

**El TS establece que los administradores sociales, cuyo cargo ha caducado, son responsables subsidiarios respecto de las negligencias tributarias hasta que se publique su cese en el Registro Mercantil**

**La cuestión controvertida en el litigio consiste en determinar si el derecho al reingreso en la empresa del trabajador en excedencia por cuidado de hijo, una vez transcurrido el primer año, está condicionado a la existencia de una vacante en el mismo grupo profesional o categoría equivalente.**

Declara el Tribunal que, conforme a la doctrina de la Sala, el trabajador excedente por cuidado de hijos tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo durante el primer año de la excedencia, y al reingreso incondicionado a un puesto de su mismo grupo profesional o categoría equivalente en los dos años siguientes, con independencia de que exista o no vacante en la empresa. De lo anterior se deriva que siempre existe reserva del puesto de trabajos siendo incondicionado el reingreso en los dos casos, es decir, de manera automática, sin supeditación a la existencia de vacante. Lo anterior determina que deba estimarse la solicitud del trabajador recurrente de reingreso en un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, siendo contraria a derecho la actuación de la empresa que rechazó esa solicitud por no existir vacante adecuada para el reingreso.

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Social**

#### **SENTENCIA 312/2023, DE 26 DE ABRIL DE 2023**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 292/2020

Ponente Excmo. Sr. SEBASTIAN MORALO GALLEGO

En Madrid, a 26 de abril de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Elías Porrás Zamora, en nombre y representación de D. Eulalio, contra la sentencia dictada el 10 de octubre de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en el recurso de suplicación núm. 3355/2018, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Granada, de fecha 22 de octubre de 2018, recaída en autos núm. 367/2017, seguidos a su instancia contra Caja Rural de Granada Sociedad Cooperativa de Crédito, sobre solicitud de reincorporación tras excedencia voluntaria por cuidado de hijo.

Ha sido parte recurrida la Caja Rural de Granada, S.C.C., representada y defendida por el letrado D. Juan Sebastián Medina Serramitjana.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 22 de octubre de 2018 el Juzgado de lo Social n.º 7 de los de Granada dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" 1.º. - D. Eulalio, mayor de edad, nacido en fecha NUM000/1977, con DNI NUM001, trabajaba desde el día 15/1/2005 para la demandada CAJA RURAL DE GRANADA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO con contrato indefinido, para prestar servicios como gestor informático grupo II, con jornada a tiempo

completo de 35 horas semanales con un salario de 83,3 euros /día (incluida prorrata de pagas extraordinarias) Se dan por reproducidas las nóminas de octubre 2012 a agosto de 2013, folios 201 a 211 de autos. Efectivamente el actor consta de alta en la demandada con fecha de efectos de 15/1/2005 (folio 216) En fecha 15/1/2005 se celebra contrato de trabajo de duración determinada (folio 192 de autos) para prestar servicios como gestor informático, que después se convierte en indefinido (folio 194 de autos).

2.º. - Al actor se le concede en fecha 26/7/2013 una excedencia voluntaria por periodo de seis meses contemplada en art 32,1 de XX Convenio, a contar desde 1/9/2013 y hasta 28/2/2014 (folio 99).

3.º. - En fecha 3/3/2014 el actor presenta solicitud ante el Director de Recursos Humanos de la demandada. Solicita le sea concedido un periodo de excedencia por cuidado de hijo nacido el NUM002/2014, y que disfrutará desde 3/3/2014 a 27/2/2017. El Jefe de Relaciones laborales de la demandada, en fecha 17/3/2014 le informa al actor que la Dirección de la Caja ha accedido a su solicitud de excedencia voluntaria especial por cuidado de hijo regulada en art 46,3 de ET; que se inicia el 3/3/2014 y finaliza el 27/2/2017 estando prevista su reincorporación a partir de 28/2/2017. Efectivamente el actor fue dado de baja en la demandada con fecha de efectos de 2/3/2014, causa baja baja excedencia cuidado de hijo (folio 217)

4.º.- En fecha 10/6/2016 el actor remite correo electrónico solicitando a la Caja adelantar su incorporación al trabajo antes de la fecha de finalización de la excedencia, indicando que podría reincorporarse el 1/8/2016. En fecha 24/6/2016 se remite correo al actor comunicándose la decisión del Comité de Recursos Humanos de 23/6 en el sentido de no acceder a su solicitud.

