



Universidad  
de La Laguna  
Facultad de Derecho



Grado en: Relaciones Laborales  
Facultad de Derecho  
Universidad de La Laguna  
Curso 2014 /2015  
Convocatoria: Septiembre

## LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA The voluntary leave of absence

Realizado por el alumno Dña. Zaira González Hernández

Tutorizado por el Profesor Dña. Dulce María Cairós Barreto

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

## ABSTRACT

The voluntary leave of absence is a juridical process that has experienced many changes throughout time both in which it has been used and also with the juridical regime. This is due to more flexible rules of collective agreements, unlike the most strict work regulations.

This juridical case has a particular use, which allows the worker to interrupt his fringe benefits in order to attend to personal or professional interest without the need to break the contract, but the ability to do so for a period of time.

This is due to the regulations of the worker statute, which has produced problems within its interpretation and the application of the time of request voluntary extended leave of absence but especially they are problems when the worker returns to employment after enjoying the extended leave of absence. This gives place to multiple litigations and judicial controversies in relation to this juridical figure.

## RESUMEN (entre 150 y 350 palabras)

La excedencia voluntaria es una figura jurídica que ha experimentado cambios a lo largo del tiempo en cuanto a su uso como en cuanto a su régimen jurídico, debido a reglas más flexibles por parte de los Convenios colectivos, a diferencia de la regulación más estricta que recogían las ordenanzas laborales y reglamentaciones del trabajo.

Esta figura jurídica presenta una particularidad en cuanto a su uso, permite al trabajador interrumpir su prestación laboral para atender a intereses personales o profesionales sin la necesidad de romper el vínculo contractual de manera definitiva sino durante un tiempo determinado.

Es debido a su escasa regulación en el Estatuto de los Trabajadores, por lo que se han producido problemas interpretativos y de aplicación a la hora de solicitar una excedencia voluntaria pero sobre todo problemas en cuanto al reingreso del trabajador tras el disfrute de la excedencia dando lugar a múltiples litigios y controversias judiciales en relación a esta figura jurídica.

## INDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. NATURALEZA JURIDICA DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA	
1.1 Las contradicciones legales.....	3
2. LOS REQUISITOS LEGALES PARA SOLICITAR LA EXCEDENCIA.	
2.1 La antigüedad y la incidencia de los convenios colectivos.....	5
2.2 La solicitud de la excedencia.....	7
2.2.1 La forma de solicitud.....	9
2.3 La duración de la excedencia.....	11
2.4 Requisitos y comienzo de otra excedencia.....	13
3. LOS EFECTOS DE LA EXCEDENCIA	
3.1 Efectos contractuales.....	14
3.2 Aspectos salariales.....	16
3.3 Competencia desleal.....	18
4. EL REINGRESO DEL TRABAJADOR EXCEDENTE	
4.1 La solicitud de reingreso.....	22
4.2 Los problemas del reingreso.....	26
4.2.1 La existencia de vacante.....	26
4.2.2 Lugar y condiciones de reingreso.....	29
4.2.3 El derecho preferente de reingreso.....	31



## 5. LA DEFENSA DEL TRABAJADOR FRENTE LA RESPUESTA EMPRESARIAL

5.1 La aceptación del empresario y las condiciones de trabajo.....	33
5.2 La acción por despido.....	34
5.3 La acción declarativa.....	36
CONCLUSIÓN.....	39
BIBLIOGRAFIA.....	42

## INTRODUCCIÓN

La investigación de este trabajo hace referencia a la excedencia voluntaria. Entre todas las modalidades de excedencias, quizás la voluntaria sea la más genuina y característica dentro del sistema laboral.

Se trata de una modalidad que cumple una particularidad en cuanto a su uso, ya que permite al trabajador interrumpir su prestación laboral para atender a intereses personales o profesionales sin la necesidad de romper el vínculo contractual de manera definitiva sino durante un tiempo determinado.

Esta figura jurídica ha experimentado cambios a lo largo del tiempo en cuanto a su uso como en cuanto a su régimen jurídico, debido a reglas más flexibles por parte de los Convenios colectivos, a diferencia de la regulación más estricta que recogían las ordenanzas laborales y reglamentaciones del trabajo.

A pesar de ello, la excedencia voluntaria ha mantenido su esencia pero sí que se han producido problemas interpretativos y de aplicación debido a la escasa regulación que recoge el Estatuto de los Trabajadores acerca de esta figura.

Sobre todo la mayor problemática de la excedencia voluntaria se centra en el reingreso del trabajador, bien por no existir una vacante apropiada, por haber amortizado el puesto o, en su caso, haberlo cubierto, por motivos de concurrencia desleal, etc.

Si bien cierto es que, en las últimas décadas, los trabajadores ha utilizado más la excedencia voluntaria y los problemas que lleva consigo el reingreso, han dado lugar a múltiples litigios y controversias judiciales en relación a esta figura jurídica.

Por ello, desde un primer punto de atención en el análisis de la excedencia voluntaria me he referido a su naturaleza jurídica, muy ligada a su razón de ser y la cual puede aportar soluciones frente a los problemas de interpretación propios de la excedencia.

En un segundo capítulo he desarrollado el modo de ejercicio de este derecho. El acceso a la excedencia está condicionado por la necesidad de acreditar un año de antigüedad, condición que suele plantear problemas de interpretación debido a la escasa

regulación de la ley, y salvo que los convenios no prevean nada, surgen conflictos en cuanto a la solicitud, el plazo previsto, etc.

En el siguiente apartado están recogidos los posibles efectos de la excedencia voluntaria en cuanto a los deberes y obligaciones contractuales tanto del empresario como del trabajador sobre todo la importancia de la prohibición de la concurrencia desleal por parte del trabajador.

Sin embargo, el punto central y más problemático de la excedencia es el del reingreso, como he mencionado anteriormente, que ocupa el cuarto punto de este trabajo por lo que he analizado las posibles alternativas que tiene el trabajador en cuanto a su reingreso y los posibles cambios que se pueden producir atendiendo la ley y a los Convenios colectivos.

Y por último, el capítulo quinto está dirigido a las posibles acciones legales que puede tomar el trabajador frente al empresario en caso de no poder hacer efectivo su derecho de reingreso.

## 1. NATURALEZA JURIDICA DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA

### 1.1 Las contradicciones legales

La naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria es cuanto menos clara. Se trata de una figura que crea bastante confusión con respecto a su naturaleza y esto es debido a su escasa regulación, que a la hora de llevarla a la práctica, ocasiona múltiples problemas de interpretación.

Hoy en día no se ha conseguido definir cuál es su verdadera naturaleza por lo que se han originado importantes disputas entre la doctrina laboral.

Por un lado, una serie de autores defienden que la excedencia voluntaria constituye un supuesto de extinción del contrato<sup>1</sup> pero si nos remitimos al art. 49 del Estatuto de los Trabajadores (ET) comprobamos que la excedencia voluntaria no se ajusta a ninguno de los supuestos de extinción legamente establecidos.

Estos autores sustentan su teoría apoyándose en el art.46 del ET apartado quinto donde dice que: “*el trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso...*” y no el derecho de reserva del puesto que por el contrario sí ocurre en la excedencia forzosa. Puede darse el caso también, de finalizada la excedencia, no exista vacante alguna porque ya haya sido ocupada o amortizada. Este supuesto ha causado múltiples problemas en la jurisprudencia.

Además durante la excedencia voluntaria el trabajador no cobra ningún tipo de prestación lo que refuerza la teoría de este grupo de autores y por ello nos encontramos ante un supuesto de extinción.

Pero esta teoría extintiva tiene sus contradicciones y es que si el trabajador tiene el derecho preferente al reingreso es que sigue estando viva la relación laboral aunque debilitada, sin embargo, si el trabajador no solicita en el plazo correspondiente su reincorporación aquí sí que se entiende extinguido el contrato.

---

<sup>1</sup> De esta opinión es Montoya Melgar, A.: *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2007, P. 437.

Por otro lado, si estuviéramos ante un supuesto extintivo, se realizaría un nuevo contrato de trabajo al trabajador, tras reincorporarse de la excedencia, pero esta situación no se produce así que no podemos hablar de extinción. En la excedencia voluntaria, al trabajador se le mantiene su antigüedad en la empresa, categoría y salario, salvo que haya habido una mejora del mismo.

Un segundo y predominante grupo de autores defienden que la excedencia es una causa suspensiva<sup>2</sup> aunque si nos remitimos a la ley, art. 45 del ET donde se recogen las causas de la suspensión vemos que en el apartado 1 k) hace referencia a la excedencia forzosa y no a la voluntaria. Sin embargo en el art. 46 ET, cuya regulación forma parte de la misma sección que las causas de suspensión del contrato de trabajo, concretamente, la Sección 3ª del Capítulo III del Título I, sí contempla esta figura.

En el apartado uno de dicho artículo dice que: “*La excedencia podrá ser voluntaria o forzosa...*” y en su segundo apartado habla de los requisitos que debe cumplir el trabajador para poder acceder a este tipo de excedencia pero no habla de sus efectos. Donde aparecen mencionados estos efectos es en el apartado quinto de este mismo artículo en el que se habla de ese derecho preferente al reingreso del trabajador aunque no es del todo claro porque este apartado no está claramente relacionado con el art. 46.2 ET.

Ante este confuso análisis del art. 46 ET podemos decir que la excedencia voluntaria constituye un “supuesto especial” de suspensión porque tiene efectos parcialmente diferentes al resto de situaciones.

En definitiva, si nos remitimos al art. 45 ET y 49 ET donde se recogen las causas de suspensión y extinción del contrato, respectivamente, podemos afirmar que la excedencia voluntaria no aparece enumerada como una de tales causas.

La doctrina la define como: “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 solo un derecho

---

<sup>2</sup> De opinión contraria a la teoría extintiva es Arguelles Blanco, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*. Aranzadi, Pamplona, 1997. p. 160.

preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera en la empresa”.<sup>3</sup>

## 2. LOS REQUISITOS LEGALES PARA SOLICITAR LA EXCEDENCIA.

### 2.1 La antigüedad y la incidencia de los convenios colectivos

La Ley de Relaciones Laborales de 1976, fue la primera norma legal que hizo referencia a la antigüedad que debía tener el trabajador que deseara solicitar una excedencia voluntaria. En él se establecía que “el trabajador con una antigüedad en la empresa de al menos dos años tendrá derecho a que se le reconozca la situación de excedencia voluntaria”.

