

## **LAS SUSPENSIONES CONTRACTUALES Y LAS EXCEDENCIAS**

**JUANA MARÍA SERRANO GARCÍA, TU de la UCLM (Fac. Ciencias Sociales de Talavera de la Reina)**

---

### **1. INTRODUCCIÓN**

En el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores se regulan las situaciones suspensivas del contrato de trabajo. Dicho precepto no se caracteriza por ser demasiado detallado, en tanto que se limita a enumerar las causas que pueden justificar el recurso a la suspensión contractual, deteniéndose de forma muy breve en sus efectos, como son la exoneración de trabajar por parte del trabajador y la de remunerar por parte del empresario; además es poco exhaustivo, en tanto que encontramos otras situaciones de suspensión fuera de este precepto. Las causas que pueden justificar la suspensión no están todas comprendidas en el art. 45 ET, dado que localizamos otras fuera de este precepto e incluso de esta Ley, ya que la propia negociación colectiva puede ampliarlas, si bien, sólo a efectos laborales, porque son indisponibles las normas relativas a la Seguridad Social.

Así pues, hay que admitir que el art. 45.1 ET contiene un listado abierto, pues de lo contrario no se podría reconocer efectos suspensivos a otros supuestos no contemplados en dicho artículo, como son la excedencia por cuidados familiares (art. 46.2 ET), la excedencia por ejercicio de funciones sindicales (art. 46.3 ET), la declaración de invalidez permanente en grado de incapacidad total, absoluta o gran invalidez con previsión de revisión por mejoría (art. 48.2 ET), el permiso para fines formativos, cuando no se mantengan los derechos salariales (art. 23.1 .b) ET, o el inicio de una relación laboral de alta dirección, cuando se deja en suspenso la anterior relación de carácter común (Real Decreto 1382/1985).

Este trabajo no abordará de forma global todas las características y detalles de cada una de las causas sino que se detendrá, básicamente, en los problemas jurídicos que recientemente se han planteado en la jurisprudencia, así como, en las novedades incluidas en algunas causas de suspensión que han sido objeto de las últimas reformas laborales llevadas a cabo por el RD 295/2009, de 6 de Marzo, que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia y por el RD 10/2010, de 16 de Junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. La razón de que este estudio se ciña a aspectos puntuales de cada una de las causas y no realice un análisis general de cada una de ellas se debe a los interesantes, rigurosos y recientes estudios teórico-doctrinales que se han elaborado sobre esta materia<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Precisamente las numerosas cuestiones que suscita esta intervención han justificado el surgimiento de interesantes trabajos al respecto, como el de P. RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica y supuestos legales*, Albacete, Bomarzo, 2007 o artículos de interés como el de M.A

## 2. JUSTIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO

Existen numerosas teorías en torno a la naturaleza jurídica de la suspensión y la profesora Rivas Vallejo hace un exhaustivo y crítico recorrido por todas ellas<sup>2</sup>, llegando a la conclusión de que la más aceptada por la doctrina española es la que justifica la suspensión sobre la teoría de la estabilidad en el empleo y la seguridad en el trabajo, ambos principios inspiradores del Derecho del Trabajo. El primero tiene su correlación en el principio civilista de “conservación del negocio jurídico”, cuya finalidad es la conservación del contrato y la continuidad de la relación laboral en beneficio del trabajador, porque el contrato es para éste algo más que un mero vínculo jurídico. El bien jurídico protegido es el puesto de trabajo, no se trata de un negocio jurídico cualquiera, en tanto que éste constituye un medio de vida para el trabajador y su familia. Por esta razón, el sujeto tutelado por las normas que regulan la suspensión del contrato de trabajo es el propio trabajador<sup>3</sup>.

No olvidemos que el contrato de trabajo es un contrato de *tracto continuado* durante cuya ejecución puede encontrarse con dificultades que de forma temporal impidan su desarrollo. El ordenamiento jurídico-laboral otorga efectos especiales a dichas dificultades, considerándolas causas de suspensión del contrato, entendiendo que sería desproporcionado que siendo vicisitudes de carácter temporal pudieran provocar su extinción. La suspensión de la relación de trabajo supone una interrupción temporal de sus efectos, por ello el elemento temporal es determinante ya que, antes o después, la relación laboral debe volver a cobrar efectos, no estaríamos ante una suspensión si fuera posible la no reiniciación de la relación laboral, salvo que ambas partes así lo decidieran.

A tenor de lo dicho, hay que admitir que cuando el *contrato de tracto continuado*, como es el de trabajo, sufra algún impedimento que temporalmente no le permita continuar, éste no se extingue, sino que se suspende y el trabajador suspendido siempre conservará su puesto de trabajo, es decir, siempre tendrá derecho a reincorporarse. Un sector de la doctrina llega a afirmar que no es propiamente un efecto de la suspensión, sino del mismo contrato que vincula permanentemente a las partes, de forma que la conservación del puesto de trabajo es un efecto de la propia naturaleza “permanente” del contrato, que se ejecuta de modo continuado en el tiempo<sup>4</sup>.

---

MARTINEZ GIRÓN MACHUCA, “La suspensión del contrato de trabajo (Naturaleza jurídica y supuestos legales)”, *Actualidad Laboral*, nº 15, 2008.

<sup>2</sup> P. RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica...*, op. cit., p. 32-68. Después de analizar todas las posibles teorías sobre las que se puede sustentar la suspensión del contrato esta autora afirma que la más coherente con la naturaleza de la relación laboral es la de “colisión de los deberes o facultades de imposible ejercicio simultáneo”.

<sup>3</sup> Algunos autores defienden que los beneficiarios de la suspensión no son sólo los trabajadores sino también los empresarios, e incluso hablan de un tercer beneficiado, como es el mercado de trabajo, en tanto que se evita su desorganización masiva, en este sentido: YAMAGUCHI, *La théorie de la suspension du contrat du travail: ses applications pratiques dans le droit des pays membres de la Communauté Européenne*, Paris, 1963, citado por P. RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica...*, op. cit., p.65.

<sup>4</sup> P. RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica...*, op.cit., p.116.

El art. 48.1 ET reconoce, en general, el derecho del trabajador suspendido a conservar su puesto de trabajo, sin perjuicio de que en unos casos se hable de reserva de puesto, por ejemplo, para la excedencia forzosa, y en otros, sólo se garantice un derecho preferente al reingreso, como es el caso de la excedencia voluntaria (art.46), que frente a la suspensión ordinaria otorga al trabajador una mera expectativa de reingreso, condicionada a la existencia de vacante. El derecho del trabajador a mantener su puesto de trabajo se torna en obligación empresarial de conservar la vacante que deja su ausencia, porque de otra forma, se contravendría el art. 48.1 ET que habla de reserva en todos los supuestos exceptuando los que dependen directamente de la voluntad de los contratantes (art.45.1.a) y b) ET. Una característica que es consustancial a la figura suspensiva es la no extinción del contrato y si no existe reserva, ya no estamos ante una suspensión sino ante una extinción, por lo que sólo sería aceptable que las garantías de reserva fueran mayores o menores, dependiendo del supuesto (como podría ser en la excedencia voluntaria), pero no más<sup>5</sup>.

### **3. EL DEBER DE NO CONCURRENCIA MITIGADO EN ALGUNAS CAUSAS DE SUSPENSIÓN DEL CONTRATO**

La suspensión se configura como un derecho del trabajador cuyo ejercicio tiene efectos sobre la relación laboral, de forma que algunos derechos y obligaciones de las partes se matizan y otros desaparecen, como sucede con la obligación de prestar servicio y de remunerar el trabajo. Ahora bien, durante la suspensión sólo deberían subsistir aquellas obligaciones accesorias que no deriven directamente de las prestaciones principales que se quedan en suspenso, de forma que ciertos deberes no podrán ser exigidos por tener su justificación en la prestación de trabajo o de salario<sup>6</sup>.