5.º.- El XX Convenio colectivo para las sociedades cooperativas de crédito aprobado mediante resolución de 17/7/2012 (boe 2/8/2012), regula la figura de la excedencia en el art 32,2 como sigue: "2. Excedencia para cuidado de hijo menor de tres años: los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto lo sea por naturaleza como por adopción o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o en su caso, de la resolución judicial o administrativa. Durante los dos primeros años tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo". El XX Convenio ha estado vigente hasta que a partir de 12/10/2016 ha sido sustituido por el XXI que regula la excedencia en el art 30,2 con el tenor que sigue: "2. Los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o en su caso, de la resolución judicial o administrativa. Durante los dos primeros años tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo".

6.º.- El actor interpone demanda de despido nulo (denegación de reincorporación tras excedencia voluntaria por cuidado de hijo) contra la demandada, con el tenor que consta al folio 196 y siguientes de autos y que se da por reproducida. Dicha demanda dio lugar a la tramitación de los autos 696/2016 del Juzgado de lo Social n.º 6 de esta ciudad. En fecha 31/1/2017 dicho Juzgado dicta sentencia por la que estima la excepción de caducidad de la acción de despido alegada por la empresa y en consecuencia desestima la demanda del actor en impugnación de despido (Folios 220 y siguientes que se dan por reproducidos). En los hechos probados de dicha sentencia consta declarado lo que sigue: "Tercero. El actor el 10/6/2016 instó a la Caja adelantar su reincorporación al trabajo antes de la fecha de finalización de la excedencia que tenía concedida con vencimiento 27/2/2017...El 24/6/2016 se le remite correo electrónico por el Jefe de Recursos Humanos de la Caja demandada, del tenor literal siguiente: "Buenos días Eulalio. En respuesta a tu solicitud de reincorporación anticipada a la Caja, con motivo de la excedencia por cuidado de hijos solicitada por ti y concedida por la Caja hasta el próximo 27/2/2017, te comunico que la decisión adoptada por el Comité de Recursos humanos del pasado 23

de junio, en el sentido de no acceder a tu solicitud"....Quinto. El 12/8/2016 se presentó papeleta de conciliación ante el Cemac, celebrándose el acto el 30/8/2016 con el resultado de sin avenencia. Sexto. El actor en demanda presentada el 31/8/2016 solicita se dicte sentencia por la que se declare el despido nulo realizado por la demandada tras su solicitud efectuada por su parte de reingreso, con los pronunciamientos legales de readmisión y demás consecuencias legales". Dicha sentencia fue revocada por sentencia de la Sala de lo Social de Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Granada, de fecha 3/5/2018. Dicha sentencia aprecia la excepción de inadecuación de procedimiento y por ende la falta de acción de despido al no existir voluntad extintiva, desestimando por esta razón y no por estar caducada la acción de despido la demanda ejercitada por el trabajador recurrente contra la Caja Rural de Granada, SCC.