En 1980, el Estatuto de los Trabajadores se limitó a plasmar exactamente dicho precepto, aunque introduciendo una pequeña modificación que consistió en convertir esos dos años de antigüedad en un solo año, de manera que el trabajador que quisiera ejercer el derecho a que se le reconociera dicha situación debía tener solo un año de antigüedad en la empresa. Con ello, lo que realmente se intentó fue favorecer la movilidad de los trabajadores así como la producción de vacantes en los puestos de trabajo.

Por ello, los requisitos que, actualmente, recoge el Estatuto de los Trabajadores son interpretados como las condiciones *sine qua non* para poder ejercer este derecho. Básicamente, el primer requisito indispensable para poder acceder a la situación de excedencia voluntaria es la, ya mencionada, antigüedad. Para ello nos remitimos, concretamente, al art. 46 ET donde dice en su apartado segundo 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.*”

---

<sup>3</sup>Monge, J.L.: *La excedencia laboral en la Jurisprudencia*. Bosch, Barcelona, 1987, p. 61.

Si analizamos bien el apartado segundo, donde habla de ese año de antigüedad obligatorio para que la excedencia pueda hacerse efectiva, no exige que sea un año de prestación efectiva de servicios por lo que el tiempo computado en aquellas circunstancias, donde no hay una prestación de servicios real, referidas a las situaciones que causan suspensiones o interrupciones del contrato previstas en la ley, o las derivadas de convenios colectivos o acuerdos individuales, no afectan al cumplimiento de ese periodo necesario para acceder a la excedencia.<sup>4</sup>

También debemos hacer mención al sexto y último apartado de este art. 46 ET que afirma que: *“La situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que allí se prevean”*.

Este apartado se traduce en que a través de la negociación colectiva se podrá mejorar el régimen jurídico de la excedencia voluntaria pero sin que esta pueda endurecer los requisitos exigidos para poder ejercer el derecho. En la negociación colectiva se podrán mejorar los plazos tanto para la solicitud como para el reingreso, las consecuencias del incumplimiento de los mismos, las condiciones a la hora de la reincorporación, etc.

El Estatuto de los Trabajadores no indica nada al respecto sobre el plazo de preaviso por lo que son los convenios colectivos quienes regulan esta cuestión y establecen diferentes plazos de preaviso, aunque por lo general, en la mayoría de convenios, el plazo para el preaviso es de un mes salvo excepciones.<sup>5</sup>

Es lógico pensar que un trabajador que quiera ejercitar su derecho lo deba hacer con una mínima antelación, con el fin de que el empresario pueda reorganizar el trabajo así como tomar las medidas oportunas para cubrir esa vacante y subsanar los problemas organizativos que haya supuesto esta situación.

---

<sup>4</sup> Podemos encontrar en el art. 45 del ET las causas de suspensión por las que el contrato puede suspenderse sin ello afectar al cómputo de la antigüedad para la excedencia, así como en el art. 37 y 38 del ET donde se encuentran los permisos retribuidos incluyendo el descanso semanal y festivos.

<sup>5</sup> Como es el caso del convenio colectivo para la industria de piensos compuestos para animales aprobado mediante resolución de 6 de agosto de 2014, en su art. 13 dice que el plazo de preaviso para la reincorporación del excedente es de dos meses. En el Convenio nacional de conservas vegetales, aprobado por Resolución de 11 de diciembre de 2014, en su art.39, el plazo está en entre los 30 y 60 días naturales anteriores a la reincorporación.

Otras medidas que adoptan los convenios es cuando el trabajador ha cometido una infracción y es sancionado por la empresa y en el momento de solicitar la excedencia no ha cumplido dicha sanción.<sup>6</sup>

Otro caso particular es de la especialización de un trabajador a cargo de la empresa y en relación con el art.21.4 del ET, el cual determina: *“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.”*

La principal razón por la que se establece este pacto de permanencia es evitar que el trabajador, con los conocimientos adquiridos a través de esa formación específica, costeada por la empresa, extinga su contrato con dicha empresa. Esto daría lugar a que la empresa no pueda beneficiarse de esos conocimientos adquiridos por parte del trabajador o que éstos sean desarrollados en otra empresa competente.

La cuestión es que este pacto evita que el trabajador durante un tiempo determinado ponga fin a su relación laboral pero no dice nada de que no pueda ser interrumpido, por ejemplo, a través de una excedencia voluntaria.

## 2.2 La solicitud de la excedencia

El trabajador que pretenda colocarse en situación de excedencia voluntaria debe comunicar al empresario su decisión de hacerlo. Así lo afirma gran parte de la doctrina laboral, la necesidad de esta solicitud al empresario, pues el derecho a la excedencia voluntaria no es un derecho automático.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Es el caso del Convenio Colectivo de RTVE, aprobado mediante resolución el 17 de enero de 2014, que en su art. 99.1 f) dice: *No se concederá excedencia voluntaria a quien en el momento de solicitarla estuviere 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.*

<sup>7</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*. Comares, Granada, 1998,p. 60.

Esta comunicación no se trata de un acto de otorgamiento sino una manifestación formal en la que se reconoce el cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a esta situación de excedencia. El trabajador, en este caso, está ejerciendo un derecho que se encuentra dentro de su esfera jurídica

Según el art. 46.2 del ET: *“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 tanto, podemos afirmar que el trabajador tiene un auténtico derecho a acceder a la excedencia voluntaria, siempre y cuando cumpla los requisitos necesarios para su concesión, bien los establecidos en la norma estatutaria, bien en el convenio colectivo o por el acuerdo individual, implicando a su vez a que el empresario tenga la obligación a reconocerle el derecho en todos sus efectos.

Para alcanzar la situación de excedencia es necesario ese reconocimiento por parte del empresario. En el caso de que éste se negara a tal reconocimiento, el trabajador podrá solicitarlo a través de la jurisdicción social.

El trabajador no puede comenzar la excedencia sin el consentimiento del empresario puesto que podría suponer un abandono del puesto de trabajo o de ausencias injustificadas pudiéndose originar la extinción del contrato de trabajo.

El empresario, realmente, no concede la excedencia sino que simplemente la reconoce, sino no podríamos hablar de derecho subjetivo.

Si el ET no dice nada acerca de la necesidad de comunicar al empresario la solicitud mucho menos dice sobre el procedimiento a seguir para ello. Este tema ha sido regulado básicamente por los convenios colectivos, los cuales, establecen diferentes previsiones al respecto.

El hecho de que los convenios colectivos tengan libertad para regular aspectos formales de la solicitud de la excedencia no significa que tengan libertad para imponer cláusulas condicionantes al ejercicio efectivo del derecho del trabajador o cualquier otro requisito más gravoso que los preestablecidos en la Ley.

Cabría plantearse si en realidad existen dos tipos de excedencias, la establecida por el Estatuto de los Trabajadores y otra, la constituida por los convenios colectivos.

“En este sentido, el escaso desarrollo que plantea la norma legal sobre la figura de la excedencia voluntaria y la altísima frecuencia con la que lo convenios colectivos regulan y detallan dicha institución en sus cláusulas no hacen pensar lo contrario. En multitud de ocasiones, el convenio colectivo más que especificar o completar el régimen jurídico de la excedencia voluntaria, lo que verdaderamente hace es crear nuevos mecanismos, con unas condiciones y límites tan diferentes y novedosos a los que plantea el Estatuto de los Trabajadores que resulta que, al final del camino, nos encontramos con una figura jurídica totalmente rediseñada y reajustada, bien a las necesidades de la empresa, al resultado de la negociación con los representantes de los trabajadores o bien a las diversas cláusulas establecidas entre trabajador y empresario haciendo uso del principio de autonomía de la voluntad de las partes.”<sup>8</sup>

### 2.2.1 La forma de solicitud

Si nos remitimos al ET comprobamos que no establece ningún plazo de preaviso para solicitar la excedencia pero es de pura lógica que el trabajador que quiera ejercer su derecho de excedencia deba hacerlo con una mínima antelación con el fin de que el empresario pueda reorganizar su estructura empresarial.

La forma habitual de solicitud es por escrito y prueba de ello son los convenios colectivos, que en su mayoría, implantan la obligación de hacerlo por escrito, a la hora de comunicar su intención de ejercer su derecho a la excedencia.<sup>9</sup>

El reconocimiento de la situación de excedencia por parte del empresario debe ser expreso y preferentemente por escrito. Esta preferencia permite tanto al empresario como al trabajador tener pruebas justificadas ante cualquier problema que se presente.

---

<sup>8</sup> Benet Escolano, J. *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*. Tirant lo Blanch, 2015. p 140

<sup>9</sup> Como por ejemplo el Convenio Colectivo para el sector de agencias de viajes, aprobado por Resolución de 1 de agosto de 2013, establece la obligación de comunicarlo por escrito en su art.30.1 así como el Convenio Colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios aprobado por Resolución de 17 de marzo de 2015 en su art. 27.1b) también establece la obligación de comunicarlo por escrito. El Convenio colectivo nacional de autoescuelas aprobado por Resolución de 24 de septiembre de 2013 en su art. 23 también lo establece así como 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.

“A pesar de que pueda venir impuesto como requisito formal mediante la negociación colectiva, no debería constituirse como un requisito o exigencia “*ad solemnitatem*” sin el cual la comunicación llevada a cabo por el trabajador careciera de validez, puesto que tanto la propia solicitud como los demás aspectos que resulten controvertidos podrán ser acreditados por los medios de prueba que se estimen convenientes en el momento procesal oportuno, como cualquier otro medio válido conforme a derecho. Resulta obvio que si el trabajador traslada su intención de colocarse en situación de excedencia voluntaria por escrito tal circunstancia adquiriría una mayor fuerza probatoria que si lo realizase de manera verbal, pero ello no quiere decir, en absoluto, que la comunicación verbal no sea válida.”<sup>10</sup>

En la solicitud se debe indicar la fecha en la que se inicia la excedencia y la duración de la misma. El tiempo empieza a computar desde que el empresario concede la excedencia no desde cuando la solicita el trabajador.

Una vez reconocido este derecho, el empresario no puede revocar su decisión unilateralmente ni tampoco puede cambiar las condiciones en las que fue concedida ni pretender la incorporación del empleado previamente al plazo que se acordó de excedencia.

En el caso del trabajador, si éste pretendiera renunciar a su derecho, una vez concedido, puede estimarse válido<sup>11</sup>, siempre y cuando, no suponga un perjuicio grave para el empresario, bien porque ha contratado a alguien para cubrir ese puesto o porque haya iniciado un proceso de selección para cubrirlo. Si se diera alguna situación como estas no sería válida la renuncia.

Sin bien es cierto que el trabajador tampoco puede ejercitar unilateralmente la excedencia sino que ésta debe ser aceptada por la empresa. Si fuera denegada la solicitud, el trabajador debe solicitarla judicialmente y permanecer en el puesto hasta que se dicte la sentencia estimatoria.