La Constitución Española reconoce el derecho al trabajo y el deber de trabajar, así como la libertad para la elección de profesión u oficio y la libertad de empresa, en sus artículos 35 y 38, respectivamente. El ordenamiento jurídico debería establecer una regulación equilibrada en la contraposición de intereses existentes, por un lado, los del trabajador de ejercer la actividad profesional que libremente decida y, por otro, los del empresario de desarrollar su actividad industrial y comercial en el contexto de un sistema de economía de mercado. La regulación equilibrada de tales derechos va a incidir en los criterios sobre los que se sustenta la obligación de “no concurrencia” del trabajador en determinadas situaciones suspensivas.

Teniendo en consideración que el “deber de no concurrencia” con la actividad empresarial en los términos previstos en su art. 21.1 ET, impide que pueda desarrollarse la misma prestación laboral para diversos empresarios, siempre que se estime concurrencia desleal, habría que descartar prohibiciones absolutas de concurrencia en cualquier circunstancia y con mayores razones cuando la relación laboral no está

---

<sup>5</sup> P. RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica ...*, op. cit. p.119.

<sup>6</sup> A nuestro juicio no sería necesario para dejar de requerir el cumplimiento de una obligación accesoria que ésta sea imposible de cumplir independiente de la obligación principal, en este sentido se pronuncia: P. RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica ...*, op. cit., p.2.

activa<sup>7</sup>. La “obligación de no concurrencia no puede significar que el trabajador soporte un menoscabo en su derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, sino que trata de conjugar derechos de las partes implicadas en la relación laboral<sup>8</sup>”. Este derecho, como sucede con otros, no puede ser ilimitado, el legislador determina que vigente un contrato de trabajo sólo queda prohibida aquella actividad laboral que entre en competencia desleal con la del empresario, pero ¿a qué deberíamos atenernos cuando no esté activa la relación laboral?. No se puede entender que el trabajo, por sí mismo, en cualquier otra empresa ya constituye un comportamiento concurrente con el propio empresario y, por tanto, se identifique con la contravención de la prohibición, sino sólo aquel en el que concurra la nota de la “deslealtad”.

No obstante, no todas las situaciones de suspensión del contrato permiten desarrollar otro trabajo al trabajador, habrá que diferenciar el tipo de causa que ha originado la suspensión y admitir el trabajo, incluso el concurrente, en aquellas situaciones suspensivas en las que el trabajador suspendido no percibe indemnización empresarial o prestación de la Seguridad Social. Durante una causa de suspensión del contrato, que no genere derecho a percibir rentas o a una prestación de la Seguridad Social, se deberían mitigar los efectos de la obligación accesoria en la que consiste el “deber de no concurrencia”. Por tanto, habrá que atender a las circunstancias de cada caso, al tipo de trabajo que se preste, a sus condiciones de ejecución, a la relación con el contrato suspendido o con el círculo empresarial en el que éste se inscribe, entre otras<sup>9</sup>, para admitir o no la prestación de servicios en otra empresa.

Así pues, ante determinadas situaciones suspensivas se debe admitir la posibilidad del trabajador de buscarse otra vía de ingresos que procedan de un empleo en otra empresa diferente, siempre que no exista “deslealtad” en la actuación del trabajador. A los caracteres de esta exigencia de “lealtad” se referirá este trabajo más adelante, cuando hablemos de la excedencia por cuidado de hijos, familiares o a la voluntaria. Esta causa suspensiva no está condicionada a ningún requisito limitativo de la futura actividad laboral del excedente, tampoco se le exige que manifieste los motivos o razones que le inducen a solicitar la excedencia. Y ello porque la excedencia voluntaria se configura como un derecho de los trabajadores, no como una concesión de la empresa, que no tiene más limitación que tener cierta antigüedad y unos topes máximo y mínimo de periodos para su disfrute.

#### **4. CAUSAS DE LA SUSPENSIÓN**

Como ya hemos señalado, la suspensión es un derecho del trabajador, no se trata de una mera potestad ejercitable frente al empresario, lo que significa que cuando el trabajador reúna los requisitos legalmente establecidos para acceder a uno de los supuestos suspensivos, el empresario deberá autorizar su ejercicio. Sólo se encuentran dos casos

---

<sup>7</sup>L. AGUILAR DE LUQUE, “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, p. 9 y ss.

<sup>8</sup> N. CISCART BÈA Y R. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, “Prohibición de concurrencia y excedencia voluntaria”, *Aranzadi Social*, 1998.

<sup>9</sup> P. RIVAS VALLEJO estima que en si bien se puede relativizar esta exigencia atendiendo a los criterios citados siempre se requerirá pacto entre las partes que otorgue a la persona libertad de contratación con terceros, *La suspensión del contrato. Naturaleza jurídica...*, op. cit., p. 126

de suspensión: por razones disciplinarias y por nombramiento de cargo público o sindical, en los que no sólo no es únicamente un derecho del trabajador, sino que puede ser impuesto por el empresario. La comisión de una infracción por parte del trabajador le puede acarrear, si así se prevé en convenio colectivo, una sanción consistente en una suspensión temporal de empleo y sueldo, de igual forma que, dependiendo de las circunstancias en que desarrolle un trabajo como cargo público o sindical, el empresario le podría obligar a acogerse a una excedencia forzosa.

Habida cuenta que nos hallamos ante un derecho del trabajador se trata de definir las diferentes causas que pueden justificar su ejercicio. Las causas de suspensión se pueden dividir en tres grupos: causas acordadas por las partes, causas vinculadas a la persona del trabajador y causas empresariales.

Las causas pueden ser acordadas por las partes al inicio de la relación laboral o durante su desarrollo y aquí tendrán cabida todas las que empresario y trabajador consideren oportunas, que no se hayan incluido en el Estatuto de los Trabajadores, así como modificaciones de las legalmente previstas.

Entre las causas vinculadas a la persona del trabajador encontramos todas aquellas situaciones suspensivas en las que no interviene la voluntad del empresario, ni están relacionadas con la empresa, en tanto que ha sido la salud del trabajador –incapacidad temporal, invalidez permanente revisable-, el nacimiento, adopción, acogimiento o tutela de un hijo -suspensión por maternidad o paternidad-, la salud del feto o del hijo –riesgo durante el embarazo y la lactancia-, exigencias externas a la persona del trabajador –servicio militar, prestación social sustitutoria, ejercicio de cargo público o huelga-; la violencia de género sufrida por la trabajadora; la comisión de algún delito con pena privativa de libertad por parte del trabajador, sin se haya dictado sentencia condenatoria firme; o bien, la disminución de su capacidad profesional –pérdida temporal de su aptitud profesional-, las que han generado la necesidad de suspender el contrato.

Las causas de suspensión de carácter empresarial se caracterizan porque interviene la voluntad del empresario, ya sea por razones empresariales –fuerza mayor, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cierre patronal- o por el inadecuado comportamiento del trabajador en la empresa que provoque una infracción laboral –suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias-.