7.º.- En fecha 23/2/2017 el actor dirige solicitud a la demandada A/A de Director de Recursos Humanos. Solicita ad cautelam reincorporación tras excedencia pues el 27/2/2017 vence el plazo de 3 años de la excedencia por cuidado de hijo menor que tenía concedido; interesa " la reincorporación a su puesto de trabajo a partir de 1/3/2017 sin perjuicio de la solicitud efectuada con efectos de 1/8/2016 y que está ventilando ante el Juzgado por dos vías diferentes, demanda por despido y declarativo para el reingreso por excedencia por cuidado de hijo". Solicita tenga por presentado el escrito, sirva admitirlo, y tenga por ejercitado el derecho que la ley le confiere, entendiéndose de conformidad con lo manifestado para el caso de no contestación escrita al respecto. En fecha 24/2/2017 el director de RRHH de la demandada y en respuesta a su solicitud, se remite "al fallo de la sentencia 29/2017 de 31/1/2017 dictada por el Juzgado de lo social n.º 6 de Granada que ya ha resuelto sobre la misma (sentencia que has recurrido ante el TSJA). Sin perjuicio del resultado definitivo de dicho procedimiento, hoy sería imposible acceder a tu solicitud dada la inexistencia actual de vacante".

8.º.- En fecha 2/3/2017 el actor presenta papeleta de conciliación sobre derechos y cantidad ante el Cmac y contra la Caja Rural de Granada, SCC. En fecha 21/3/2017 se celebra el acta de conciliación con el resultado de sin avenencia. Y en fecha 10/4/2017 se presenta la demanda de autos.

9.º.- I. El actor desarrollaba las funciones que certifica el Jefe de relaciones laborales de la demandada y que obra al folio 242 de autos y se da por reproducido. II. La demandada no ha celebrado contrato laboral alguno de técnico para el departamento de Marketing ni para otro departamento desde 10/6/2016 hasta la fecha de 1/10/2018 (fecha de certificado emitido y que se da por reproducido obrante al folio 243 de autos). III. Todos los contratos celebrados por la demandada desde 10/6/2016 a 26/9/2018 han sido contratos temporales y de relevo y para el puesto de gestor comercial y médico (folio 244 y siguientes de autos, que se dan por reproducidos) La demandada ha efectuado contrataciones indefinidas desde 10/6/2016 hasta 26/9/2018 en la modalidad de contratos de relevo, en concreto las que consta en el listado y contratos que obran al folio 310 y siguientes y que se dan por reproducidos. IV. En fecha 20/12/2016 la demandada emite Nota informativa n.º 443/2016 sobre jubilaciones parciales ejercicio 2017; e informa que dentro del marco del Acuerdo Colectivo en materia de Jubilación parcial de 26/3/2013 el Consejo Rector a través de propuesta de Comité de dirección, ha aprobado para el ejercicio 2017 el contingente de empleados que de forma voluntaria podrán jubilarse parcialmente (empleados nacidos en el año 1956) siempre y cuando cumplan con los requisitos legales y convencionales establecidos para ello.

10.º.- I. El actor es titular de varios préstamos que fueron en su día concedidos por la demandada atendido su condición de empleado y cuyas condiciones cambiaron cuando dejó de prestar servicios en la misma: -préstamo formalizado el 10/2/2015 por capital 123,191,75 euros, hipotecario vivienda (folio 119) -préstamo formalizado el 10/2/2015, por capital 6922,59 euros, hipotecario vivienda (folio 120) -préstamo formalizado 4/12/2007, hipotecario vivienda, por capital 40000 euros (folio 121) -préstamo formalizado el 24/12/2014, refinanciación, capital dispuesto 14200 euros (folio 122) II. La demandada dejó de hacer las aportaciones a fondo de pensiones del actor.

11.º.- Con antigüedad de 03/04/2017 el actor trabaja con categoría de gerente marketin en la empresa DIRECCION000. Ha percibido las nóminas que obran al folio 144 a 160, de abril 2017 a agosto 2018, que se dan por reproducidas,

12.º.- En el acto de juicio el actor cuantifica los perjuicios que reclama: -perjuicios por el concepto de préstamo: por el préstamo vivienda 4513,86 euros, por el préstamo segunda vivienda 1160 euros, por el préstamo cochera 253,64 euros y por el préstamo refinanciación 1165,68 -perjuicios por por concepto de no aportación al plan de pensiones 3000 euros -perjuicios por daño moral, 6250 euros - salarios dejados de percibir, 21563,20 en periodo de 1/8/2016 a 31/3/2017 y 15787,20 euros en periodo 01/04/2017 a 30/9/2018 (por las diferencias entre lo percibido y lo que debió percibir si trabajara para la demandada)".