---

<sup>10</sup> Benet Escolano, J. *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*. Op.cit.,p.141

<sup>11</sup> La renuncia puede considerarse válida puesto que no se encuentra recogida entre las prohibiciones del art. 3 del ET.

En la excedencia voluntaria no es obligatorio alegar la causa que motiva la excedencia aunque algunos convenios obligan al trabajador a que manifieste por escrito cual es la causa para solicitar la excedencia voluntaria.<sup>12</sup>

La doctrina se opone a reconocer que, a través de esta comunicación escrita, sea obligatorio para el trabajador expresar cual es el motivo que justifica su paso a la excedencia ya que esta obedece a los intereses personales del trabajador. Por el contrario, esta medida implicaría otorgar un carácter discrecional a la decisión empresarial de admitir o no la solicitud del trabajador a su derecho a colocarse en excedencia voluntaria.

“Esta cuestión sería discutible cuando el convenio colectivo situase al trabajador en una posición más favorable que contribuyera a beneficiar, por ejemplo, su reingreso a la empresa a la finalización de la situación de excedencia voluntaria.”<sup>13</sup>

### 2.3 La duración de la excedencia

Desde la entrada en vigor de la Ley 8/1980 del Estatuto de los Trabajadores, la duración de la excedencia voluntaria había permanecido estable. A lo largo de casi tres décadas, los mínimos y máximos temporales de la excedencia voluntaria se habían fijado en dos y cinco años, respectivamente.

Es a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva entre hombres y mujeres, donde se llevó a cabo la última modificación del articulado, reduciendo de dos años a cuatro meses el plazo mínimo por el cual el trabajador podría disfrutar de una excedencia voluntaria. Por tanto, un trabajador con una antigüedad de, al menos, un año podrá solicitar una excedencia por

---

<sup>12</sup> Es el caso del Convenio colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas aprobado por Resolución de 12 de enero de 2012, en su art. 16 establece que como condición obligatoria, entre otras, la solicitud por escrito con expresión de los motivos. El Convenio Colectivo de conservas vegetales aprobado por Resolución de 11 de diciembre de 2014 en su art. 39 también establece como condición indispensable la solicitud con expresión de los motivos. El Convenio Colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios aprobado por Resolución de 17 de marzo de 2015, lo establece en su art. 27. Sin embargo el convenio de empresas de publicidad aprobado por Resolución de 15 de febrero de 2010, establece específicamente que: “El paso a la expresada situación podrá pedirse sin especificación de motivos por el solicitante...”

<sup>13</sup> Benet Escolano, J. *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*. Op.cit., p.143

una duración no inferior a cuatro meses y no superior a cinco años, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, el plazo anterior de dos años, ha sido interpretado como un medio destinado a evitar que todas las medidas necesarias que se tienen que adoptar para solucionar los problemas que genera la organización del trabajo en la empresa sucedan en un corto plazo de tiempo, por ello, el plazo mínimo para la excedencia era de dos años.

Esta duración mínima de cuatro meses permite al trabajador reincorporarse a la empresa en un tiempo relativamente corto y es que el trabajador mientras esta en excedencia no tiene derecho a prestaciones por desempleo, causándole una desprotección económica muy importante. El trabajador es el único sujeto capacitado para concretar el periodo de excedencia que desea disfrutar sin que el empresario pueda alargar o reducir unilateralmente dicho periodo.

Así lo afirma la doctrina que dice que: “Una vez fijada la duración de la excedencia voluntaria a instancia del trabajador, dicha duración vincula a ambas partes. Esto significa que el trabajador, que es quien tiene la capacidad de fijar el periodo concreto de disfrute, no puede dar por finalizada la excedencia y solicitar el reingreso antes del agotamiento del plazo por el establecido, a pesar de la existencia de una vacante de su misma o similar categoría. La razón de esta respuesta reside en que la excedencia ha supuesto un evidente perjuicio al empresario, que ha tenido que proceder a reorganizar los mecanismos productivos para sustituir la ausencia del trabajador.”<sup>14</sup>

El hecho de que sea el trabajador el que tenga la capacidad de fijar la duración de la excedencia no le da derecho alguno a dar por finalizada la excedencia y solicitar el reingreso antes del tiempo pactado. El empresario puede aceptar pero su negación no es considerada como despido.

Los topes máximos y mínimos que establece el ET no son de carácter necesario sino que son susceptibles de modificación por parte de los convenios colectivos o pactos individuales, siempre que sean más beneficiosos para el trabajador. También es posible que en el convenio colectivo de aplicación no se especificara expresamente la duración

---

<sup>14</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*. Op.cit., p. 70.

máxima de la excedencia voluntaria. En este caso se aplicaría la duración máxima establecida en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Como el ET no recoge con precisión la duración que tiene la excedencia voluntaria, es necesario que el trabajador comunique al empresario la duración que va a tener su excedencia. En el caso de que el trabajador no fije ninguna duración y el empresario no le sugiera que establezca ningún plazo, la excedencia se entenderá extendida dentro del plazo legalmente establecido, desde cuatro meses hasta cinco años, y daría derecho al trabajador a solicitar el reingreso en cualquier momento dentro de ese periodo de tiempo.

#### 2.4 Requisitos y comienzo de otra excedencia

El requisito de la antigüedad solo va a ser requerido cuando se solicite la primera excedencia voluntaria. Para poder solicitar una segunda excedencia hay que cumplir otro requisito, que viene recogido en el art.46.2 ET y establece 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.”*<sup>15</sup>

Se entiende que no hay límites para disfrutar de diversas excedencias, el trabajador tiene derecho a cuantas excedencias desee, siempre y cuando, se cumpla el periodo de espera de 4 años desde que finalizó la última excedencia<sup>16</sup>. Ese plazo empieza a computarse, no desde que el trabajador solicita el reingreso a la empresa sino cuando se produzca la reincorporación efectiva a la misma. Sería ilógico pensar que un trabajador que va a estar parte de esos 4 años sin prestar servicios, a la espera de que se produzca una vacante adecuada en la empresa, acumulara ese periodo de tiempo a efectos computables.

---

<sup>15</sup> La ley de Relaciones Laborales de 1976 en su art. 26 establecía que: “para acogerse a otra excedencia voluntaria el trabajador deberá cubrir un nuevo período de, al menos, cuatro años de servicio efectivo a la Empresa.

<sup>16</sup> Sin embargo, el Convenio Colectivo estatal de jardinería, aprobado por Resolución de 4 de julio de 2013, establece en su art. 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.”*

El actual Estatuto de Trabajadores suprimió la exigencia que establecía la Ley de Relaciones Laborales referida a que los 4 años de espera fueran de prestación de servicios efectivos. El Estatuto deja claro que este periodo se puede modificar si es para su mejora únicamente, por lo que algunos convenios establecen periodos inferiores al legal pero se debe considerar contrario a la ley.<sup>17</sup>

En definitiva, cuando el trabajador haya solicitado la excedencia por un periodo inferior al máximo, puede solicitar la prorrogas sucesivas siempre que no sobrepase el límite de tiempo máximo de 5 años, aunque estas podrían ser denegadas por la empresa.

### 3. LOS EFECTOS DE LA EXCEDENCIA

#### 3.1 Efectos contractuales

El pilar fundamental sobre el que se sustenta el régimen jurídico y el contenido de la excedencia voluntaria está relacionado directamente con los efectos que de esta se derivan.

Remitiéndonos principalmente al art. 46 ET comprobamos dos efectos primordiales, por un lado, el derecho preferente al reingreso que tiene el trabajador excedente a ocupar una vacante de igual o similar categoría profesional a la que ocupaba antes de la excedencia. El puesto de trabajo al que se incorpore puede ser distinto respecto del puesto que desempeñaba antes de comenzar la excedencia en cuanto al destino, horario, jornada, etc.

Por otro lado, se trata de un efecto negativo, refiriéndose únicamente este artículo a la excedencia forzosa, cuando habla del derecho al cómputo de antigüedad, no extendiéndose este efecto a la voluntaria.

Ya sabemos que la excedencia voluntaria se trata de un caso de *suspensión especial*, quedando un vínculo contractual debilitado y sobre el que han surgido diferentes teorías acerca de cuáles serían las obligaciones que continuarían vigentes.

---

<sup>17</sup> Antiguamente el Convenio Colectivo para las Industrias de Alimentos Compuestos para Animales de 2008 disponía en su art.13.2 que: “para acogerse a otra excedencia voluntaria el trabajador deberá cubrir un nuevo periodo de al menos dos años efectivos en la empresa”. Actualmente el periodo es el establecido en la Ley Estatutaria.

Tanto el empresario como el trabajador quedan exonerados de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar dicho trabajo y de todas aquellas obligaciones accesorias relacionadas con las obligaciones principales.<sup>18</sup>

El resto de obligaciones de carácter accesorio que no tengan vinculación alguna con las obligaciones básicas quedarían vigentes siempre que éstas fueran compatibles con la finalidad última de la excedencia voluntaria.

El hecho de que no pueda considerarse la excedencia voluntaria como un supuesto de extinción, automáticamente se entiende vigente la relación contractual entre empresario y trabajador. Puede ocurrir que, el empresario mientras el trabajador disfruta de su excedencia, decida extinguir el contrato de trabajo, incluso, en el momento de reincorporarse el trabajador se haya producido procedimiento de movilidad geográfica o funcional en la empresa que haya afectado directamente a su puesto de trabajo. El trabajador, en este sentido, puede tomar acciones legales por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Este caso ha supuesto múltiples problemas en la jurisprudencia, como podemos comprobar en una sentencia del Tribunal Supremo, afirma que: *“La solución interpretativa más ajustada a Derecho parece ser la de que el reingreso debe producirse en un puesto de trabajo de la misma localidad en la que prestaba sus servicios, ya que la pretensión unilateral de la empresa de que aquel reingrese en localidad distinta obstaculizaría gravemente el ejercicio del derecho del excedente a su reincorporación, alterando sustancialmente su situación original y posibilitando la asignación a este de un puesto en el lugar que le fuera más gravoso a fin de hacerle desistir de su propósito de reingreso”*.<sup>19</sup>

El hecho de que el trabajador se niegue a incorporarse en un puesto de una localidad distinta a la suya no supone ni dimisión ni renuncia de su puesto de trabajo pero tampoco se considera despido la negativa del empresario a incorporar al trabajador en su anterior puesto, por falta de vacantes, sino que el trabajador se mantiene en un derecho expectante.