No se puede hacer un análisis global de la institución suspensiva por las peculiares características que tienen cada una de las causas, ello en tanto que si bien en todas ellas se deja de prestar servicios y de percibir salario –con alguna excepción como la ineptitud sobrevenida-, en determinados supuestos suspensivos surge una relación triangular empresario/trabajador/Seguridad Social, que se desenvuelve en dos planos perfectamente diferenciados, el aspecto laboral (relación empresario/trabajador/a: derecho al descanso por maternidad, paternidad, riesgo por embarazo o lactancia, etc.) y el aspecto prestacional o de Seguridad Social (relación Seguridad Social/trabajador/a: derecho al subsidio por maternidad, paternidad, incapacidad temporal, invalidez, riesgo por embarazo, etc.). Aunque ambos aspectos están íntimamente relacionados no pueden confundirse, pues cada uno de ellos tiene su

propia regulación, hasta el punto de que puede existir derecho al descanso (seis semanas obligatorias para la madre trabajadora tras el nacimiento del hijo, situación de baja laboral tras haber agotado periodo máximo y sin declaración de invalidez) y no existir derecho al subsidio de maternidad o a la prestación de incapacidad (por no cumplir alguno de los requisitos del mismo, por ejemplo, no reunir el periodo de carencia o haber superado periodos máximos).

#### **4.1.POR MUTUO ACUERDO DE LAS PARTES (art. 45.1. a) ET) Y POR CAUSAS CONSIGNADAS EN EL CONTRATO (art. 45.1. b) ET)**

En estos supuestos tendrán cabida todas aquellas razones a las que las partes estimen conveniente atribuirles efectos suspensivos y no aparezcan en el listado del art. 45, 46 o 47 ET. El tratamiento de estas dos modalidades de causas en dos apartados diferentes, por un lado, las causas mutuamente acordadas y, por otro, las causas consignadas válidamente en el contrato, se debe al distinto trato jurídico que se otorga a cada una de ellas.

Las que se originan por mutuo acuerdo de las partes no están sometidas a especiales limitaciones y pueden ser incluidas en el convenio colectivo aplicable, mientras que las que se desprenden del contrato de trabajo deben inscribirse en un esquema legal más estricto, por lo que se les exige que su inscripción en el contrato debe ser “válida”, es decir, que respete derechos básicos reconocidos en nuestro texto constitucional y los contenidos en el art.4 ET. La debilidad en la que se encuentra el trabajador frente al empresario durante toda la vida de la relación contractual se manifiesta en su grado máximo al inicio de la relación laboral, y ello justifica que el legislador adopte medidas de precaución frente a posibles situaciones de abuso o fraude de ley.

Precisamente, porque es diferente el momento en el que se negocian, también son distintas las exigencias. La causa de suspensión derivada del acuerdo de las partes puede negociarse durante la vida de la relación laboral o ser pactadas en convenio colectivo. Así por ejemplo, es habitual que se introduzcan causas de suspensión que no están comprendidas en los arts. 45, 46 o 47, objeto de este estudio, como puede ser la causa de suspensión basada en el desarrollo de estudios reglados. Estas causas de suspensión negociadas deben venir plenamente reguladas en el convenio, en el que debe indicarse desde las notas que definan la concurrencia de la causa, hasta el periodo que puede durar esta nueva situación suspensiva, las condiciones que deben reunir los trabajadores, el derecho preferente al reingreso o la reserva de puesto, las circunstancias en las que se desarrollará, es decir, si se le permite el trabajo en otra empresa o no y las consecuencias de su incumplimiento, el cómputo o no del tiempo suspendido como antigüedad, la forma de justificar la causa que da lugar a la suspensión, el plazo para solicitar el reingreso, etc. En algún convenio aislado<sup>10</sup>, se ha considerado la realización de estudios reglados como una causa de suspensión, llegando incluso a someter al trabajador a la obligación de presentar la matrícula realizada ante el organismo correspondiente, así como justificante que acredite haberse presentado a exámenes, siendo su no justificación causa de pérdida al derecho de reingreso, considerando su ausencia como falta injustificada al trabajo, e incluso condicionando el tipo de reingreso

---

<sup>10</sup> CC Condesa Fabril Centro Legutiano, Res. 14 Junio 2005.

en la empresa al porcentaje de asignaturas que el trabajador haya superado, de forma que éste mantendrá el derecho a reingreso automático siempre y cuando supere el 75% de las asignaturas cursadas, previo justificante del centro de estudios oficial.

Las partes pueden introducir cualquier causa nueva no prevista en los preceptos citados o modificar las condiciones de ejercicio de cualquiera de las causas legalmente establecidas, siempre que no se produzca abuso de derecho por el empresario, ni se renuncie a derechos por parte del trabajador, que determinaría la nulidad de lo acordado, así por ejemplo, se puede garantizar la reserva de puesto de trabajo en una excedencia voluntaria, El TSJ de Cataluña en sentencia de 6 de Marzo de 2006<sup>11</sup> declaró vulneradora de los derechos del trabajador la cláusula suscrita en un contrato de trabajo en la que se establecía que por necesidades del servicio, trabajador y empresa acuerdan un periodo de suspensión del contrato de trabajo durante los meses de Agosto y los días comprendidos en las semanas de navidad, año nuevo y reyes, advirtiendo, así mismo, que dichas fechas podrán oscilar en función de las necesidades de la empresa. El tribunal estima que se trata de una causa suspensiva abusiva de derecho por parte de la empresa, que conculca derechos irrenunciables de la trabajadora, al suspender el contrato de trabajo en el periodo de vacaciones para privar a la trabajadora de su retribución, así como en fechas festivas en que la actora no tenía obligación de trabajar pero la recurrente si la obligación de remunerar.

Para estas dos situaciones la ley no prevé cuáles deben ser los efectos de la suspensión, por lo que habrá que estar a lo que pacten las partes, tanto en lo que se refiere al derecho del trabajador a reserva de puesto o derecho preferente al reingreso<sup>12</sup>, el plazo para solicitar la reincorporación a la relación laboral u las obligaciones accesorias que continúan vigentes.

## **4.2. INCAPACIDAD TEMPORAL**

Esta situación suspensiva no viene definida en el Estatuto de los Trabajadores sino en el art. 128 y ss. de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), modificada por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2010 (LPGE), en la que se señala que concurre esta situación durante la “enfermedad común o profesional y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima trescientos sesenta y cinco días, prorrogables por otros ciento ochenta días cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por

---

<sup>11</sup> Rec.595/2004.

<sup>12</sup> La sentencia del TSJ de Cataluña de 5 de Mayo de 2006 (Rec. 220/2005) reconoce la existencia de reserva de puesto de trabajo en una excedencia voluntaria pactada, en la que el trabajador pasaba a prestar servicios en otra empresa del mismo grupo y se le reconocía el derecho de reingreso en las condiciones expresamente estipuladas en aquel pacto. La empresa sostiene que este derecho de reingreso estaba condicionado a la existencia de un puesto de trabajo vacante de características similares; mientras que el trabajador afirma que el derecho de reingreso era incondicionado y automático una vez transcurridos los plazos pactados. A la vista del contenido de aquel pacto que recoge el hecho probado segundo, la conclusión no puede ser otra que la de confirmar en este extremo la sentencia que acoge las tesis del trabajador demandante.

curación”<sup>13</sup>. En el caso de enfermedad profesional también se considerará incapacidad temporal los “periodos de observación”, con una duración máxima de ciento ochenta días, “cuando se estime necesario para el estudio y diagnóstico de la enfermedad (art.128.1.b) LGSS).