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: "Que estimando la excepción de alteración sustancial de la demanda como queda indicado en fundamento de derecho tercero. Debo desestimar como desestimo la demanda interpuesta por D. Eulalio, contra CAJA RURAL DE GRANADA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, y debo absolver y absuelvo a la demandada de todos los pedimentos formulados en su contra".

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el actor ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, la cual dictó sentencia en fecha 10 de octubre de 2019, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D. Eulalio contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 7 de los de Granada, en fecha 22 de octubre de 2018, seguidos a instancia del recurrente, en materia declarativa de derechos (reincorporación tras excedencia por cuidado de hijo) y reclamación de cantidad, contra CAJA RURAL GRANADA SOCIEDAD COOPERATIVA DE CRÉDITO, debemos Confirmar y Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas".

TERCERO.- Por el actor se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina. Para el primero motivo, se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 29 de octubre de 2015, rec. 1190/2015. Se denuncia la interpretación errónea del art. 46.3 ET.

Por lo que se refiere al segundo motivo, se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 9 de enero de 2017 -rec. 1561/2014-. Considera que la sentencia impugnada ha infringido el artículo 1.101 del Código Civil, relativo a la indemnización de daños y perjuicios derivada en el cumplimiento de las obligaciones.

CUARTO.- Admitido a trámite el presente recurso, se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días. Tras ser impugnado por la parte demandada, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso debe ser estimado en cuanto al primer motivo y desestimado el segundo, por falta de contradicción.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de abril de 2023, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión a resolver es la de determinar si el derecho al reingreso en la empresa del trabajador en excedencia por cuidado de hijo, una vez transcurrido el primer año, está condicionado a la existencia de una vacante del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

El trabajador ejercita la acción de reingreso y la sentencia del juzgado de lo social desestima la demanda porque no existe ninguna vacante adecuada en la empresa.

La sentencia de la Sala Social del TSJ de Andalucía/Granada de 10 de octubre de 2019, rec. 3355/2018, desestima el recurso de suplicación del trabajador y confirma la de instancia.

A tal efecto razona que la respuesta ofrecida por la empresa a la solicitud de reingreso del trabajador no comporta voluntad extintiva de la relación laboral, sin que exista en ese momento una vacante adecuada para su reincorporación.

2. - Contra dicha sentencia se formula el recurso de casación unificadora que se articula en dos motivos.

El primero de ellos denuncia infracción del art. 46.3 ET, para sostener que la doctrina jurisprudencial emanada de las SSTs 21/2/2013, rcud. 740/2012 y 23/9/2013, rcud. 2043/2012, conduce a interpretar ese precepto legal en el sentido de entender que la excedencia por cuidado de hijo garantiza un derecho incondicionado a la reincorporación en el mismo puesto de trabajo durante su primer año de duración, mientras que durante los dos siguientes garantiza en todo caso el derecho de reingreso en la empresa en cualquier puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente, con independencia de que pudieren o no existir vacantes en ese momento.

Invoca de contraste la sentencia de la Sala Social TSJ de Andalucía/Málaga de 29 de octubre de 2015, rec. 1190/2015.

El motivo segundo denuncia la vulneración del art. 1101 Código Civil, y lo que en este caso plantea es que se le reconozca la posibilidad de desistir de la reclamación de daños y perjuicios formulada en la demanda, con reserva del derecho a ejercitarla en un procedimiento judicial diferente.

Cita de contraste la sentencia de la Sala Social TSJ Castilla La Mancha de 9 de enero de 2017, rec. 1561/2014.