---

<sup>18</sup> Estas obligaciones básicas hacen referencia a las recogidas en el art. 5 del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>19</sup> STS de 24 febrero 2015 rec. 521/2014

No faltan autores en la doctrina laboral que defiendan la vigencia de la relación laboral como efecto de la excedencia voluntaria. Como dice parte de la doctrina: “*Subsistencia del vínculo contractual, bien que debilitado o aletargado*”.<sup>20</sup>

Se puede concluir, por tanto, que los efectos durante la excedencia voluntaria, se podrían resumir de la siguiente manera:

*a) El contrato sigue en vigor, b) como efecto característico de los distintos fenómenos interruptivos, el trabajador no tiene obligación de trabajar, c) paralelamente, el empresario no tiene obligación de abonar el salario, d) se interrumpirán las prestaciones directamente vinculadas con las obligaciones principales, pero por el contrario, permanecerán en vigor las prestaciones accesorias que no estén directamente relacionadas con las principales, e) no se computara el periodo de excedencia voluntaria como antigüedad del trabajador, f) el trabajador solo mantiene el derecho preferente al reingreso si se produce una vacante de igual o similar categoría profesional a la suya.*<sup>21</sup>

### 3.2 Aspectos salariales

El paso a la situación de excedencia voluntaria supone la interrupción de la prestación de servicios por parte del trabajador y, en aplicación del carácter sinalagmático, lleva implícito la suspensión del abono de salarios por parte del empresario, salvo pacto en contrario.

La naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria da lugar a que mientras el trabajador no presta ningún tipo de servicio a favor de la empresa, el empresario sí que queda obligado a respetar el contrato de trabajo, manteniendo las condiciones que en su día se pactaron. La consecuencia básica de todo esto conlleva a que el trabajador no reciba salario alguno.

Si nos remitimos al art. 46 ET no nos dice nada acerca de las consecuencias que se producen tanto para el empresario como para trabajador en caso de que éste último disfrutara de su derecho a la excedencia. Por ello, debemos remitirnos al art. 45.2 ET

---

<sup>20</sup> Monge, J.L.: *La excedencia laboral en la Jurisprudencia*, op.cit., p. 65.

<sup>21</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*, op.cit., p. 77.

donde sí se recoge el principal efecto que implica la suspensión del contrato de trabajo.<sup>22</sup>

El problema de esta norma es que no hace referencia a la exoneración del pago de salario sino de la obligación de remunerar el trabajo. Ambos conceptos no se ajustan entre sí, la remuneración es un concepto más amplio y colectivo que el salario.

Debemos, por tanto, deducir que entiende, el Estatuto de los Trabajadores y los Convenios Colectivos, por salario. El art. 26.1 del ET afirma que: *“Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie...”*. A su vez afirma en el apartado segundo que: *“No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos”*.

Somos favorables, por tanto, a entender que el empresario debe cesar en el abono, no solo del salario, sino de todas aquellas percepciones salariales y extrasalariales, directa o indirectamente vinculadas con el desarrollo del trabajo.<sup>23</sup>

La doctrina viene a defender si existe la posibilidad de abonar percepciones no relacionadas con la prestación de trabajo sino con la existencia de la relación laboral pero un sector mayoritario coincide en 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 servicios a la empresa, deja inmediatamente de percibir cualquier prestación, ya sea en dinero o en especie.

En cuanto al salario en especie, se han planteado dudas en relación a si se le debe dar el mismo trato al salario en metálico que al salario en especie.

Las dudas se centran en si el trabajador, una vez comience el disfrute de la excedencia, pierde el derecho al uso de la vivienda proporcionada por el empresario, puesto que, el uso de la misma está vinculado a la condición de trabajador y en la

---

<sup>22</sup> Art. 45.2 ET dice que: *“La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo”*.

<sup>23</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*, op.cit., p.80.

excedencia voluntaria, como ya sabemos, permanece un vínculo contractual, aunque debilitado, entre el trabajador y la empresa.

Es ilógico mantener a un trabajador excedente en su derecho al uso de la vivienda, debido a que ésta fue otorgada, exclusivamente, para facilitar un lugar de residencia cercano a su puesto de trabajo, por lo que esta vivienda no cumple función alguna si el trabajador se encuentra disfrutando de la excedencia.

Además, las causas de suspensión del art. 46 ET tienen una duración limitada, bien pudiendo finalizar por la reincorporación del trabajador como por la extinción del contrato, pero en el caso de la excedencia, ésta podría prorrogarse indefinidamente o por un largo periodo de tiempo, debido a que la vacante no se produzca. De esta conclusión, se extraer el pensamiento de lo poco razonable que resulta mantener al trabajador en su derecho al uso de la vivienda.

Por último y no menos importante, es necesario que antes de iniciar la situación de excedencia, ambas partes, hayan dejado liquidada cualquier deuda u obligación pendiente de ser satisfecha. Esto es así, porque en el caso de que la relación laboral no se reanude, la excedencia produciría un perjuicio grave al trabajador en relación a los devengos que pudiera tener pendientes antes del inicio de la situación de excedencia voluntaria.

El hecho de que las partes cumplan sus obligaciones antes del inicio del disfrute de la excedencia no implica, en ningún caso, que se trate de una dimisión voluntaria ni tampoco que exista un acuerdo mutuo de extinguir el contrato.

Se puede dar el supuesto también de que, tras la finalización de la excedencia, el trabajador realice la solicitud de reingreso y en caso de ser aceptada, el trabajador tendrá derecho a que se le reconozcan todos los incrementos salariales que se hayan producido durante el transcurso de la misma.<sup>24</sup>

### 3.3 Competencia desleal

Uno de los deberes más importantes para el trabajador es la prohibición de concurrencia con la actividad de la empresa. El problema surge cuando se intenta

---

<sup>24</sup> Arguelles Blanco, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*. Op.cit. p. 294-298.

determinar en qué medida los efectos de la excedencia voluntaria afectan al deber de buena fe contractual. Los defensores de la teoría extintiva, claramente, se oponen al mantenimiento de este deber puesto que, si el contrato se extingue, no hay vinculación alguna entre trabajador y empresario.

A lo largo de los años, la configuración legal del deber de concurrencia ha experimentado cambios importantes. Su punto de partida lo encontramos en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, concretamente, en su art. 73<sup>25</sup>. Este artículo fue interpretado por la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia como una prohibición absoluta a prestar servicios con otros empresarios o a colaborar con quienes le hiciesen competencia.

Dicho artículo fue sustituido por el actual art.21.1 del ET, el cual modificó el contenido de dicha prohibición, añadiéndole el calificativo de “desleal”. En relación al contenido que ofrece el Estatuto de los Trabajadores con respecto a la prohibición de competencia desleal podemos ver como el art. 5 d) del ET menciona el deber laboral de no concurrencia con la actividad de la empresa. A su vez este precepto está íntimamente relacionado con el art. 20 del ET cuando establece, en su apartado segundo, que tanto el trabajador como empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

Ambos artículos se completan con el contenido del art. 21.1 del ET que viene a confirmar que: *“No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal...”*.

Todos estos preceptos hablan sobre la prohibición de concurrencia pero no llegan a dar una definición de lo que se entiende por competencia desleal. La doctrina ha conseguido llegar a encontrar una definición del término y por ello, entendemos la competencia desleal como: “aquella que se produce cuando la situación del trabajador en la empresa le permita colocarse en posición de ventaja en la competencia que realiza a su empresario principal, esto es, a aquél frente al que ejerció su derecho de excedencia. Dicha posición se manifestará por las posibilidades de desviación de

---

<sup>25</sup> El art. 73 de la Ley de Contrato de Trabajo establecía, expresamente, que: *“El trabajador está obligado a no hacer concurrencia a su empresario ni a colaborar con quienes la hagan. No podrá realizar, salvo consentimiento del empresario, obra o trabajo complementario o de los que figuren en su contrato, si tales actividades pertenecieran a la rama industrial o comercial de la empresa y perjudicaran a esta”*. Esta ley se encuentra derogada en la actualidad.

clientela en su favor o en el del nuevo patrono, así como por el aprovechamiento de sus conocimientos sobre las técnicas productivas y organizativas, sobre la situación financiera y comercial de la empresa.”<sup>26</sup>

Si bien es cierto que, si nos limitamos a interpretar el contenido del art. 5 d), éste nos dice que el deber de no concurrencia es un deber básico de los trabajadores pero si analizamos el art. 21.1, éste interpreta que el trabajador tiene prohibida la concurrencia de carácter “desleal” entendiéndose, por ello, que no podrá prestar servicios en aquellas actividades que sean de la misma naturaleza o rama de producción de las que realiza para el empresario principal, sin consentimiento de éste y que le pueda causar un perjuicio económico grave.

No se considerará competencia desleal cuando colabore con otra empresa de la misma actividad y sea de carácter puntual, anecdótico, desinteresado y sin contraprestación.

Si el trabajador que solicita la excedencia alega motivos personales y resultara que ese tiempo lo empleara para prestar servicios en otra empresa, y pese a que el Convenio Colectivo no estableciera prohibición alguna sobre concurrencia desleal, se puede considerar que el trabajador ha transgredido la buena fe contractual y ha utilizado la excedencia para fines distintos a lo que dijo en primer momento.<sup>27</sup>

Para alcanzar la plena operatividad de la prohibición de concurrir deslealmente durante el tiempo que el trabajador se encuentra en excedencia voluntaria, y en defecto de la cláusula convencional, la empresa debe señalar expresamente y por escrito al empleado su deseo de establecer dicha restricción.

Si no se da el caso de que el Convenio colectivo establezca esa cláusula ni el empresario manifestara ese deseo de no concurrencia, se podría interpretar que el trabajador tiene total libertad para prestar sus servicios en cualquier lugar que estimase conveniente.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> Argüelles Blanco, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*. Op. cit., p.312.

<sup>27</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*, op.cit., p.84-88.

<sup>28</sup> Muchos Convenios Colectivos recogen expresamente la prohibición de trabajar en empresas que se dediquen a la misma actividad como es el caso del Convenio estatal para el comercio de mayoristas distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos aprobado por Resolución de 25 de junio de 2012, en su art. 28 establece que: “la excedencia no podrá ser utilizada para prestar servicios en empresas similares que impliquen competencia, salvo autorización expresa y por escrito para ello”. Es el caso también del Convenio Colectivo de ámbito estatal para despachos de técnicos tributarios y asesores

Esta cuestión tiene una especial importancia dado que una de las finalidades con las que más frecuentemente se utiliza la excedencia voluntaria es la de intentar conseguir una mejora de carácter profesional prestando servicios para una empresa diferente o incluso admitir que tal progreso es sin duda más viable a través de empresas en las cuales puede desarrollar su profesión y oficios dedicadas, por ende, a actividades similares a la de origen pero esto puede dar lugar a problemas en materia de concurrencia desleal. Puede ocurrir que ese progreso en la carrera, a través de este cauce, pueda generar perjuicios al empleador, por parte del excedente, habiéndose introducido un contrapeso de signo totalmente opuesto e inadmisibile.