Los caracteres generales de esta causa suspensiva están previstos en la Ley General de Seguridad Social, ello sin perjuicio de que la jurisprudencia haya matizado algunas de sus características, que serán objeto de este estudio. En primer lugar, habrá que citar la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)<sup>14</sup> sobre vacaciones e incapacidad temporal que ha provocado la modificación de la tesis que hasta este momento seguía nuestro Tribunal Supremo (TS)<sup>15</sup>. Hasta esta sentencia en nuestros Tribunales se consideraba que si la situación de incapacidad temporal (IT) coincidía, en todo o en parte, con las fechas previstas para disfrutar las vacaciones, el periodo de incapacidad por enfermedad o accidente, que incide negativamente sobre dicho disfrute, no supone una interrupción, suspensión o aplazamiento del periodo vacacional con derecho a disfrutarlo una vez conseguida el alta médica.

A partir del asunto Shultz-Hoff resuelto por el TJCE, se debate el derecho del trabajador al devengo de vacaciones en períodos de IT, incluso cuando ésta se prolonga más allá del año natural de referencia, así como su posible compensación económica, si finalmente la relación laboral se extingue. El Tribunal de Luxemburgo se pronuncia acerca de la necesidad de garantizar un disfrute efectivo de las vacaciones como elemento constitutivo del derecho e insiste en la finalidad diversa de los dos permisos —enfermedad y vacaciones—, que no pueden solaparse si ello supone menoscabo para cualquiera de ellos. Nuestra jurisprudencia exigía que la reincorporación del trabajador tuviera lugar dentro del año natural, ya que en caso contrario el derecho se extingue por caducidad, impidiendo tanto el disfrute posterior de las vacaciones como su compensación en metálico. La STJCE 20 Enero 2009<sup>16</sup> considera, por su parte, que en

---

<sup>13</sup> Una de las modificaciones que ha introducido la Ley 26/2009 es la transformación de los meses en días, ya no se habla de un año o seis meses. En torno a los efectos de esta modificación se pronuncia M.J. ARADILLA MARQUÉS, “Alcance de las últimas reformas en materia de prestaciones de la Seguridad Social (al hilo de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre)”, *Actualidad Laboral*, nº 10, 2010, p. 3, señalando que “esta transformación de meses a días que, en principio pareciera no tener mayores implicaciones, sin embargo, produce un efecto de reducción real del período de IT ya que, a efectos de prórroga a partir de los 365 días, seis meses no equivalen necesariamente a 180 días, podrían ser 181, 182 o incluso 184 días, según el concreto período del año que abarque; si bien, se consigue que sea cual sea el período del año concreto, todos los sujetos puedan acceder al mismo número de días en sus procesos de incapacidad temporal. Por otro lado, este cómputo diario es más coherente con el régimen jurídico de esta prestación, que está diseñada, a fin de cuentas, como un subsidio de carácter diario: en el nacimiento, el cuarto día a partir de la baja, si es contingencia común o al día siguiente si es profesional; en la cuantía, si es por contingencia común, del cuarto al vigésimo día de la baja les corresponde el sesenta por cien, y a partir del vigésimo primero, el setenta y cinco por cien de la base reguladora; incluso en la determinación de los sujetos y entidades responsables, del cuarto al decimoquinto, la empresa será la responsable en los casos derivados en contingencias comunes y, a partir del decimosexto día de la baja comienza la colaboración obligatoria de las empresas, lo que conlleva el oportuno descuento de los días concretos en los documentos de cotización.

<sup>14</sup> Sentencia TJCE de 20 Enero 2009 (Rec.350/2006) —asunto Shultz-Hoff—.

<sup>15</sup> Sentencia del TS de 24 Junio 2009 (Rec. 1542/2008).

<sup>16</sup> Rec. 350/2006.

ningún caso puede supeditarse el derecho a vacaciones anuales retribuidas al requisito de haber trabajado efectivamente durante el período de devengo de las vacaciones anuales sin que, a estos efectos, la Directiva 2003/88 distinga entre bajas laborales de larga o corta duración. Por tanto, incluso en aquellos supuestos en que el trabajador hubiera permanecido de baja por enfermedad durante la totalidad del período anual de referencia, su derecho no se extingue, habiendo de concedérsele la oportunidad de disfrutarlas en el año siguiente, ya que la compensación en metálico únicamente sería posible en caso de extinción contractual<sup>17</sup>.

Otro aspecto polémico de esta causa suspensiva está relacionado con el periodo máximo durante el cual el trabajador puede estar en incapacidad temporal. La duración máxima prevista en el art. 131 LGSS es de trescientos sesenta y cinco días, susceptibles de prórroga por parte de los órganos calificadores del INSS durante ciento ochenta días más. Cada enfermedad es susceptible de iniciar una nueva prestación de incapacidad temporal y un nuevo periodo de incapacidad de forma que si se trata de una recaída de un proceso anterior se acumulan los periodos aunque entre tanto existan momentos de actividad, ello con la excepción de que entre un periodo de actividad y otro hayan transcurrido al menos ciento ochenta días. Atendiendo al tenor literal de la norma hay que entender que una vez alcanzado el periodo máximo en situación de incapacidad temporal habría que proceder a dar el alta al trabajador, si tras un proceso de calificación de invalidez no hubiera sido declarado incapaz, reincorporándose de nuevo al trabajo. Pero, ¿qué sucedería si el trabajador no se encontrara en las condiciones adecuadas de salud y decidiera no volver a su actividad laboral, pese a haber recibido el alta?. Nuestro TS en sentencia de 13 de Febrero de 2007<sup>18</sup> ha manifestado que pese a la falta de incorporación de la trabajadora tras recibir el alta, la empresa está obligada a dar de alta al trabajador transcurrido el periodo máximo de baja y tras haber recibido el alta por parte de la Seguridad Social, independientemente del corto periodo de tiempo transcurrido entre el alta y la “nueva” baja que le otorgan a la trabajadora y de que la trabajadora se haya reincorporado o no a la empresa tras el alta.

La trabajadora debe ser dada de alta por la empresa cuando ésta conoce oficialmente la extinción del anterior proceso de incapacidad temporal (aún sin reincorporación efectiva de la trabajadora), ello pese a que el artículo 100.1 LGSS y los artículos 29.1.1º, 30.1 y 31.1 del RD 84/1996, de 26 de Enero, imponen al empresario la obligación de dar de alta sólo en el caso de que realmente se lleve a cabo la reincorporación, puesto que todos esos preceptos parten de la existencia real de prestación de servicios para que deba surgir la obligación de alta. Si bien es cierto que en la mayoría de los supuestos el alta en la Seguridad Social coincidirá con el inicio de la actividad, o como dice el artículo 100.1 LGSS con el "ingreso" al servicio de la empresa, no cabe que se extienda esa regla ordinaria al supuesto de suspensión, en el que ya existe un vínculo laboral vivo precedente, pues en ellos no se puede "iniciar" una actividad derivada del cumplimiento de un contrato que está vigente y que ya está "iniciada".

---

<sup>17</sup> Sobre este tema, puede consultarse, M.J. LÓPEZ ÁLVAREZ, “Devengo y disfrute de vacaciones en periodos de IT: ¿punto y final?”, *Actualidad Laboral*, nº 20, 2009, M.T. VELASCO PORTERO, “El derecho a vacaciones y las bajas por incapacidad laboral del trabajador”, *Actualidad Laboral*, nº1, 2010 o M. RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERER, “Incapacidad Temporal y Derecho a Vacaciones”, *Relaciones Laborales*, nº 7, 2009.

<sup>18</sup> Rec. 3568/2005.