3. - El escrito de impugnación de la empresa alega la inexistencia de contradicción e interesa la desestimación de ambos motivos. El informe del Ministerio Fiscal aboga por la estimación del primero de ellos y la desestimación del segundo por falta de contradicción.

SEGUNDO. 1.- Debemos resolver si hay contradicción entre la sentencia recurrida y las invocadas como referenciales para cada uno de los dos motivos del recurso, en los términos exigidos por el art. 219.1.º LRJS, que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos que sea necesario unificar.

2. - Los datos relevantes de la sentencia recurrida, son los siguientes:

1.º) El trabajador se encuentra en situación de excedencia por cuidado de hijo desde el 3 de marzo de 2014.

2.º) Solicita por primera vez el reingreso el 10 de junio de 2016, a lo que la empresa responde que no puede acceder a su petición. Contra esa decisión formula demanda de despido en fecha 31 de agosto de 2016. La sentencia del Juzgado de 31 de enero de 2017, acoge la excepción de caducidad de la acción de despido alegada por la empresa y desestima por este motivo la demanda. La sentencia de la Sala Social del TSJ de Andalucía/Granada de 3 de mayo de 2018, aprecia la excepción de inadecuación de procedimiento y por ende la falta de acción de despido, al no existir voluntad extintiva de la empresa y revoca la de instancia.

3.º) El 23 de febrero de 2017 vuelve a solicitar la reincorporación, a lo que la empresa responde en fecha 24 de febrero de 2017, que se remite al fallo de la precitada sentencia del juzgado pendiente en aquel momento de suplicación, a lo que añade "Sin perjuicio del resultado definitivo de dicho procedimiento, hoy sería imposible acceder a tu solicitud dada la inexistencia actual de vacante".

Frente a dicha respuesta empresarial formula la demanda de reconocimiento de derechos origen del presente procedimiento, en la que interesa que se declare su derecho a la reincorporación, a lo que anuda una petición de indemnización por daños y perjuicios.

En el acto de juicio modifica la petición indemnizatoria para incluir otros conceptos diferentes a los señalados en la demanda y elevar su importe.

La sentencia recurrida confirma la de instancia con los argumentos que ya hemos expuesto.

3.- En el supuesto de la sentencia referencial del primer motivo, las circunstancias relevantes a efectos de contradicción son como siguen:

1.º) La trabajadora se encuentra en situación de excedencia por cuidado de hijo desde el 17 de noviembre de 2010 por un año. En noviembre de 2011 y 2012 solicita la prórroga hasta el máximo legal de tres años, que le es concedida por la empresa.

2.º) El 30 de octubre de 2013 solicita la reincorporación a partir del día 18 de noviembre de 2013.

3.º) La empresa contesta "lamentamos comunicarle que en la actualidad no existe en la empresa vacante alguna, por lo tanto no es posible acceder a su reincorporación en esos momentos. A tal fin le comunicamos que en el momento en que se produzca en la empresa una vacante en su puesto de trabajo correspondiente a su categoría nos pondremos en contacto con vd. a los efectos legales."

4.º) Frente a dicha decisión interpone la demanda, que es acogida en sentencia del juzgado que declara su derecho al reingreso y al pago de la indemnización reclamada.

La sentencia referencial desestima el recurso de suplicación de la empresa y confirma la de instancia. Razona que la trabajadora tiene derecho al reingreso en un puesto de igual o similar categoría al no haber transcurrido más de tres años desde el inicio de la excedencia por cuidado de hijo, conforme a lo dispuesto en el art. 46. 3 ET.

4.- Vistas las sentencias en comparación debe apreciarse la existencia de contradicción en este primer motivo de recurso.

En ambos asuntos se trata de trabajadores que están en situación de excedencia por cuidado de hijos, que solicitan el reingreso una vez transcurrido el primer año y antes de precluir el plazo máximo de tres años de duración previsto legalmente para esta singular modalidad de excedencia.