Si el trabajador infringe este deber de no concurrencia, no se comprendería que, luego el empresario se viera obligado a aceptar la normal reincorporación, manteniendo todos los derechos que disfrutaba el trabajador al inicio de esta situación, de quien le produjo el daño y suscita, por ello, su desconfianza.

De ahí que pueda reaccionar, el empresario, ante el incumplimiento del trabajador, poniendo fin al vínculo durante la situación de excedencia o negando la readmisión en su momento,<sup>29</sup> a la par, que a favor de ambos se mantenga la posibilidad de ejercitar las acciones judiciales oportunas cuando aprecien lesión de sus respectivos derechos durante este periodo, incluidas las derivadas del despido disciplinario por otros motivos.

Las consecuencias del incumplimiento de este deber vienen recogidas en el art.54.2 del ET, siendo en su apartado d) donde habla de la transgresión de la buena fe contractual.

---

fiscales aprobado por Resolución de 16 de octubre de 2013 en su art.31 dice: “En ningún caso se puede solicitar la excedencia voluntaria para prestar servicios en otra empresa del sector”. Así como el Convenio Colectivo de trabajo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria aprobado por Resolución 23 de noviembre de 2011 establece en su art.48 que la excedencia no podrá ser utilizada para realizar actividades por cuenta propia o ajena, que puedan ser consideradas competencia desleal, salvo autorización expresa y por escrito.

<sup>29</sup> En caso de que el trabajador no cumpla con su deber de no concurrencia se presume extinguido el contrato de trabajo y así lo establece expresamente algunos convenios. Es el caso del Convenio Colectivo para las empresas del sector de harinas panificables y sémolas que en su art.16 establece que el quebranto de este compromiso será causa suficiente para la extinción de la relación laboral. El art.39 del Convenio Colectivo de conservas vegetales también lo prevé estableciendo que dicho incumplimiento será causa de extinción de la relación laboral, con pérdida del derecho obtenido. El Convenio colectivo estatal para el comercio de mayoristas distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos aprobado por Resolución de 25 de junio de 2012 en su art.28 también lo refleja estableciendo que si el excedente infringiese esta norma, se entenderá que rescinde voluntariamente el contrato que tenía y perderá todos sus derechos.

Motivo diferente es que el empresario quiera negar el disfrute de la excedencia ante la posible concurrencia desleal pero nada le impide establecer expresamente dicha prohibición mediante escrito o cláusula convencional.

Otra cuestión a analizar son algunos requisitos que establecen determinados Convenios colectivos, como dudosas “necesidades de servicio” demostradas por el empresario aun cuando meramente fuera para posponer y no denegar el disfrute, invocando razones organizativas y de producción al amparo de su *ius variandi*, o cuando se alude a la “autorización empresarial”, la doctrina judicial es constante afirmando que se trata de un reconocimiento tácito o expreso por el empresario o, en su defecto, por los Tribunales, dado que el empresario no tiene poder para denegar ese derecho. El trabajador seguirá prestando servicios hasta que reciba una contestación afirmativa del empresario o se resuelva la reclamación judicial que ha efectuado para la “autodeclaración”, “autoconcesión” o “autotutela” de derecho.<sup>30</sup>

Interesante cuestión sería que los Convenios Colectivo también recogieran los requisitos y procedimientos que debe cumplir el empresario, en especial los plazos que tiene para responder a la solicitud del trabajador, incluido también las consecuencias derivadas de su desconocimiento sin razones justificadas, pudiendo otorgar al silencio de éste un sentido positivo.

#### 4. EL REINGRESO DEL TRABAJADOR EXCEDENTE

##### 4.1 La solicitud de reingreso

La solicitud del reingreso es uno de los aspectos más complejos de la excedencia voluntaria. Este derecho de reingreso preferente con el que cuenta el trabajador, además de caracterizarse por ser un derecho en expectativa, puesto que está sujeto a que exista una vacante de igual o similar categoría a la suya, también se trata de un derecho preferente, de modo que al reingresar tiene preferencia ante cualquier tercero, siempre que haya hecho la solicitud en tiempo y forma.

---

<sup>30</sup> Domínguez Fernández, J.J (2015). Excedencia voluntaria y competencia desleal (un debate arduo en los Tribunales). *Trabajo y Derecho*, nº 2, p.4-12.

“La jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha venido entendiendo que este derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria común es un derecho potencial o “expectante”, condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en el que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso.”<sup>31</sup>

El requisito más importante y que más problemas trae consigo es que es un derecho sujeto a plazo, plazo establecido en Convenio colectivo o pacto individual, el cual resulta importante puesto que el trabajador solo cuenta con un derecho preferente de reingreso y no con derecho de reserva de puesto. Si el trabajador quiere activar su derecho debe tener en cuenta este plazo.<sup>32</sup>

Si nos remitimos al ET comprobamos que no establece ningún plazo de preaviso para solicitar el reingreso como tampoco dice nada de la forma en que se debe solicitar.

Si interpretamos la norma estatutaria podemos entender que la solicitud puede realizarse en cualquier momento, incluso posteriormente a la finalización del disfrute de la excedencia, pero es lógico pensar que el trabajador que quiera ejercer su derecho deba hacerlo con una mínima antelación con el fin de que el empresario se reorganice y en particular, para llevar a cabo el cese del trabajador interino que estuviera ocupando ese puesto, en el caso de que hubiera optado por ello.

La mayor parte de la doctrina defiende que la comunicación se realice antes de la finalización del periodo de excedencia con el fin de que el empresario, y como ya he mencionado anteriormente, pueda saber con una antelación mínima la intención del trabajador excedente y pueda reorganizar el trabajo e introducir los cambios necesarios para poder hacer efectiva esa solicitud, en el caso de que fuera posible.

Hay un sector doctrinal minoritario que defiende que la solicitud pueda realizarse en un tiempo inmediatamente posterior a la finalización del disfrute de la excedencia.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> STS 21 enero 2010 rec.1500/2009

<sup>32</sup> Benet Escolano, J. *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*. Op.cit., p.233-235

<sup>33</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*, op.cit., p.100

En el caso de la jurisprudencia ocurre igual, la mayoría sostiene que la notificación debe hacerse previa mientras que una minoría contempla la posibilidad de solicitarla de manera posterior a la finalización de la excedencia.

Esta solicitud también supone un mecanismo de seguridad, puesto que una vez finalizada la excedencia, si el trabajador no solicita su reingreso antes de que finalice la duración del periodo de excedencia, se produce un decaimiento del derecho puesto que se entiende extinguido el contrato por ausencias injustificadas o por abandono voluntario del trabajador.

Por ello la forma de comunicación más conveniente es de manera escrita. Dado que el ET no dice nada acerca de la forma de como solicitarla, se entienden válidas tanto la solicitud verbal como escrita. El problema de la comunicación verbal es que, es cuanto menos fiable, a la hora de demostrar que solicito el reingreso en tiempo.

Debido a la escasa regulación del ET sobre esta materia, son los Convenios colectivos y los pactos individuales los que se encargan de ampliar y establecer los aspectos sobre la solicitud.

La mayoría de Convenios colectivos establece la necesidad de hacer la comunicación por escrito<sup>34</sup> y establecen un plazo de preaviso con una antelación mínima entre 15 y 60 días, pero lo habitual es un mes de antelación.<sup>35</sup>

El hecho de que los convenios establezcan ese plazo, y el trabajador no lo comunique dentro del mismo, pero solicite el reingreso antes de que finalice el disfrute de la excedencia, no puede deducirse que el trabajador pierda su derecho al reingreso,

---

<sup>34</sup> El Convenio Colectivo de Autoescuelas aprobado por Resolución de 24 de septiembre de 2013 dice en su art. 23 que: *“El trabajador que disfrute de dicha excedencia voluntaria deberá solicitar su reingreso en la Autoescuela por escrito...”* así lo establece también el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad aprobado por Resolución de 23 de diciembre de 2014, en su art.48 que dice: *“El excedente que no solicitara por escrito su reingreso en la Empresa con una antelación mínima de un mes a la finalización del período de excedencia o su prórroga, causará baja definitiva en la Empresa a todos los efectos.”*

<sup>35</sup> Lo podemos comprobar en el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad aprobado por Resolución de 23 de diciembre de 2014, que en su art. 48 establece que debe solicitar el reingreso con una antelación mínima de un mes a la finalización del período de excedencia o su prórroga, causará baja definitiva en la Empresa a todos los efectos. Otro ejemplo es el Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio del papel y artes gráficas aprobado por Resolución de 22 de junio de 2010 estableciendo en su art.35 que se perderá el derecho al reingreso en la empresa si no fuese solicitado por el interesado al menos un mes antes de expirar el plazo que le fuere concedido. Sin embargo hay otros convenios, como el caso del Convenio colectivo interprovincial para el comercio de flores y planta que establece en su art. 23 que debe solicitarlo antes de que expire el plazo que le fue concedido pero no establece ningún plazo en concreto de preaviso.

puesto que supondría una norma restrictiva de derechos que no está reconocida por dicha norma legal salvo que el Convenio colectivo lo recoja expresamente como cláusula, en cuyo caso estaremos ante una extinción por causas válidamente consignadas.<sup>36</sup>

Otra cuestión diferente sería que, habiendo plazo de preaviso y finalizada la excedencia, el trabajador solicite el reingreso. En este caso se entendería extinguido el contrato por voluntad del trabajador.

“La jurisprudencia, en este sentido, entiende el plazo de preaviso como: “El acto de ejercicio de la opción de reanudar la relación de trabajo que tiene el trabajador excedente; y la exigencia de preavisar dicha solicitud tiene su razón de ser en la trascendencia tanto para el trabajador como para la empresa de la decisión notificada, que genera al mismo tiempo el derecho preferente del trabajador a ocupar una plaza vacante y la obligación correspondiente de la empresa de atribuirla al mismo.”<sup>37</sup>

Puede darse el caso de que el trabajador solicite la reincorporación antes del plazo de preaviso, pudiendo negarse el empresario, sin que ello, impida que el trabajador pueda volver a solicitarla posteriormente en plazo.

Esta opción deja al empresario en desventaja puesto que se encontraría en permanente incertidumbre esperando a que el trabajador se incorporara en cualquier momento sin poder disponer de la vacante, durante el tiempo que se encuentra el trabajador en excedencia, para cubrirla o amortizarla.

