

Procedimiento adecuado para combatir la negativa empresarial de reintegro tras finalizar una excedencia voluntaria.

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Resumen: *El proceso por despido es modalidad procesal adecuada para sustanciar la pretensión promovida por una trabajadora que no es readmitida tras finalizar la excedencia voluntaria que tenía reconocida, por más que la empresa se haya limitado a oponer la inexistencia de vacante, pues lo determinante es que la trabajadora ha decidido accionar por despido, sin que deban anularse las actuaciones para que su pretensión se tramite conforme al procedimiento ordinario.*

Palabras clave: *Excedencia voluntaria. Expectativa de reingreso. Proceso por despido. Proceso declarativo.*

Abstract: *Dismissal process is the appropriate procedural modality to substantiate the claim filed by a worker who is not reinstated after completing the voluntary leave that he had recognized, even though the company has limited itself to opposing the non-existence of a vacancy, since the determining factor is that the worker has decided to take action for dismissal, without the proceedings having to be annulled so that his claim is processed in accordance with the ordinary procedure.*

Keywords: *Voluntary leave of absence. Expectation of reentry. Dismissal process. Declarative process.*

I. Introducción

La excedencia voluntaria no confiere a la persona trabajadora derecho a la reserva de plaza (salvo que el convenio colectivo la hubiera establecido), sino un simple derecho preferente de reingreso en la empresa, condicionado a la existencia de vacante de igual o similar categoría a la suya (art. 46.5 ET). En caso de inexistencia de vacante, el trabajador permanecerá en situación de expectativa de reingreso a la espera de la primera vacante que se produzca, la cual habrá de serle comunicada por el empresario.

La jurisprudencia ha venido sosteniendo reiteradamente que, cuando la negativa empresarial al reingreso del trabajador excedente voluntario no resulte inequívoca, limitándose a oponer la empresa la inexistencia de vacante en ese momento, la acción judicial procedente será la declarativa de reconocimiento del derecho a la ocupación efectiva, ejercitable a través del procedimiento ordinario, con simultánea reclamación de daños en cuantía equivalente a los salarios dejados de percibir a consecuencia de la conducta incumplidora de la empresa; mientras que si la negativa empresarial al reingreso del trabajador excedente voluntario se formula en términos inequívocos, rotundos e incondicionados, la acción judicial a ejercer será la de despido, que de calificarse como improcedente llevará anudados los pronunciamientos inherentes a tal

calificación ex arts. 56 ET y 108.1 LRJS. Son dos vías alternativas y no optativas, sin que quede al libre arbitrio del trabajador la decisión de acudir al procedimiento ordinario o al proceso por despido.

Sin embargo, el Pleno de la Sala Cuarta del TS ha dictado una reciente sentencia (núm. 818/2022) que parece apartarse de esta doctrina -decimos “parece” porque no lo afirma explícitamente-, en tanto que considera procedimiento adecuado el de despido para reaccionar frente a la negativa empresarial de reingreso tras finalizar la excedencia voluntaria, abstracción hecha de cuál haya sido la actitud de la empresa, bastando con que el trabajador excedente haya optado por plantear la pretensión de despido en lugar de la acción declarativa interesando el reconocimiento de su derecho a la reincorporación, y ello con independencia de que la sentencia que ponga fin al proceso de despido aprecie o desestime la existencia de este.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo, Sala de lo Social.

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 818/2022, de 7 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD núm. 293/2020.

ECLI:ES:TS:2022:3830

Fuente: CENDOJ.

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

Votos Particulares: uno.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El problema al que debe dar respuesta la STS 818/2022 no es otro que determinar si la modalidad procesal de despido es adecuada para combatir la negativa empresarial a aceptar la solicitud de reingreso presentada por una trabajadora tras finalizar su excedencia voluntaria, alegando la empresa inexistencia de vacante adecuada en ese momento, o si debieron anularse las actuaciones para que su pretensión se hubiera tramitado conforme al procedimiento ordinario.

Los extremos esenciales para centrar la controversia son los siguientes:

- La actora prestaba servicios como empleada de hogar con una jornada de trabajo de 27 horas semanales, iniciando excedencia voluntaria el día 29 de octubre de 2018.
- El titular del hogar familiar suscribió un contrato de duración indefinida con otra empleada de hogar en fecha 6 de noviembre de 2018, con una jornada de trabajo de 80 horas mensuales.
- Cuando la excedencia finalizó, en fecha 4 de febrero de 2019, la empleada solicitó el reingreso en la empresa, a lo que esta contestó: “en estos momentos es imposible su reincorporación al no existir en la empresa una vacante acorde a su categoría profesional”.
- La trabajadora interpuso demanda contra su empleador, manifestando que la afirmación de la empresa relativa a la inexistencia de vacantes no era cierta porque, si se había contratado personal nuevo, debía ser en las mismas condiciones laborales (la jornada no era coincidente). En consecuencia, entendía que tal comunicación de denegación de reingreso era equivalente a un despido, por no ser cierta la causa alegada e inequívoca la voluntad de denegar la reincorporación a su puesto de trabajo. En el suplico de la demanda solicitaba que se declarase la improcedencia del despido “con las consecuencias indemnizatorias legales”.