Independientemente de cuales sean las obligaciones empresariales y de los efectos que pueda tener su incumplimiento para la Seguridad Social, a efectos del cobro de la prestación de IT, hay que decir que para evitar infracciones por parte del trabajador, éste siempre deberá incorporarse en su puesto de trabajo tras el alta, pese a que no goce de un buen estado de salud y a que ello pueda redundar negativamente sobre su rendimiento habitual, no debiendo nunca derivar en un despido<sup>19</sup>. Esta causa suspensión tiene un tope máximo de duración pero las contingencias que puede generarla – enfermedades o accidentes- no atienden siempre a tales límites temporales. Sin embargo, el TS en sentencia de 23 de Junio de 2009<sup>20</sup>, deja claro durante cuánto tiempo y en qué condiciones se tendrá derecho a prestación de incapacidad, denegándosela a una trabajadora que tras haber transcurrido el periodo máximo de la prestación, incluido el plazo de prórroga, vuelve a recaer en situación de incapacidad, antes de que hayan transcurrido ciento ochenta días desde el alta y por la misma enfermedad. El Tribunal entiende que desde una interpretación literal del art. 131.bis.1 LGSS, el derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate; por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente; por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento.

Sobre este tema se pronuncia la Circular de la Seguridad Social nº3-002-2010 en la que se prevé que si tras haber agotado el periodo máximo en situación de incapacidad el trabajador se reincorpora y vuelve a sufrir una situación similar antes de que hayan pasado ciento ochenta días entre una situación de incapacidad y otra, aún por la misma causa que el anterior proceso, se procederá al alta en la Seguridad Social desde la reincorporación y la base de cotización durante la nueva IT se determinará conforme a las normas establecidas con carácter general<sup>21</sup>. Ello significa que puede no tener derecho a prestación porque no reúne todos los requisitos establecidos, aunque en cualquier caso el empresario estará obligado a ingresar su propia aportación, pese a que el trabajador no reúna los requisitos establecidos en la normativa para percibir la prestación económica correspondiente. El trabajador se encontrará en la situación de incapacidad temporal, pero sin derecho al percibo de la prestación económica. Y en ese caso, al no tener el empresario la posibilidad de retener el importe de la cuota correspondiente al trabajador, queda exonerado de tal obligación.

---

<sup>19</sup> La profesora P. RIVAS VALLEJO nos advierte de la posibilidad de que se produzca un despido y de otras negativas consecuencias que pueden derivarse de la exigencia de los plazos tan estrictos, *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica...*, op. cit., p.170.

<sup>20</sup> Rec. 2983/2008.

<sup>21</sup> La Circular núm. 3-002 de 12 de Marzo de 2010, sobre normas de cotización y recaudación para el año 2010. También resuelve qué sucede si no se produce la reincorporación al trabajo, lo que se justificaría con una nueva baja de I.T. por la misma o distinta causa, la empresa deberá dar de alta en la Seguridad Social al trabajador desde que se le reconoce esta nueva situación, y teniendo en cuenta que en el mes anterior al de la denegación de la incapacidad permanente no existió cotización, la base de cotización que correspondería aplicar sería la misma que la del anterior proceso, con el límite de que no podría ser inferior a la base mínima de cotización vigente.

Otro debate interesante relacionado con esta causa de suspensión gira en torno a la calificación que debe recibir el despido de la persona incapacitada temporalmente ya sea por enfermedad o por accidente. Por un lado, se cuestiona la naturaleza del despido producido durante un proceso de incapacidad temporal, cuando se demuestre que no existe causa, y por otro lado, la existencia o no de salarios de tramitación cuando el despido se declare nulo o improcedente.

En primer lugar, hay que criticar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia 62/2008, de 26 de Mayo<sup>22</sup>, en el que no se considera discriminatorio el despido que sufre una persona estando en situación de incapacidad temporal, pese a demostrarse que la extinción viene motivada por sus dolencias físicas, no en vano, la decisión empresarial extintiva se adopta cuando el empresario tiene conocimiento de la existencia de una enfermedad y de las dificultades que conlleva para la prestación de servicios. A nuestro juicio el trabajador está sufriendo discriminación por su condición física y ello sería , incompatible con el art. 14 CE. El Estatuto de los trabajadores desarrolló el art. 35.2 CE y prohibió al empresario privado, en sus arts. 4.2 c) y 17.1 LET, cualquier discriminación a la hora de concertar el contrato de trabajo y en el desenvolvimiento de la relación laboral por causas análogas al art. 14 CE. Y es que los principios esenciales de la libertad, la igualdad y la dignidad humana, no sólo se aseguran en el espacio público sino también en el ámbito de las relaciones laborales; por que difícilmente puede existir una sociedad democrática si no se respeta el principio de igualdad en el puesto de trabajo, que es esencial para la sociedad contemporánea.

El despido por una enfermedad transitoriamente discapacitante para el trabajo vulnera el art. 15 CE, en tanto que el derecho a la integridad física y moral que este precepto consagra integra la protección de la salud (art. 43.1 CE), pues el trabajador tiene derecho a la recuperación de su salud sin verse perjudicado por ello con una decisión extintiva. A ello hay que añadirle que históricamente la enfermedad ha sido una de las plagas socialmente excluyentes que más gravemente han afectado a la humanidad, por lo que permitir que la incapacidad temporal justifique la extinción del contrato de trabajo es una quiebra del Estado social y democrático de Derecho, debiendo aplicarse las garantías antidiscriminatorias reconocidas por la Constitución en detrimento de la pretendida “funcionalidad” del trabajo y del interés empresarial.

Frente a estas afirmaciones, el Tribunal Constitucional manifiesta que la enfermedad, como situación que genera incapacidad para el trabajo y que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio prohibido. Ello en tanto que no todo criterio de diferenciación, ni todo motivo empleado como soporte de decisiones causantes de un perjuicio, puede entenderse incluido sin más en la prohibición de discriminación del art. 14 CE, pues, en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato afirmado de forma absoluta. De ahí que para determinar si un criterio de diferenciación, no expresamente listado en el art. 14 CE, debe entenderse incluido en la cláusula genérica de prohibición de discriminación por razón de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, resulte necesario analizar la razonabilidad del criterio, teniendo en cuenta que lo que caracteriza a la prohibición de

---

<sup>22</sup> Rec. 3912/2005.

discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas.

Tras este razonamiento el Tribunal Constitucional concluye que la decisión de despido adoptada durante el proceso de incapacidad temporal, sin justificación legalmente aceptada (basada en la incapacidad del trabajador para desarrollar su trabajo por razón de su enfermedad o de su estado de salud), deberá conceptuarse legalmente como improcedente, sin constituir en sí misma una decisión discriminatoria. El TC dice literalmente “el despido de los trabajadores cuando el contrato se encuentra suspendido ya no constituye un despido nulo (con las consecuencias que ello implica), sino que en esos supuestos, si la extinción es injustificada, procede declarar su improcedencia, quedando reducido al ámbito del despido nulo exclusivamente a los casos en que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, como preceptúa el art. 55.5 LET”.

Frente a esta sentencia surge un razonable e interesante voto particular en el que se justifica que la conducta de ocultamiento por parte del trabajador, respecto de la enfermedad que sufre antes de ser contratado, está justificada por las negativas consecuencias que tendría para su entrada en el mercado de trabajo, estando abocado a una inacabable búsqueda de un puesto de trabajo del que, en caso de obtenerlo, será privado de inmediato —como ha ocurrido en esta ocasión— al cursar cualquier baja médica. A fin de evitar estas complicadas situaciones el legislador debería resolver qué sucede cuando las enfermedades o afecciones crónicas, no alcanzan el grado de una invalidez, pero sí son utilizadas como justificación para el despido, considerado meramente improcedente.