Lo más sensato sería que el ET estableciera un plazo común de preaviso y de éste, los Convenios y los pactos individuales pudieran establecer otras condiciones, siempre más beneficiosas, respetando este plazo común.<sup>38</sup>

En definitiva, el trabajador que solicite el reingreso en tiempo hábil, la incorporación solo podrá hacerse efectiva una vez finalizado el disfrute de la excedencia. Solo en el caso de no haber habido respuesta por parte de la empresa, el trabajador podrá presentar demanda por despido o solicitar el reconocimiento judicial de su derecho al reingreso.

---

<sup>36</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*, op.cit., p.103

<sup>37</sup> STJ Valencia 21 febrero 2012 rec.128/2012. En este mismo sentido, STS 29 septiembre 2014 rec.901/2013; STJ Sevilla 05 diciembre 2013 rec.3417/2013.

<sup>38</sup> Benet Escolano, J. *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*.Op.cit.,p.247-251

## 4.2 Los problemas del reingreso

### 4.2.1 La existencia de vacante

Uno de los elementos esenciales por los que se caracteriza el derecho al reingreso del trabajador excedente es por su carácter condicionado. La excedencia voluntaria sólo genera el derecho a la reincorporación si existiera vacante de igual o similar categoría, que a diferencia de la excedencia forzosa, ésta si genera un derecho de reserva del puesto.

Por tanto, en el caso de que el trabajador solicite la reincorporación y la empresa no disponga de vacante de igual o similar categoría, el trabajador no puede reingresar quedando suspendido el vínculo contractual hasta que ésta se produzca.

Hay un autor que afirma que las vacantes se pueden producir por diferentes vías, bien por despido, jubilación, fallecimiento, dimisión de trabajadores o incluso las generadas por cambios de categorías a otros trabajadores que dejan plazas libres para ocupar puestos superiores, entre otras.<sup>39</sup>

La preferencia con la que cuenta el trabajador excedente se establece frente a otros trabajadores o demandantes de empleo que, como el excedente, pretendan acceder a ese puesto de trabajo.

Si el empresario se niega a incorporar al trabajador en el momento de la solicitud por inexistencia de vacante, no hay despido. En este caso el trabajador podrá accionar su derecho de reingreso, vía judicial, y si prueba que no existe vacante alguna, se desestimara la demanda y el trabajador quedará en expectativa a que se produzca una vacante.

Si por el contrario se demuestra que existía vacante, el juez ordenará el inminente reingreso del trabajador y la correspondiente indemnización por daños, a cargo del empresario, de los salarios dejados de percibir desde la fecha en que se produjo la solicitud y, debió producirse la reincorporación, hasta la fecha de la efectiva readmisión.

---

<sup>39</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*, op.cit., p.104

El hecho de que el empresario tenga la libertad de ocupar o amortizar la plaza vacante del trabajador excedente supone un obstáculo para el trabajador a la hora de alcanzar su reingreso.

El Tribunal Supremo establece que: "...al no venir obligada la empresa por ley a la reserva de la plaza, es evidente que su decisión de disponer de la vacante producida por la excedencia ha de considerarse un ejercicio lícito, correcto y no abusivo de sus facultades de organización y dirección de trabajo."<sup>40</sup>

No se trata de un derecho ilimitado para el empresario puesto que tanto la cobertura como la amortización de la vacante debe realizarse con anterioridad a la solicitud del reingreso del trabajador excedente. Este derecho no puede estar condicionado exclusivamente a la voluntad del empresario.

Pueden darse múltiples situaciones, que a la hora del trabajador solicitar su reingreso, éste no pueda hacerse efectivo. Es el caso del cierre de la empresa, la posibilidad de que existan o se puedan producir, en un futuro, vacantes es imposible. Ante esta circunstancia, deberá considerarse su situación a efectos de que obtenga la adecuada compensación pero el problema es determinar contra quien podrá dirigir la correspondiente acción.

Otra situación que se puede presentar, según la doctrina laboral, es en caso de un expediente de regulación de empleo (ERE), que el trabajador se encuentre disfrutando del periodo de excedencia y éste se lleve a cabo en ese momento. Para que el trabajador pueda impugnar la decisión empresarial, debe haber solicitado adecuadamente el reingreso y que haya finalizado el periodo de excedencia. Solo de esa manera estará legitimado para reclamar su derecho de exclusión del ERE y ocupar la vacante, en el que caso de que existiera.

El autor también contempla la posibilidad de que pueda ocurrir también, en cuanto a saber si existen o no vacantes, un cambio de titularidad durante el transcurso del periodo de excedencia voluntaria. Ante esta situación, el nuevo propietario, que adquiere, tanto los derechos como las obligaciones de la empresa, estará obligado a hacer efectivo el derecho preferente de reingreso del trabajador, sobre las vacantes

---

<sup>40</sup> STS 30 noviembre 2012 rec. 3232/2011

adecuadas, con independencia de que el centro de trabajo en el que se produzca no sea el afectado por el cambio.<sup>41</sup>

Otra situación a analizar sobre esta materia es en torno a la descripción que hace el ET en el art. 46.5 cuando dice: “...*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*”.

El ET no establece, expresamente, que la incorporación se realice forzosamente en el puesto que el trabajador ocupaba antes de la excedencia pero tampoco dice que se realice en cualquier puesto, sino en aquellos iguales o similares a su categoría.

En este sentido, el autor afirma que, no hay dudas al interpretar la expresión “*en la misma categoría*” a la que se refiere el ET, entendiéndose, por ella, que el trabajador regresara a una vacante a la que pertenecía antes de comenzar la excedencia voluntaria.<sup>42</sup>

Mayores problemas plantea definir “*vacante de categoría similar*”. El ET no especifica nada al respecto, por lo que podemos entender que se refiere a todas aquellas categorías incluidas dentro del grupo profesional de referencia.

Se entiende por grupo profesional, según el art. 22.2 del ET “*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*”.

Pues bien, tras la reforma aprobada por Real Decreto Ley 3/2012, y de acuerdo con el nuevo art. 22, el sistema de clasificación profesional sigue teniendo que ser establecido por convenio colectivo o acuerdo entre empresa y representante de los trabajadores pero se eliminado por completo el concepto de categoría profesional girando en torno solo al grupo profesional.

El que ahora se contemple la posibilidad de que el trabajador se pueda incluir en cualquier función dentro del mismo grupo profesional o incluso se contemple la posibilidad de realizar distintas tareas o funciones aunque sea en otro grupo profesional, se ha pretendido dar un juego más flexible al grupo profesional permitiendo una visión

---

<sup>41</sup> Arguelles Blanco, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*. Op. cit., p. 348 -350

<sup>42</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*, op.cit., p.105

más amplia de tareas que pudieran ser asignadas al trabajador bajo el poder de dirección del empresario.

Los problemas que trae consigo esta reforma es, hasta que límites tiene el empresario capacidad para poner en práctica los mecanismos de movilidad funcional y por otro lado, el problema de la adecuada clasificación profesional asignada al trabajador, la cual debe ser llevada a cabo entre trabajador y empresario, art.22.4 ET.

Por tanto, el reingreso debe lograrse, en primer lugar, en un puesto de la misma categoría, y de no ser posible, se pasaría a un puesto de similar categoría.

La ventaja con la que cuenta el trabajador, con respecto a esa vacante de similar categoría es que, supone un mecanismo de seguridad, en el caso de que la categoría a la que pertenecía el trabajador haya sido eliminada o haya pasado a estar ocupada por personal de la empresa de grupos superiores.

Si accede a tal categoría, su situación contractual cambia, por lo que se aplicarían las condiciones propias del puesto de trabajo que vaya a ocupar y no las que tenía antes de comenzar la excedencia voluntaria.

En definitiva, está totalmente prohibido colocar al trabajador en una categoría o grupo profesional inferior. Solo se podrá colocar al trabajador en un puesto inferior a su categoría, mediante negociación colectiva, y siempre y cuando sea de carácter temporal mientras el trabajador espera a que se produzca una vacante de su categoría profesional o similar.<sup>43</sup>

#### 4.2.2 Lugar y condiciones de reingreso

A la hora de solicitar el reingreso surge también el problema del puesto donde va a ser reincorporado el trabajador. En el caso de la excedencia forzosa no existe este problema, debido a que hay una reserva del puesto, y por tanto, el trabajador se va a reincorporar en su puesto de trabajo en la misma localidad donde se encontraba.

Parte de la doctrina afirma que el reingreso solo puede producirse en la misma localidad donde el trabajador tenía su puesto de trabajo.<sup>44</sup> Si el reingreso se produjera en un centro de trabajo de distinta localidad, el trabajador podría presentar una demanda

<sup>43</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*, op.cit., p.104-109

<sup>44</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*, op.cit., p.109

alegando la existencia de movilidad geográfica o, en su caso, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, en base a los art. 40 y 41.4 ET.<sup>45</sup>

“En la actualidad, según un autor, la posibilidad del trabajador de demandar a la empresa en base a una supuesta movilidad geográfica o modificación sustancial de las condiciones de trabajo ha quedado totalmente descartada, pues es inviable pensar en la existencia de un traslado indebido cuando el trabajador excedente voluntario no ocupa plaza alguna en la empresa, no es considerado un trabajador en activo de la plantilla y, por ende, no presta servicio alguno en aquella. En consecuencia, no se produce traslado ninguno, sino un mero ofrecimiento tras una situación de excedencia.”<sup>46</sup>

Otra parte de la doctrina afirma que la reincorporación se puede producir en cualquier localidad donde la empresa tenga una vacante disponible. En relación con el art. 46.5 del ET, éste establece expresamente que el derecho preferente al reingreso se puede producir en vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera en la *empresa*. Si nos llevamos por esta interpretación podemos entender que el ámbito donde puede producirse la vacante es en la empresa, no refiriéndose al centro de trabajo concreto.<sup>47</sup>

En este sentido, el empresario no podrá desconocer su derecho aunque las vacantes correspondan a localidades distintas en la que estaba su puesto de trabajo. Si el empresario ofrece una plaza en un lugar distinto al de origen y es rechazada por el trabajador, se producirá la extinción del contrato de trabajo salvo que hubiera un acuerdo sobre la preferencia de la misma.<sup>48</sup>

Caso distinto sería que, existiendo plaza en el centro de trabajo de la misma localidad, la empresa hubiera ofrecido al trabajador un puesto en una localidad diferente. Estaríamos ante un supuesto de ofrecimiento de mala fe o fraudulento, lo que conllevaría a la estimación de la demanda de despido interpuesta por el trabajador y como consecuencia, la calificación del contrato de trabajo como improcedente.<sup>49</sup>

Hay casos en los que los Convenios colectivos, apoyándose en el art. 46.5 del ET, completan el régimen jurídico de la excedencia voluntaria y posibilita, de manera

<sup>45</sup> STS 4 febrero 2015 rec. 521/2014; STS 17 junio 2014 rec. 2098/2013

<sup>46</sup> Benet Escolano, J. *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*. Op.cit.,p.276

<sup>47</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*, op.cit., p.110

<sup>48</sup> Arguelles Blanco, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*. Op. cit., p. 368

<sup>49</sup> Benet Escolano, J. *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*. Op.cit.,p.278

expresa, que el reingreso se produzca en otra localidad diferente. También pueden contemplar la posibilidad de esperar a que se produzca una vacante en el centro de trabajo de origen, prorrogando así su situación de excedencia o incluso establecen la obligación de que el reingreso se lleve a cabo en el centro de trabajo de origen donde venía prestando servicios de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria.