Las empresas contestan que no pueden acceder a su solicitud porque en ese momento no hay ningún puesto de trabajo vacante.

Y mientras que la sentencia recurrida entiende que la inexistencia de vacantes justifica la negativa empresarial al reingreso una vez transcurrido el primer año de la situación de excedencia, la referencial considera por el contrario que la trabajadora tiene derecho a la reincorporación en una plaza de similar o igual categoría.

Entre los asuntos hay ciertos matices diferenciales que no desvirtúan la existencia de contradicción y no impiden admitir la sustancial identidad entre los hechos, pretensiones y fundamentos de uno y otro asunto, en tanto que se trata en definitiva de determinar si la empresa puede negarse al reingreso del trabajador en excedencia por cuidado de hijos una vez transcurrido el primer año por no existir plaza vacante de igual o similar categoría, o está necesariamente compelida a reincorporarle de manera incondicionada en un puesto del mismo grupo profesional o equivalente.

TERCERO. 1. - Cuestión sobre la que ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala IV en las dos sentencias a las que se acoge el recurrente, SSTS 21/2/2013, rcud. 740/2012 y 23/9/2013, rcud. 2043/2012, de cuya conjunta y complementaria aplicación se desprenden dos consecuencias jurídicas que debemos anticipar para evitar cualquier confusión al respecto:

a) La primera, que el trabajador excedente por cuidado de hijos tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo durante el primer año de la excedencia, y al reingreso incondicionado a un puesto de su mismo grupo profesional o categoría equivalente en los dos años siguientes, con independencia de que exista o no vacante en la empresa.

b) La segunda, que la eventual negativa de la empresa al reingreso solo puede calificarse como despido cuando efectivamente suponga una manifestación de voluntad de dar por extinguida definitivamente la relación laboral, pero no en los casos en los que la respuesta a la petición del trabajador sea únicamente la de negar el derecho al reingreso sin cuestionar la vigencia y el mantenimiento de la relación laboral. De lo que se deriva, que el procedimiento judicial oportuno debe ajustarse a la naturaleza jurídica de esa actuación empresarial, mediante el ejercicio de la acción de despido en el primer caso, y a través de la acción declarativa del derecho al reingreso en el segundo.

2.- Como en la primera de las precitadas sentencias se indica, el art. 46. 3 ET, dispone que "Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia, no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción, a contar desde la fecha de nacimiento de éste."

En su párrafo tercero, en lo que ahora interesa, establece que, " Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente."

Ninguna duda cabe que de la literalidad del precepto se desprende que durante el primer año de excedencia la empresa está obligada a reservar al trabajador el mismo puesto de trabajo.

Las dudas interpretativas se suscitan respecto a esa última previsión relativa al periodo de los dos años siguientes, lo que la precitada STS 21/2/2013 resuelve en el sentido de entender, que, "Del precepto transcrito se desprende que teniendo el trabajador derecho a una excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, en cuanto a las condiciones de reingreso en la empresa, se diferencian nítidamente, dos casos, pero partiendo de una premisa común, la reserva, en ambos casos, del puesto de trabajo. Así, durante el primer año, el trabajador tiene derecho a la reserva de "su puesto de trabajo". Pero si el período de excedencia se prolonga, la reserva queda referida "a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente". A juicio de la Sala, existe pues siempre reserva del puesto de trabajo, y en su consecuencia, por imperativo legal, la empresa está obligado a reservarlo, si bien durante el primer año la reserva es del mismo puesto de trabajo que el trabajador venía desempeñando, y una vez superado el primer año, la reserva queda referida un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, lo que, evidentemente, implica, que siendo incondicionado el reingreso en los dos casos, es decir, de manera automática, sin supeditación a la existencia de vacante, en el primer caso, durante el primer año de excedencia, el empresario deberá reservar el puesto de trabajo que ocupaba el trabajador en el momento de acceder a la excedencia y, en el segundo caso, si la excedencia se prolongase, al propio tiempo que el beneficio del trabajador es indudablemente menor, pues la reserva ya no es del puesto de trabajo que ocupaba, sino que la reserva es de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o equivalente, el empresario tiene una mayor capacidad de respuesta, ya que si bien está obligado al reingreso del trabajador cuando éste lo solicita, puede ofrecer al trabajador, no necesariamente su puesto de trabajo, sino uno de los puestos de trabajo que conforman el grupo profesional al que estaba adscrito el trabajador en excedencia o de categoría equivalente".