- La sentencia dictada por el juzgado de lo social, sin cuestionar la adecuación de la modalidad procesal utilizada, desestimó la demanda por despido por entender que no existió tal despido.
- La trabajadora interpuso recurso de suplicación con dos motivos. En el primero reiteró que hubo un despido tácito. En el segundo manifestó que debía haber ejercitado la acción de reingreso y no la de despido, lo que debía haberse subsanado por el juzgador de instancia al amparo del art. 102 LRJS.
- El TSJ de Asturias, en sentencia dictada en fecha 12 de noviembre de 2019 (rec. 1933/2019), desestimó ambos motivos: por un lado, confirmó la inexistencia de un despido tácito, argumentando que en la comunicación de la empresa no se advertía negativa alguna al reingreso; y, por otro, negó que se hubiera producido una inadecuación de procedimiento.

IV. Posición de las partes

La parte formuló recurso de casación para la unificación de doctrina con un único motivo, en el que denuncia la infracción del art. 207.e) en relación con el art. 102 de la LRJS, alegando que, al no ser idóneo el procedimiento de despido, debió acordarse la nulidad de actuaciones para que se diera curso a la pretensión a través del procedimiento ordinario.

Este recurso fue impugnado por la parte demandada, argumentando que el escrito de interposición de aquel no contenía ninguna argumentación relativa a la sentencia de contraste del TSJ de Cataluña dictada en fecha 5 de abril de 2019 (rec. 621/2019); y en cuanto al fondo, que la sentencia recurrida contiene la doctrina ajustada a derecho.

El Ministerio Fiscal emitió informe interesando la desestimación del recurso.

La Sala Cuarta, tras desestimar la alegación de la parte demandada relativa a que el escrito de interposición del recurso de casación unificadora había incumplido los requisitos formales exigidos por el art. 224.1.a) LRJS, entra a examinar el presupuesto procesal de contradicción exigido por el art. 219 de la LRJS. Y concluye que tal presupuesto se cumple, pues en ambas sentencias se interpuso demanda de despido por trabajadoras que habían solicitado el reingreso tras finalizar una excedencia voluntaria y se denegó el reingreso por la falta de vacantes, interponiendo ambas trabajadoras demandas de despido. Pero mientras que en la sentencia recurrida se confirma la sentencia desestimatoria de instancia, negando que deba tramitarse el procedimiento ordinario, por el contrario, en la sentencia de contraste se anula la sentencia desestimatoria de instancia, acordando que se tramite dicho procedimiento ordinario.

V. Normativa aplicable al caso

Son varios los preceptos de la LRJS que deben ser considerados para brindar respuesta al tema objeto de debate casacional:

- Art. 80.1.a), según el cual la demanda debe contener “la expresión de la modalidad procesal a través de la cual entienda que deba enjuiciarse su pretensión”.

-Art. 102.2: “Se dará al procedimiento la tramitación que resulte conforme a la modalidad procesal expresada en la demanda. No obstante, si en cualquier momento desde la presentación de la demanda se advirtiere la inadecuación del procedimiento seguido, se procederá a dar al asunto la tramitación que corresponda a la naturaleza de las pretensiones ejercitadas, sin vinculación necesaria a la modalidad elegida por las partes y completando, en su caso, los trámites que fueren procedentes según la modalidad procesal adecuada, con aplicación del régimen de recursos que corresponda a la misma. No procederá el sobreseimiento del proceso o la absolución en la instancia por inadecuación de la modalidad procesal, salvo cuando no sea

posible completar la tramitación seguida hasta ese momento o cuando la parte actora persista en la modalidad procesal inadecuada.”

-Art. 215.1.a) LRJS: “La sentencia, si se estimare el recurso por todos o algunos de sus motivos, casando la resolución recurrida, resolverá conforme a Derecho, teniendo en cuenta lo siguiente: a) De estimarse [...] la inadecuación del procedimiento, se anulará la sentencia y se dejará a salvo el derecho de ejercitar las pretensiones ante quien corresponda o por el procedimiento adecuado.”