La doctrinal laboral afirma que el trabajador se debe reincorporar en las mismas condiciones que tenía al comenzar la excedencia voluntaria pero ésta debe interpretarse de manera amplia. Pueden producirse modificaciones en cuanto a las condiciones de trabajo, en el caso de que haya sido reincorporado en un puesto de una categoría similar o haber modificaciones salariales ya que el trabajador tendrá derecho a las retribuciones del puesto del trabajo que ocupe al reingresar y no a las originarias.

Con respecto a los horarios o turnos de trabajo, pueden producirse cambios, como reducción de jornada, incrementos salariales, aumento de vacaciones, etc. todo ello a consecuencia de lo pactado en los sucesivos convenios colectivos.<sup>50</sup>

#### 4.2.3 El derecho preferente de reingreso

El derecho preferente con el que cuenta el trabajador a la hora de solicitar el reingreso presume de ser absoluto, pero pueden darse situaciones en que ese derecho absoluto se relativice.

Es el caso de trabajadores que, a pesar de no encontrarse en excedencia voluntaria, tengan un derecho preferente a ocupar la plaza vacante. Son aquellos casos en los que el trabajador se encuentra en situación de suspensión o excedencia forzosa.

También pueden surgir problemas entre un trabajador excedente y un trabajador en activo, cuando la empresa pretenda cubrir la vacante a través de mecanismos de promoción interna. Esto solo se considera válido si se realiza antes de la solicitud de reincorporación del excedente voluntario. La vacante también se puede cubrir a través de procedimientos de concurso de traslado de trabajadores de igual categoría.

---

<sup>50</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*, op.cit., p.111

De igual manera, plantea problemas cuando un trabajador excedente coincide con un trabajador en activo con derecho a ser ascendido. La jurisprudencia ha defendido en estos casos que el derecho del excedente se subordina al del trabajador en activo pero sin embargo, la doctrina, no es favorable a admitir que se prefiera el derecho del trabajador en activo cuando el ascenso se produce por decisión unilateral del empresario.<sup>51</sup>

Cuestión que plantea dudas, también es en el caso de que, a la hora del trabajador solicitar el reingreso, existan múltiples vacantes. El trabajador, primeramente optaría por ocupar la plaza de la misma categoría profesional y en su defecto, una similar. En caso de no existir ninguna de éstas y si del mismo grupo profesional, el trabajador podría optar entre las distintas plazas.

En definitiva, como dice parte de la doctrina, la preferencia se podría llegar a establecer, por consiguiente, solo respecto a trabajadores de nuevo ingreso.<sup>52</sup>

Otro aspecto que gira en torno a este derecho preferente es cuando coincidan varias solicitudes de trabajadores excedentes a reincorporarse y aspiren a ocupar el mismo puesto de trabajo, es la denominada concurrencia de solicitudes.

El ET, nuevamente, incurre en un vacío legal, ya que no prevé nada sobre esta cuestión. Son los convenios colectivos los que regulan los casos de concurrencia y éstos establecen mecanismos para determinar la preferencia en el reingreso y señalan que éste se efectuara por orden de la presentación de solicitudes o según la fecha de la caducidad de la excedencia, si coincidieran en la fecha de la solicitud del reingreso.

Otro criterio que han tenido en cuenta para esta preferencia es la de la antigüedad de trabajadores en la empresa, utilizando este criterio como un factor a tener en cuenta a la hora de determinar que trabajador excedente voluntario cuenta con mejor derecho.

Por ello, la doctrina y la jurisprudencia también afirman que en caso de concurrencia, la postura más lógica es la de otorgar la plaza vacante a aquella solicitud de reincorporación primera inicialmente en el tiempo ya que su solicitud actualiza el

---

<sup>51</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*, op.cit., p.114

<sup>52</sup> Arguelles Blanco, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*. Op. cit., p. 371

derecho del trabajador, y en ausencia de vacante, queda en suspenso antes de que concurra con tal situación otro trabajador excedente voluntario con igual derecho.<sup>53</sup>

Y por último, en el caso de que el empresario ocupe la vacante con un nuevo trabajador y no con el trabajador excedente se presumirá nulo el contrato en todos sus efectos, en base al art. 6.3 Código civil.<sup>54</sup>

## 5. LA DEFENSA DEL TRABAJADOR FRENTE LA RESPUESTA EMPRESARIAL

### 5.1 La aceptación del empresario y las condiciones de trabajo

La doctrina opina que, en el caso de que el empresario opte por reincorporar al trabajador tras el reingreso, éste debe hacerse en las mismas condiciones que tenía anteriormente al disfrute de la excedencia, respetándose las que tuviera reconocidas y las que se hayan pactado durante el tiempo de excedencia. Este reingreso no tiene por qué producirse en el mismo puesto sino que los Tribunales consideran adecuado cualquier otro puesto de trabajo comprendidos en la misma o similar categoría. En caso de colocarse en una categoría similar, las condiciones serán las propias de dicho puesto.

Además, durante la excedencia, la antigüedad del trabajador en la empresa se interrumpe, por lo que una vez se reactive el derecho de reingreso y se haga efectivo el mismo, deberá comenzarse a computar de nuevo este plazo desde el mismo día que se reincorpore, acumulándose al periodo que tuviera antes de haber iniciado el disfrute de la excedencia. Este periodo de excedencia tampoco computará a efecto de vacaciones.

Al igual que, al trabajador se le reanuda la obligación de trabajar, al empresario se le activa la obligación de abonar el salario correspondiente, teniendo que abonar el fijado en ese momento, ya que pueden haber habido actualizaciones en la normal legal o convencional.

---

<sup>53</sup> Benet Escolano, J. *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*. Op.cit., p.273

<sup>54</sup> El art. 6.3 del Civil dice que: “Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en aquellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.”

Pero lo que ocurre habitualmente, en la actualidad, es que la solicitud de reingreso por el trabajador no se haga efectiva, bien porque no existe vacante alguna, es decir, el empresario reconoce el derecho pero rechaza el momento de la reincorporación, bajo el pretexto de que no existen vacantes o que no se satisface por estimarse que no cumple la condición necesaria de existencia de vacante de igual o similar categoría. En este caso el trabajador podrá interponer una acción declarativa de reconocimiento de existencia de vacantes.

En el caso de que existiendo vacante, el empresario no solo niegue de manera rotunda e incondicionada la reincorporación del trabajador sino que además el empresario de por extinguido el vínculo laboral, el trabajador podrá interponer una acción de despido cuando se produzca tal circunstancia.

Según la doctrina, estas dos acciones son totalmente diferentes, no pudiendo optar el trabajador por una u otra de manera indistinta sino que cada una le protege de circunstancias diferentes, por lo que una equivocación de la elección de la acción le puede suponer un rechazo por parte de los Tribunales.

Otra diferencia que presentan estas acciones es que, la acción declarativa está sujeta a un plazo de prescripción, teniendo el plazo de un año el trabajador desde el momento que tiene conocimiento de que existen vacantes mientras que la acción de despido está sujeta a un plazo de caducidad de 20 días a partir de la que fecha en que se entiende extinguido el contrato de trabajo.<sup>55</sup>

Es conveniente analizar estas acciones alternativas y no optativas, por separado, con el fin de averiguar cuál es la acción correcta a utilizar en cada situación por el trabajador.

## 5.2 La acción declarativa

La acción declarativa únicamente puede ser ejercitada en aquellos casos en los que el empresario responde negativamente a la reincorporación del trabajador alegando

---

<sup>55</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*, op.cit., p.116

falta o inexistencia de vacantes que puedan ajustar a su misma o similar categoría profesional.

El excedente puede entender que la “no existencia” de vacante apropiada sea falsa pudiendo reclamar, por vía jurisdiccional, y haciendo valer su derecho, a través de la acción declarativa, en la que el trabajador debe demostrar la existencia de la relación laboral, la situación de excedencia y la solicitud de reingreso, presentada en tiempo y forma.<sup>56</sup>

En el caso de que la presentación de datos inequívocos y concluyentes ponga de manifiesto la voluntad del empresario a extinguir el vínculo contractual del trabajador excedente voluntario, podrá interpretarse la existencia de un verdadero despido.<sup>57</sup>

Cuando el trabajador lleve a cabo esta acción y demande a la empresa, es al trabajador a quien le corresponde probar la existencia de la vacante en cuestión pero esta situación es insostenible puesto que el trabajador se encuentra desvinculado a la empresa y no puede acceder a la información necesaria para ello.

Por ello la jurisprudencia y la doctrina han determinado que la prueba ha de recaer sobre el empresario y no precisamente tiene que probar la existencia de la vacante sino todo lo contrario.

Para llevar a cabo el ejercicio de la acción, se acudirá al proceso laboral ordinario. Si el juez declara la existencia de una vacante, se le reconocerá el derecho del excedente voluntario a ocuparla así como el reconocimiento de las medidas necesarias para lograr la efectividad del derecho de reincorporación, imponiéndose el reingreso forzoso del excedente.<sup>58</sup>

“Esta acción se encuentra sujeta al plazo de prescripción de un año que establece el art.59.1 ET<sup>59</sup> y, en esa medida, ejercitada la misma por el trabajador, la empresa demandada no puede pretender su caducidad. Debe conectarse su *dies a quo*, esto es, el momento a partir del cual comienza a computarse el plazo. Una interpretación muy

---

<sup>56</sup> Arguelles Blanco, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*. Op. cit., p.382

<sup>57</sup> Benet Escolano, J. *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*. Op.cit.,p.342

<sup>58</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*. Op.cit., p. 119-120

<sup>59</sup> El art. 59.1 del ET establece que: “*Las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación.*”

estricta fijaría el mismo en el momento en que se produce la vacante, con independencia de que el excedente conozca o no su existencia.”<sup>60</sup>

Esta situación daría lugar a una pérdida del derecho del trabajador. Por ello, la jurisprudencia obliga al empresario a comunicar al trabajador la existencia de vacante cuando se produzca para así poder ejercer su derecho. El empresario solo podrá alegar la prescripción si demuestra que el trabajador tenía conocimiento de la vacante desde hacía más de un año.