A continuación explicita que esta modalidad de excedencia no tiene el mismo tratamiento jurídico que la ordinaria excedencia voluntaria, por lo que no puede condicionarse el derecho de reingreso durante los dos últimos años de su duración a la existencia de plazas vacantes en la empresa, hasta el punto de

que los efectos jurídicos de la excedencia por cuidado de hijos son en realidad los propios de la excedencia forzosa, por más que el art. 46 ET no la incluya específicamente dentro de esa modalidad.

Respecto a la que finalmente razona, que este resultado viene impuesto por la doctrina constitucional "pues como ha señalado el Tribunal Constitucional en su sentencia 26/2011, de 14 de marzo, dictada en caso similar, "la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales ( art. 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia ( ), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar".

3. Por su parte, la STS 23/9/2013, rcud. 2043/2102, matiza y complementa la sentencia anterior, para aclarar que no puede calificarse necesariamente como despido cualquier negativa de la empresa a reincorporar al trabajador en excedencia por cuidado de hijos que solicita el reingreso, y ratificar que sigue plenamente vigente el criterio tradicional de la Sala IV, de "que el trabajador excedente puede ejercitar la acción de despido (si el empresario se niega rotunda e incondicionadamente al reingreso) y en su caso la de reconocimiento del derecho a la ocupación efectiva (si el empresario pospone la reincorporación demorándola injustificadamente".

Como expresamente señala sobre este particular, existe un criterio claro de diferenciación entre despido y negativa al reingreso en la excedencia, de tal forma, que, "cuando el trabajador solicita el reingreso y la empresa no contesta su petición o la rechaza pretextando falta de vacantes o circunstancias análogas que no suponen el desconocimiento del vínculo existente entre las partes, el trabajador podrá ejercitar la acción de reingreso, mientras que cuando se produce una negativa rotunda e inequívoca que implica el rechazo de la existencia de la relación entre las partes, esta negativa no es ya únicamente un desconocimiento del derecho a la reincorporación, sino un rechazo de la existencia de algún vínculo entre las partes, y la acción que debe ser ejercitada frente a ella es la de despido".

A lo que seguidamente añade, "que tales vías son alternativas y no optativas, pues "la utilización en uno y otro caso de las mencionadas vías no queda al arbitrio del trabajador al que se niega su eventual derecho al reingreso; para que su pretensión alcance éxito, resulta obligado seguir la procedente, pues son distintas las reglas aplicables y las consecuencias que derivan de la diferente postura adoptada por la empresa al responder, expresa o tácitamente, a la petición efectuada por el excedente voluntario en orden a su reingreso".

Tras lo que definitivamente concluye en ese concreto supuesto, que no es de apreciar voluntad extintiva en la respuesta empresarial a la solicitud de reincorporación del trabajador, cuando esa respuesta es "no es posible dicha reincorporación puesto que a la fecha no existe vacante de su categoría o grupo profesional", antes al contrario, del texto de esta negativa empresarial a la reincorporación del excedente es deducible que no se niega la reincorporación en sí misma, sino su posibilidad actual; lo que no es extinguir el contrato de trabajo".