El despido debería ser calificado de discriminatorio, considerándolo prohibido por el 14 CE “o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. No hay que olvidar que resulta afectado el derecho al trabajo del recurrente del art. 35.1 CE y el principio rector del reconocimiento a la protección de la salud del art. 43 CE, y ello obliga a un mayor rigor y exigencia de razonabilidad del que carecen en este caso las resoluciones judiciales. El principio de igualdad no rige sólo en las relaciones verticales, entendidas como aquéllas en las que interviene un poder público, sino también en las relaciones horizontales, entendidas como de particular a particular, si bien la determinación de la intensidad, inmediata o mediata, con la que rige o se irradia dicho principio en las relaciones entre particulares está modulada.

El segundo debate surge en torno a si en los despidos producidos durante una incapacidad temporal, una vez declarados improcedentes, procede o no condenar al empresario al pago de los salarios de tramitación. El trabajador despedido no ha sufrido perjuicio alguno durante el tiempo de espera hasta que se ha dictado sentencia porque percibe la prestación de la Seguridad Social, prevista en el art. 128 LGSS. En este sentido se ha manifestado el TS en sentencia de 1 de Marzo de 2004<sup>23</sup> y en sentencia de

---

<sup>23</sup> Rec.4846/2002.

6 de Julio de 2005<sup>24</sup>, en ambas se afirma que los salarios de tramitación se refieren al caso ordinario en que el trabajador, que pretende la continuación de la relación laboral y se encuentra en situación de poder realizar su trabajo y en disposición de hacerlo, se ve privado del salario correspondiente por voluntad unilateral del empresario, por lo que su reconocimiento trata de compensar los daños sobrevenidos durante la sustanciación del proceso. No en vano, no se tiene derecho a los salarios de trámite cuando, simultáneamente, se perciben otros -y en la cuantía en que se perciben- por la realización de otro trabajo (artículo 56.1 .b ET) o está suspendido el contrato de trabajo (artículo 103 último párrafo de la Ley de Procedimiento Laboral) o cuando a pesar de ser requerido a prestar el trabajo durante la sustanciación del proceso el trabajador se niega a ello (artículo 227 LPL, "contrario sensu"). La finalidad de los salarios de tramitación es no perjudicar al trabajador que, cesado ilegalmente en su puesto de trabajo, pretende seguir en el desempeño del mismo.

Así pues, la clave para la solución del problema radica en la propia naturaleza de los salarios de tramitación; el artículo 52.1. b) ET los concibe como la suma que es debida al trabajador, cuando el despido es declarado improcedente, y equivale a los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare su improcedencia o hasta que hubiere encontrado empleo si la colocación es anterior a la sentencia. Ello significa que la compensación se corresponde con la falta de abono de salarios durante el tiempo de referencia, para evitar así que un comportamiento inaceptable del empresario llegue a causar perjuicios económicos al trabajador, privándole de las rentas de trabajo que en otro caso hubiera devengado, de modo que si no subsiste la obligación de satisfacer salarios tampoco cabría aplicar la medida compensatoria, para reparar un quebranto económico inexistente.

### **4.3. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA**

La Ley 39/1999, de 5 Noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, reguló un nuevo supuesto de suspensión del contrato de trabajo que permite la interrupción de la relación laboral cuando durante el período de gestación concurren complicaciones patológicas que hagan aconsejable el reposo de la trabajadora, antes del disfrute del permiso por maternidad -art. 26 de la Ley 3/1995, de 8 de Noviembre-. En este precepto se establece que cuando en la evaluación de riesgos de los puestos de trabajo se aprecien procedimientos o condiciones de trabajo que revelen una posible repercusión sobre el embarazo de las trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones de trabajo o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada<sup>25</sup>, y si la modificación de dichas condiciones o del

---

<sup>24</sup> Rec. 2417/2004.

<sup>25</sup> F. DURÁN LÓPEZ llega a considerar que "tiempo de trabajo" son todas las instituciones que se incluyen en la sección 5ª del Estatuto de los Trabajadores -arts.34, 35, 36 37, 38 ET- por tanto se podría modificar cualquiera de ellas para evitar el riesgo, y entre la que propone está el periodo de vacaciones que lo considera susceptible de modificar para evitar situaciones de riesgo durante el embarazo o la lactancia. Ahora bien, esta teoría fundamentada sobre la ubicación de las normas en el Estatuto de los Trabajadores no alcanza el fondo de la norma porque el tiempo de trabajo al que se refiere el art. 26 LPRL es el que diariamente desarrolla la trabajadora: su horario nocturno, a turnos, las horas extras, su jornada continuada, etc., éstos serían los únicos aspectos del tiempo de trabajo que pueden afectar a la

tiempo de trabajo no resultare posible, el empresario debe de proceder al cambio de puesto de trabajo que se llevará a cabo de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación al anterior puesto.

Entre las posibles adaptaciones del tiempo de trabajo que puede llevar a cabo el empresario la Ley Orgánica de Igualdad introdujo una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo en casos de riesgo durante la lactancia natural<sup>26</sup> de hijos menores de 9 meses —art. 45.1 d), art. 48.5 ET y art. 26.4 LPRL, en su nueva redacción— y la Ley General de Seguridad Social creó un nuevo subsidio por riesgo durante la lactancia natural que podrá ser percibido por la trabajadora —o funcionaria— en tanto se mantiene en suspenso su relación laboral. Esta situación puede nacer a partir de que se haya extinguido el período correspondiente al descanso por maternidad y se extingue por cumplir el hijo 9 meses de edad, por la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo o actividad profesional anterior, o a un puesto o actividad que resulten compatibles con su estado, por la extinción del contrato por las causas legalmente establecidas o el cese de la actividad profesional; por la interrupción de la lactancia natural, y, por último, por el fallecimiento de la beneficiaria o del lactante.

Teniendo en consideración que no hay jurisprudencia reciente de relevancia sobre este tema dado que la mayoría de los pronunciamientos judiciales existentes en torno a estas causas de suspensión giran en torno a los caracteres que debe tener el puesto de trabajo para ser calificado de riesgo para el embarazo o la lactancia<sup>27</sup>, nos detendremos, principalmente en las novedades que ha introducido el RD 295/2009, de 6 de Marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, que viene a desarrollar reglamentariamente las citadas prestaciones.

Una de las modificaciones importante introducida por el citado Real Decreto es el reconocimiento de la prestación por riesgo durante el embarazo como contingencia de

---

mujer embarazada, no los descansos, permisos o vacaciones. Así pues, resulta insostenible la teoría de que fijación de vacaciones es una de las medidas posibles para evitar los riesgos derivados de las condiciones de trabajo en dichas situaciones, en virtud de lo regulado en el artículo 26.1 LPRL, en “Disfrute de las vacaciones en las situaciones de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia”, nº 7, *Relaciones Laborales*, 2010.

<sup>26</sup> Sobre esta prestación véase: J.M. LEONÉS SALIDO, “Prestación económica de riesgo por lactancia: importancia de los certificados médicos del INSS”, *La Ley*, 2008.