Por tanto, el cómputo del plazo de prescripción que fija el art.59.1 coincidirá con la fecha en la que el trabajador tenga conocimiento de la existencia de la vacante aunque hay una parte de la doctrina y jurisprudencia que opinan que el plazo empieza a computar desde el día en que se produce la vacante.

Por último, a través de esta acción no es posible la reclamación de salarios, ya que la relación laboral ha permanecido interrumpida, a pesar del empresario no haber facilitado el reingreso ni haber existido vacante. Tampoco podrá ser reclamado el abono de los salarios de tramitación.

Si existe una sentencia estimatoria a favor del trabajador en la que se reconoce la existencia de una vacante y la negativa del empresario a reconocer la misma, si que se podría plantear una reclamación por daños y perjuicios al empresario en base a los salarios dejados de percibir.

### 5.3 La acción por despido

A diferencia de la acción declarativa, la acción por despido se lleva a cabo cuando, habiendo existencia de vacantes, el empresario se niega rotundamente e incondicionadamente a la reincorporación del trabajador o cuando la actitud empresarial sea de silencio, al no responder a la demanda de reingreso, es decir, un despido tácito. Ante esta situación, el empresario deberá demostrar las causas por las que se ha despedido al trabajador de acuerdo con el art.55.1 ET

---

<sup>60</sup> Arguelles Blanco, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*. Op. cit., p383

El proceso que se utiliza en la acción por despido no es el proceso laboral ordinario sino la modalidad procesal de despido disciplinario<sup>61</sup>. A priori no estamos ante un supuesto que encaje dentro de este procedimiento pero se ha hecho necesario incluir todas aquellas actuaciones que nacen de la voluntad propia de la empresa impidiendo la continuación de la relación laboral.

En este caso, la prueba de la vacante no está destinada a averiguar la existencia o no de vacante sino que se centra en que el empresario demuestre esa presunta ruptura de la relación laboral.

Esta acción está sujeta a un plazo de caducidad, regulado en el art.59.3 del ET, un plazo breve, que a diferencia del plazo de prescripción de un año de la acción declarativa, hace que el trabajador se encuentre menos seguro ya que el empresario puede llevar a cabo actuaciones confusas que lleven a lograr el agotamiento del plazo y liberarse de todo tipo de obligaciones.

En el plazo de caducidad, al igual que en el plazo de prescripción, se plantean dudas al determinar el momento en el que comienza a computar el plazo. Teniendo en cuenta que éste es un plazo mucho más reducido, entendemos que empieza a computar desde que el trabajador toma conocimiento de la intención del empresario a no continuar con la relación contractual que los une.

Por último, en cuanto a los efectos procesales de esta acción, ésta admitía dos variantes. Por un lado la desestimación de la demanda por no ser la acción apropiada al caso y por otro lado, que la calificación de la actuación empresarial como procedente, improcedente o nula, si la acción de despido es la adecuada al caso concreto.

La actual regulación ha eliminado cualquier tipo de posibilidad legal a la hora de interpretar una situación de excedencia voluntaria como una autentica suspensión del contrato de trabajo<sup>62</sup>, eliminándose la declaración de despido nulo en los supuesto de suspensión en los que no hubiese una justa causa extintiva, excepto en aquellos casos en los que la negativa del empresario constituyese una actuación discriminatoria o violatoria de derechos fundamentales o libertades públicas.

---

<sup>61</sup> Este procedimiento está regulado en los artículos 103 a 113 de la Ley 36/2011 de Jurisdicción Social

<sup>62</sup> Benet Escolano, J. *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*. Op.cit.,p.382

Parece ser la respuesta más lógica puesto que si lo que pretende el empresario es extinguir el contrato, sin una justa causa extintiva, estamos ante un vicio material, que se reconduce a la declaración de improcedencia.

Ésta concede al empresario la opción entre extinguir el contrato pagando una indemnización de 33 días por año de servicio con un máximo de 24 mensualidades.

La jurisprudencia estima que esos salarios se abonarán desde que se formalice la pretensión judicial, no desde que se produce la vacante. Además cierta doctrina ha defendido el abono de una indemnización por daños y perjuicios, al igual que en la acción declarativa.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Gorelli, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*, op.cit., p.129-135

## CONCLUSIÓN

Este trabajo se ha realizado con la intención de demostrar que la figura jurídica de la excedencia voluntaria es mucho más compleja de lo que aparenta ser, y de la gran cantidad de vacíos legales que encontramos en su regulación.

Su naturaleza jurídica, hoy en día, no se ha conseguido definir lo que ha llevado a importantes debates entre la doctrina laboral para determinar si se trata de una figura extintiva o suspensiva.

El entender la excedencia voluntaria como un supuesto extintivo supone entender una ruptura del vínculo contractual, hecho que en la excedencia voluntaria no ocurre.

Parece ser que la postura mayoritaria, y más acertada, ha sido la de considerar la excedencia voluntaria como un caso de suspensión, ya que la relación laboral continúa viva aunque debilitada. Esta figura presenta determinadas particularidades, que se diferencian del resto de modalidades de excedencias, de ahí a que se considere un caso de suspensión especial.

Una primera particularidad de la excedencia voluntaria es la ausencia del motivo causal, es decir, la empresa debe reconocer este derecho sin que el trabajador tenga que expresar cuáles son sus motivos para disfrutar de la misma.

En la excedencia voluntaria el único requisito indispensable que tiene que tener el trabajador para acceder a este derecho es la antigüedad, concretamente un año.

Es debido a la escasa regulación del Estatuto de los Trabajadores lo que ha provocado que se generen múltiples problemas en torno a esta figura, tanto desde el momento de su solicitud hasta el momento de su reingreso.

En relación con la duración de la excedencia, es la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva entre hombre y mujeres, donde se llevó a cabo la última modificación en cuanto a la duración de la excedencia, reduciendo el plazo de dos años en cuatro meses, permitiendo así al trabajador un reingreso más próximo o incluso dándole la posibilidad de prorrogar su situación de excedencia de manera más flexible.

Por otra parte, el pilar fundamental sobre el que se sustenta el régimen jurídico y el contenido de la excedencia voluntaria está relacionado directamente con sus efectos.

El efecto básico de la excedencia voluntaria es la exoneración de las obligaciones de prestar servicios por parte del trabajador y las de remunerar dicho trabajo, por el empresario. Las únicas obligaciones que quedarían vigentes son aquellas de carácter accesorio que no tuvieran vinculación con alguna de las obligaciones básicas.

El tema de la concurrencia desleal ocasiona, sin duda alguna, múltiples problemas interpretativos en la práctica, a la hora de conocer exactamente cuál es el ámbito de aplicación de esta materia, esencialmente regulado por la negociación colectiva. Por lo que he intentado exponer los puntos fundamentales sobre los que se basa esta prohibición y las consecuencias de su incumplimiento.

Sin embargo, considero que el punto que más conflictividad se genera, dentro de la figura jurídica de la excedencia, es el momento de solicitud de reingreso por parte del trabajador excedente voluntario.

El ET no establece ningún plazo de preaviso para solicitar el reingreso así como tampoco recoge el procedimiento para llevarlo a cabo. A partir de esta normativa no hacen más que surgir múltiples circunstancias y problemas interpretativos que no hacen más que dificultar el objetivo principal del trabajador de lograr la efectividad de su reingreso en la mayor brevedad posible.

Otra cuestión que dificulta el posible reingreso del trabajador es la existencia o no de vacantes en el momento de solicitar dicho reingreso. Cabe también la posibilidad de que el empresario haya amortizado la plaza o incluso, que viene siendo habitual, el empresario ponga obstáculos para hacer efectivo dicho reingreso. Asimismo, el trabajador puede verse afectado por una modificación sustancial de las condiciones de trabajo o, en su caso, una movilidad geográfica.

Sin duda otros de los problemas que genera el reingreso del trabajador es ese derecho preferente con el que cuenta el trabajador que puede verse condicionado ante ciertas situaciones particulares como puede ser ante la preferencia de un trabajador que tenga un derecho mejor, como aquellos que se encuentren en situación de suspensión o excedencia forzosa o en caso de promoción interna, siempre y cuando, ésta se lleve a cabo antes de la solicitud de reingreso del trabajador excedente voluntario.

Es por ello que he considerado este punto como el más conflictivo y complejo que tiene la figura jurídica de la excedencia voluntaria.

El último punto, y no por ello menos importante, que he abordado en este presente trabajo ha sido el de exponer las acciones de defensa con las que cuenta el trabajador con el fin de que pueda lograr la efectividad de su reingreso.

Actualmente, es habitual que a la hora de solicitar el reingreso, este no se haga efectivo, bien porque no existe vacante o, en el caso de que exista, el empresario se niegue a reincorporar al trabajador y de por finalizada la relación contractual.

Por un lado la acción declarativa, es utilizada cuando el empresario alega la no existencia de vacante apropiada pero reconoce el derecho de reingreso. En caso de que el trabajador tenga la certeza de la existencia de una vacante podrá interponer esta acción a través del proceso laboral ordinario teniendo en cuenta que se encuentra sujeta a un plazo de prescripción de un año para llevar a cabo dicha acción.

Y por otro lado, la acción de despido se lleva a cabo cuando, habiendo vacantes, el empresario se niega rotundamente a incorporar al trabajador. Esta acción se lleva a cabo a través de la modalidad procesal de despido disciplinario sujeta a un plazo de caducidad de 20 días desde el momento en que el trabajador conoce la intención del empresario de no continuar la relación contractual.

En definitiva, mi principal objetivo durante la realización de este trabajo ha sido, en referencia a la excedencia voluntaria, intentar discernir todas y cada una de las posibilidades legales o convencionales con las que cuenta un trabajador a la hora de solicitar su derecho de excedencia voluntaria, así como el procedimiento a llevar a cabo y finalmente las posibles vías que tiene para hacer valer su derecho de reingreso frente al empresario.

## BIBLIOGRAFÍA

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

GORELLI, J.: *Las excedencias del derecho del trabajo*. Comares, Granada, 1998

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

ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*. Aranzadi, Pamplona, 1997.

DOMÍNGUEZ FERNÁNDEZ, J.J.: *Excedencia voluntaria y competencia desleal*. p. 4-12.

Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva entre hombres y mujeres

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo.

Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.