding to the limitation period of one year is fixed at the time when the worker was unequivocally aware of the existence of the vacancy. It will be up to the employer to assume full responsibility for the burden of proof regarding the absence of a vacancy. As for the processing wages, when the procedure is of a declaratory nature, the doctrine affects the incompatibility of the exercise with the declarative action. However, the doctrinal position that the worker is entitled to claim compensation for damages is unanimous, as a result of the company's defaulting attitude by preventing the worker from exercising his right of reentry, and therefore assuming such an attitude as a serious injury to the worker.

On the other hand, we can find the action for dismissal. Given the particularity of the institution of voluntary leave, and in the absence of a defined normative framework, it has been considered appropriate by scientific and jurisprudential doctrine to consider the procedural modality of dismissal disciplinary, although *per se* is not regulated in that procedure, where the employer, in a completely arbitrary manner, refuses in a categorical and unequivocal manner to reinstate the worker when there is a vacancy. The surplus worker must exercise his right within the period of expiration of twenty working days from the moment he is aware of the deliberate position of the employer to deny his right to reentry.

In short, after carrying out the present study, we consider that the legislator's lack of normative specificity generates many "dark areas" around the legal regime of voluntary leave, not a few interpretive conflicts and excessive legal uncertainty for the parties. It is for this reason that we consider that a legal (or even a regulatory) reform that specifies the legal regime of voluntary leave must be introduced in order to clarify doubtful aspects, to answer the different conflicting questions and to guarantee security of both of the parties.