<sup>27</sup> Un ejemplo de situación de riesgo para la lactancia lo reconoce el TSJ de Cantabria en sentencia de 8 de Junio de 2009 (Rec. 382/2009) para una trabajadora cuyo horario nocturno, en su profesión de croupier, altera sus biorritmos, y puede afectar negativamente a su bebé lactante. Otro ejemplo encontramos en el TSJ de Murcia en su sentencia de 9 de Marzo de 2009 (Rec.109/2009) en el que se le reconoce esta situación a la trabajadora de un hospital tras constatar la existencia de riesgos de contacto con productos químicos, riesgos biológicos, físicos y psicosociales, con turnos de 24 horas, cada cuatro días, en paritorios del hospital, con percepción de sobrecarga y elevado ritmo de trabajo. No se considera, sin embargo, riesgo para la lactancia el trabajo que se realiza de vigilante de seguridad en el centro del Aeropuerto de Asturias, consistente en el control y vigilancia de pasajeros y personal y entre sus funciones se encuentra la de manejar el escáner dado que la exposición a radiaciones y su recepción no afecta para nada a la estabilidad o calidad de la leche materna, además la trabajadora no está siempre en ese puesto dado que es rotativo y pasan por él todos los vigilantes de seguridad, que en la zona de libre acceso donde está situado el escáner –TSJ de Asturias de 7 de Noviembre 2008 (Rec. 1719/2008)-.

naturaleza profesional, eliminándose la exigencia de cumplimiento de un periodo previo de cotización para su obtención<sup>28</sup> e incrementando su cuantía desde el 75 por 100 de la base reguladora correspondiente a las contingencias comunes vigente hasta el momento, al 100 por 100 de la base reguladora aplicable a las contingencias profesionales<sup>29</sup>. La gestión de la prestación corresponde, según la nueva regulación, a la entidad gestora o a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social con la que la empresa o, en su caso, la trabajadora por cuenta propia, tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales.

Otro tema novedoso de esta normativa es la ampliación de su ámbito subjetivo –art. 32 RD 295/2009- que se extiende más allá de las trabajadoras por cuenta ajena, que se encuentren afiliadas y en alta en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social en la fecha en que comience dicha suspensión, a las trabajadoras integradas en el Régimen especial de empleados de hogar que presten sus servicios para un hogar en exclusiva; así como a las trabajadoras por cuenta propia a las que se refiere su art. 41 RD en los términos que en dicho Real Decreto se analizan<sup>30</sup>.

Por último, hay que referirse a la forma en qué afectan a estas situaciones de suspensión del contrato la última doctrina del TS –sentencia 24 Junio 2009<sup>31</sup>- relativa al disfrute de las vacaciones anuales en aquellos supuestos en los que dicho disfrute se ve impedido por la situación de incapacidad temporal del trabajador.

---

<sup>28</sup> El art. 32 del citado RD 295/2009 establece que: “Serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras por cuenta ajena, en situación de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, siempre que estén afiliadas y en alta en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social en la fecha en que se inicie dicha suspensión. En los mismos términos, serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de hogar, que presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo. 2. Las trabajadoras contratadas a tiempo parcial tendrán derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo, con las particularidades establecidas en el artículo 34, en cuanto a la base reguladora y el abono de la prestación. 3. Las trabajadoras por cuenta ajena anteriormente relacionadas se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de la obtención del subsidio por riesgo durante el embarazo, aunque su empresa hubiera incumplido sus obligaciones”.

<sup>29</sup> Artículo 33: La prestación económica por riesgo durante el embarazo consistirá en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34. El art. 34 señala que para el cálculo del subsidio por riesgo durante el embarazo, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal, derivada de contingencias profesionales, o, en su caso, equivalente a la establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, cuando el régimen de que se trate no contemple la cobertura de las contingencias profesionales, tomando como referencia la fecha en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo.

<sup>30</sup> Para que la trabajadora por cuenta propia pueda ser beneficiaria de esta prestación se requiere que haya interrumpido su actividad por la situación de riesgo y que, al momento de la interrupción, se encuentre afiliada y en alta en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, incluido el Régimen especial de empleados de hogar cuando se trate de personas que no presten sus servicios en exclusiva para un hogar familiar. Se exigirá, además, que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas cuando se trate de trabajadoras por cuenta propia incluidas en alguno de los regímenes especiales, trabajadoras incluidas en el Régimen de empleados de hogar o trabajadores pertenecientes al Régimen Especial Agrario que sean responsables de la obligación de cotizar.

<sup>31</sup> Rec. 1542/2008.

En concreto, lo que se plantea es la posibilidad de extender la doctrina de esta sentencia a las situaciones de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia cuando éste periodo suspensivo coincida con el periodo de vacaciones. En la citada sentencia se habla de la incompatibilidad del disfrute de las vacaciones con la incapacidad temporal, ya que “un permiso garantizado por el Derecho comunitario no puede menoscabar el derecho a disfrutar de otro permiso garantizado por ese mismo Derecho”<sup>32</sup>. El derecho a descansar y disfrutar de un periodo de ocio y esparcimiento, como es el de vacaciones, no puede ser eliminado por el derecho a descansar y recuperar la salud al que está destinado el periodo de incapacidad temporal, de igual forma que tampoco puede serlo por el derecho a no trabajar en situación de riesgo ya sea para la madre o el bebé, porque no olvidemos que la mujer en la baja por riesgo durante el embarazo o la lactancia no busca su descanso, sino evitar que el trabajo pueda afectar negativamente a su salud, a la del feto o a la del recién nacido. No en vano, la suspensión del contrato es la última medida a adoptar por el empresario, que primero intentará modificar las condiciones de trabajo o el tiempo de trabajo, siendo la suspensión la última medida a adoptar en tanto que quizás sea la medida que menos interese profesionalmente a la trabajadora<sup>33</sup>.

No se puede por tanto sostener que el periodo de suspensión por riesgo no impida el ejercicio del derecho a las vacaciones, porque el ejercicio de un derecho impide el del otro.

Por otro lado, la asimilación del periodo de suspensión por maternidad al de riesgo por embarazo y lactancia, teniendo en consideración que todas las situaciones han recibido una protección máxima similar –nulidad de todas aquellas actuaciones que atenten a cualquiera de ellas-, o garantía de una la prestación de la Seguridad Social 100 % de la

---

<sup>32</sup> Esta es la reflexión que hace el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de Junio 2009 –Rec. 1542/2008- al referirse a la incompatibilidad vacaciones-incapacidad temporal.

<sup>33</sup> En contra de la tesis expuesta y a favor de la compatibilidad de la situación por riesgo durante el embarazo y la lactancia se pronuncia F. DURÁN LÓPEZ que afirma que la adaptación de las condiciones de trabajo y del tiempo de trabajo a la que se refiere el art. 26 LET para evitar la suspensión del contrato justifica cualquier decisión empresarial relacionada con el tiempo, entendiendo por “tiempo de trabajo” todo lo que se ordena en el capítulo II del Título I sección 5ª del Estatuto de los Trabajadores: jornada, horas extraordinarias, trabajo nocturno, a turnos y ritmo de trabajo, descanso semanal, permisos o vacaciones, a juicio de este autor todas estas instituciones puedan ser objeto de modificación por parte del empresario y, por tanto, en esa adaptación del tiempo de trabajo que debe hacer el empresario cabrá, lógicamente, también, adaptar las vacaciones anuales. Y ¿cómo se pueden adaptar las vacaciones anuales desde el punto de vista de la evitación de los riesgos derivados del trabajo? Lógicamente, y no cabe otra posibilidad, estableciendo el periodo de disfrute de tales vacaciones coincidiendo, total o, como será lo normal porque los riesgos no desaparecerán (salvo que en el tiempo de vacaciones se modifiquen las condiciones de trabajo o se alteren otros aspectos del tiempo de trabajo que eviten los riesgos detectados), parcialmente con el periodo de embarazo o de lactancia. No hay forma más directa e inmediata de evitar los riesgos asociados al trabajo que disponer el disfrute de las vacaciones por parte de la trabajadora afectada, evitando así su prestación de trabajo. Si, finalizadas las vacaciones subsiste la situación de riesgo, podrán adoptarse otras medidas de adaptación, o plantearse el cambio de puesto de trabajo o la suspensión del contrato. Según este autor el disfrute de las vacaciones es, pues, compatible, con las situaciones de embarazo o lactancia en las que se aprecie la existencia de riesgo para la trabajadora o para su hijo. Siempre, lógicamente, que la trabajadora no esté en situación de incapacidad temporal por estar su salud afectada por tales situaciones, en “Disfrute de las vacaciones en las situaciones de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia”, nº 7, *Relaciones Laborales*, 2010.