CUARTO. 1.- La aplicación de esos mismos criterios obliga a estimar el primer motivo del recurso para casar y anular en este extremo la sentencia recurrida, por cuanto la solicitud de reingreso del trabajador se ha presentado antes de que transcurra el plazo de tres años de duración de la excedencia por cuidado de hijos y debe reconocerse en consecuencia el derecho al reingreso incondicionado en un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Es contraria a derecho la actuación de la empresa que rechaza esa solicitud por no existir ninguna vacante adecuada para el reingreso, cuando estaba legalmente obligada a reincorporar necesariamente al trabajador en un puesto de trabajo en esos términos.



Bien es verdad que esa respuesta no comporta en modo alguno dar por extinguida definitivamente la relación laboral y no supone por ende un despido, pero esto no es motivo para desestimar la demanda si la acción correctamente articulada en la misma es la de ejercitar el derecho al reingreso, que no la de despido.

QUINTO. 1.- En lo que respecta al segundo de los motivos del recurso es fácil constatar que no concurre el presupuesto de contradicción.

Lo que el recurrente solicita en ese motivo es que se le tenga por desistido de la pretensión de reclamación de daños y perjuicios, con reserva de las acciones oportunas.

En ese particular la sentencia recurrida confirma la de instancia, porque el actor habría incurrido en una alteración sustancial de la demanda en lo relativo a la pretensión de reclamación de daños y perjuicios.

Como es de ver, la petición que ahora se articula en el recurso de casación unificadora no guarda en realidad relación con el pronunciamiento de la sentencia recurrida, porque ya no se solicita la condena de la empresa al pago de una determinada indemnización, sino una declaración que reserve el derecho a ejercitar esa acción en un ulterior procedimiento judicial.

2.- Con independencia de lo anterior, lo cierto es que en el asunto de la sentencia referencial no se suscita ninguna de estas cuestiones, por lo que no hay coincidencia entre los hechos, pretensiones y fundamentos de las sentencias en comparación.

La de contraste declara la nulidad de la sentencia de instancia porque omite el pronunciamiento expreso sobre la cuantificación de los daños y perjuicios reclamados por el trabajador, ordenando la retroacción de actuaciones y devolviendo el asunto al juzgado de lo social para que establezca su importe.

Es verdad que esa indemnización trae causa de la negativa empresarial a la reincorporación del trabajador en excedencia por cuidado de hijo, pero esta es en realidad la única circunstancia coincidente con el presente asunto.

En el caso de referencia no se plantea cuestión sobre una posible alteración sustancial de la demanda, ni mucho menos sobre la posibilidad de reservarse el derecho al ejercicio de la acción de reclamación de daños y perjuicios como ahora solicita el recurrente.

No puede apreciarse la existencia de contradicción con la sentencia referencial en el segundo motivo del recurso, lo que impide cualquier pronunciamiento sobre esos extremos.

SEXTO. De acuerdo con lo razonado y de conformidad con el Ministerio Fiscal, debemos acoger el primero de los motivos del recurso, casar y anular la sentencia recurrida, y resolver el debate de suplicación en el sentido de estimar en ese extremo el recurso de tal clase formulado por el trabajador, para declarar su derecho incondicionado al reingreso, estimar en este particular la demanda y condenar a la empresa a la inmediata reincorporación del trabajador en un puesto de trabajo de su mismo grupo profesional o categoría equivalente. Sin costas.

## FALLO

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

1. Estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Eulalio, contra la sentencia dictada el 10 de octubre de 2019, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en el recurso de suplicación núm. 3355/2018, que resolvió el

formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Granada, de fecha 22 de octubre de 2018, recaída en autos núm. 367/2017, seguidos a su instancia contra Caja Rural de Granada Sociedad Cooperativa de Crédito, sobre solicitud de reincorporación tras excedencia voluntaria por cuidado de hijo.

2. Casar y anular la sentencia recurrida y estimar en parte el recurso de suplicación formulado por el demandante, para declarar su derecho a la reincorporación en un puesto de trabajo de su mismo grupo profesional o categoría equivalente, condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración. Sin costas.

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

Así se acuerda y firma.