- Art. 218.1, párrafo 2º, LEC: “El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.”

VI. Doctrina básica

Cuando una persona trabajadora en situación de excedencia voluntaria solicita su reingreso y la empresa se limita a denegar el mismo por inexistencia de vacante adecuada, si aquella ejercita la acción por despido por entender que la causa de oposición esgrimida por la empresa no es cierta y que su negativa a la reincorporación constituye un despido tácito, la modalidad procesal por despido será la adecuada para sustanciar esa pretensión, por más que finalmente la demanda sea desestimada por entender el órgano judicial que no existió tal despido. La clave radica en determinar cuál ha sido la pretensión ejercitada y cuál es la modalidad procesal adecuada para su examen. Si la parte actora promueve acción por despido, solicitando en demanda que se declare su improcedencia o nulidad, el órgano judicial está vinculado por esta petición y no puede, de oficio, aplicar el art. 102.2 LRJS y encauzar la pretensión a través del procedimiento ordinario, pues en tal caso estaría modificando la *causa petendi* y el *petitum* de la pretensión, dejando imprejuzgada la pretensión de despido.

VII. Parte dispositiva

La Sala no aprecia, en este concreto asunto, discordancia entre la pretensión ejercitada y la modalidad procesal tramitada, por lo que la modalidad procesal de despido es adecuada para la pretensión de despido formulada por la trabajadora a la que no se le permite el reingreso una vez finalizada la excedencia voluntaria que venía disfrutando.

El resultado es la desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la demandante contra la sentencia del TSJ asturiano que confirmó la de instancia desestimatoria de la demanda de despido, sin condena al pago de las costas.

VIII. Pasajes decisivos

Como pasajes relevantes sobre los que pivota la decisión del asunto sometido al dictamen unificador de la Sala Cuarta, cabe destacar los siguientes (todos ellos extraídos del FJ 5º):

- “La inadecuación de procedimiento se produce cuando no se ha seguido la modalidad procesal específica establecida para cada pretensión, o bien cuando se ha tramitado conforme a una modalidad procesal y debía haberse seguido el procedimiento ordinario. Ello exige precisar cuál ha sido la pretensión ejercitada, que viene determinada por la redacción de la demanda. El desajuste entre la pretensión y la modalidad procesal justifica la aplicación del art. 102 de la LRJS.”

- “La clave radica en determinar cuál ha sido la pretensión ejercitada y cuál es la modalidad procesal adecuada para su examen. La pretensión está integrada por dos elementos objetivos: la causa *petendi* (causa de pedir) y el *petitum* (lo pedido). Hemos explicado que la causa de pedir no está integrada única y exclusivamente por hechos puros. La causa *petendi* está integrada por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión que delimitan, individualizan e identifican la

pretensión procesal: la causa de pedir tiene un componente jurídico. El art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prohíbe que el tribunal se aparte de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer.”

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

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

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

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

IX. Comentario

En la sentencia objeto de este breve comentario, el Pleno de la Sala Cuarta del TS, sin reconocerlo explícitamente, va a desmarcarse de su previa doctrina sobre determinación del cauce procesal adecuado para reaccionar ante la negativa de la empresa a readmitir al trabajador excedente voluntario pretextando la inexistencia de vacante adecuada. Y ello porque, si bien en precedentes pronunciamientos había declarado con reiteración que era la actitud de la empresa ante la solicitud de reingreso formulada por el excedente el factor a tener en cuenta para determinar si la pretensión actora debía sustanciarse a través del proceso por despido o mediante el procedimiento ordinario de reconocimiento de derecho, en función de si la respuesta empresarial podía interpretarse o no como una negativa concluyente a mantener viva la relación laboral, ahora cambia el enfoque y pone el acento en la libre decisión del trabajador sobre el tipo de pretensión que decida promover, de modo que si, a su juicio, con razón o sin ella, la respuesta de la empresa equivale a un despido, tiene derecho a plantear una acción por despido, que esta se sustancie a través de la modalidad procesal correspondiente y que finalice con una sentencia que se pronuncie sobre la existencia o no de dicho despido y, caso de existir, sobre su calificación.

Lo relevante, por tanto, es la delimitación de la pretensión que se lleva a cabo en la redacción de la demanda. En la presente litis, la trabajadora decidió libremente demandar por despido. En cuanto a la *causa petendi*, consideró que la justificación de la empresa para oponerse a su reincorporación (la inexistencia de vacante) no era cierta, por lo que la negativa empresarial equivalía a un despido, es decir, que la empresa tenía voluntad de liquidar definitivamente la relación. Entiende la Sala que la

afirmación contenida en la demanda relativa a que su puesto de trabajo en realidad estaba vacante (pues el nuevo contrato de trabajo no se había celebrado en las mismas condiciones de jornada) constituye “un hecho constitutivo que identifica la pretensión procesal ejercitada”. Y respecto del *petitum*, en el suplico de la demanda solicitaba que se declarase la improcedencia del despido “con las consecuencias indemnizatorias legales”, lo que supone que la trabajadora no está reclamando su derecho al reingreso, sino que se condene al empresario a readmitirla con abono de los salarios dejados de percibir o, a su opción, extinguir el contrato de trabajo abonando la correspondiente indemnización. Se trata, ciertamente, de una pretensión distinta de la que debe articularse cuando no se ha extinguido la relación laboral y se solicita el reingreso tan pronto como haya una vacante. Y probablemente la trabajadora erró al plantear la acción por despido, pero una vez que lo hizo, el cauce procesal está predeterminado por la norma y ya no es posible salirse del mismo cuando la modalidad procesal es congruente con la pretensión ejercitada.

Argumenta el Alto Tribunal que no procede aplicar en este caso el art. 102.2 LRJS porque, de haberlo hecho el órgano judicial al admitir la demanda, tramitando un procedimiento ordinario en relación con la pretensión de reingreso de la trabajadora tan pronto como hubiera una vacante, ello habría comportado una modificación de la demanda, que habría dejado imprejuzgada la pretensión verdaderamente ejercitada por la actora consistente en determinar si la conducta de la empresa suponía que había extinguido unilateralmente el contrato de trabajo y, en consecuencia, si debía condenarse al empleador en los términos del art. 56.1 ET (readmisión, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha de solicitud del reingreso, o extinción indemnizada del contrato de trabajo). Por tanto, en aplicación del art. 24 CE, la demandante tiene derecho a obtener un pronunciamiento judicial de fondo, estimatorio o desestimatorio de su pretensión. No era posible aplicar la regla de subsanación del art. 102 LRJS porque la modalidad procesal de despido se adecuaba a la pretensión realmente ejercitada.

Al enjuiciar el fondo del litigio, tanto la sentencia de instancia como la de suplicación examinaron si realmente hubo un despido y llegaron a la conclusión de que no lo hubo, por lo que desestimaron la demanda y el recurso.

X. Apunte final

Es relevante señalar que fue en suplicación donde la parte actora, tras insistir en la pretensión de despido, adujo como motivo subsidiario que, de no apreciarse la existencia de despido, la pretensión se tendría que haber sustanciado de oficio por el órgano judicial a través del procedimiento ordinario. Fue, por tanto, al comprobar que la demanda por despido había sido desestimada en la instancia (por apreciar el juzgador que no existió voluntad empresarial de extinguir el contrato) cuando la trabajadora, para el caso de que la Sala de suplicación confirmase este pronunciamiento, interesó la anulación de las actuaciones a fin de que la pretensión se dedujera a través del procedimiento declarativo, cuyo objeto sería ahora el reconocimiento de derecho al reingreso. Actuación esta con la que la parte actora va en contra de sus propios actos, pues intenta que la pretensión se mantenga viva pero, no ya como acción de despido, sino trasmutada en una acción meramente declarativa.

La Sala pone de relieve el error de la demandante, que debió haber ejercitado una acción conforme al procedimiento ordinario solicitando su reingreso; error que “es imputable únicamente a la parte actora que, ante la respuesta empresarial a su solicitud de reingreso, ejercitó una acción de despido”.

La solución adoptada por el Pleno es impecable desde el punto de vista procesal, pero deja un poso de insatisfacción al no explicar suficientemente en qué situación queda y con qué alcance la doctrina tradicional sobre la materia, cuya aplicación defiende de contrario el Voto particular que, frente al parecer de la sentencia mayoritaria, considera que la pretensión debió canalizarse necesariamente a través del procedimiento ordinario al no haberse acreditado con actos inequívocos la voluntad

extintiva de la empresa. Dice el Voto particular que “si no hay despido, no cabe demandar por despido”, lo que, en realidad, no se compadece con la respuesta de la propia Sala Cuarta en otros asuntos en los que se ha desestimado igualmente la demanda por despido, por entender que este no existía, sin llegar a cuestionar la adecuación de la modalidad procesal tramitada (ausencia de llamamiento de trabajadores fijos discontinuos por causa justificada, impugnación de la extinción a término de contratos temporales que se califican ajustados a derecho...).

En todo caso, es claro que la desestimación de la demanda de despido no enerva el derecho expectante de la trabajadora excedente a ser readmitida en la primera ocasión que se produzca una vacante de su misma o similar categoría.