base reguladora, que permite traer a colación la sentencia del TS de 10 de Noviembre de 2005<sup>34</sup>, en la que se afirma que el art. 11.2 a) de la Directiva 92/85 establece que, en el caso de maternidad, habrán de respetarse los derechos derivados del contrato laboral, uno de los que, sin duda y de toda relevancia, es el correspondiente al disfrute de la vacación anual. De forma que negar el derecho a la compatibilización de la baja por maternidad con la vacación anual constituiría incurrir en una manifiesta discriminación en el tratamiento jurídico del varón y de la mujer en el desarrollo de la relación laboral<sup>35</sup>. La mujer por razón de su embarazo o del cuidado del menor recién nacido podría ver impedido su derecho al descanso de las vacaciones.

#### **4.4. INCAPACIDAD PERMANENTE REVISABLE (art. 48.2 ET)**

Cuando el trabajador se vea afectado por una invalidez permanente en cualquiera de sus grados, excepto la parcial, estará justificada la extinción de su contrato de trabajo (art. 49.5 ET), salvo que a juicio del órgano calificador de la incapacidad del trabajador, ésta debiera ser objeto de revisión en un periodo de tiempo no superior a dos años por posible mejoría. Ante este tipo de resolución administrativa el empresario estará obligado a reservar el puesto durante dicho periodo a partir de la fecha de declaración de invalidez permanente.

El art. 48.2 E.T ha introducido un supuesto de suspensión del contrato de trabajo por un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente en aquellos casos en que la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su incorporación al puesto de trabajo. Tal situación constituye una especialidad respecto de la previsión general de revisión de las declaraciones de invalidez, que se contiene en el art. 143.2 de la LGSS, puesto que, mientras en este precepto se limita a reconocer como principio general que toda invalidez es susceptible de revisión en tanto el interesado no haya cumplido la edad de jubilación, tanto por mejoría como por empeoramiento de la situación, previendo la fijación de un plazo no vinculante a partir del cual se podrá solicitar la revisión por cualquiera de las partes, en el art. 48.2 ET se parte de una revisión por mejoría, no ya posible sino probable, puesto que se considera previsible que se producirá y, por ello, se fija un plazo de suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo que es vinculante para el empresario, esta situación no se produce ante la simple posibilidad de revisión que contempla el art. 143 LGSS. Esta doble previsión legislativa en materia de incapacidades permite distinguir entre: una declaración de invalidez previsiblemente definitiva y por tanto extintiva de la relación laboral y una declaración de invalidez de probable revisión por mejoría y por ello suspensiva de la relación laboral –Sentencia del TS en la sentencia de 17 de Julio 2001<sup>36</sup>–.

---

<sup>34</sup> Rec. 4291/2004.

<sup>35</sup> En general sobre las discriminación por género véase MENDOZA NAVAS, N., “La negociación colectiva como elemento corrector de las desigualdades por razón de género en las relaciones laborales”, *Relaciones Laborales*, 2010 publicado en <http://www.laleylaboral.com>.

<sup>36</sup> Rec. 3645/2000.

Esta última tiene dos consecuencias que son necesario resaltar: primera, que si no fue suscrita una posible revisión por mejoría el trabajador pierde definitivamente el derecho a la reserva del puesto de trabajo; segunda, que el INSS no puede acordar la revisión por mejoría hasta transcurridos dos años desde que fue declarada la invalidez, lo contrario significaría variar, en contra del trabajador, el derecho que le reconoce el art. 48.2 del Estatuto de los Trabajadores, pero esta imposibilidad del INSS de no acordar la mejora en dos años, debería privarle de posibles revisiones de invalidez en plazos superiores en los que el trabajador ya no tiene reservado su puesto de trabajo.

El periodo de dos años durante los cuales se puede llevar a cabo la revisión ha sido objeto de interpretación por nuestra jurisprudencia. En concreto, el TS en su sentencia de 28 de Mayo de 2009<sup>37</sup> se pronuncia en torno a los efectos que puede tener una resolución de mejora de la invalidez si esta recae transcurridos dos años pese a que el expediente de revisión se inició antes de finalizar dicho plazo.

A juicio del citado Tribunal si el periodo de suspensión comienza a contar, lógicamente, a partir de la fecha en que alcanza firmeza la resolución que declara al trabajador en situación de invalidez permanente, el periodo concluye, inexorablemente y sin posibilidad de extensión alguna, dos años después de dicha fecha. Por todo ello, concluye el Tribunal que si la resolución no ha recaído en el plazo de dos años, la empresa no está obligada a readmitir al trabajador; reduciendo sus posibilidades a una eventual reclamación de responsabilidad ante la entidad gestora de la Seguridad Social por el daño sufrido.

Ahora bien, este estricto pronunciamiento del TS no puede pasar por alto la evidente descoordinación normativa existente entre dos normas -143 LGSS y 48.2 ET-, cuyos negativos efectos no pueden ser trasladados a los trabajadores. Efectivamente, subsiste la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo en el apartado 2 art. 48 ET y se la reconoce durante un periodo de dos años, pero el párrafo 1º apartado 2 del art. 143 LGSS, hace constar un plazo para poder instar la revisión por previsible mejoría del estado invalidante del interesado, igual o inferior a dos años<sup>38</sup>. Atendiendo a los plazos citados la resolución administrativa de revisión recaerá siempre una vez transcurridos los dos años de suspensión que fija el precepto estatutario. Por esa razón, habría que entender que toda revisión iniciada antes de transcurrir el plazo de dos años del art. 48.2 ET obliga al empresario a reavivar la relación laboral, aunque la resolución administrativa se dicte después de haber transcurridos éstos, debiendo contar desde la fecha de la primera resolución que reconoció la situación invalidante. En consecuencia, el plazo de dos años máximo que señala el art. 48.2 del ET debería

---

<sup>37</sup> Rec. 2341/2008.

<sup>38</sup> El Tribunal Supremo alega la diferencia de rango de las dos normas controvertidas para sostener su posición y dice que ello supondría hacer prevalecer la previsión del art. 7 del Real Decreto sobre las disposiciones del art. 48.2 ET, con olvido de que el R.D es norma de inferior rango a la Ley del Estatuto de los Trabajadores; que, además, disciplina exclusivamente una materia de Seguridad Social y no laboral, por lo que en modo alguno puede extender o ampliar las obligaciones que el art. 48.2 ET impone al empresario en orden a la suspensión del contrato de trabajo; y que, en todo caso, la fijación de ese plazo extremo u otro próximo a la fecha final del plazo de suspensión, puede ser combatido por el trabajador en proceso de Seguridad Social, si considera que le puede perjudicar su derecho a reincorporarse a la empresa.

entenderse como el plazo para operar la revisión y si esta se lleva a cabo dentro de dicho plazo, aunque la resolución del INSS sea posterior, y por tanto, también lo sea la solicitud de readmisión, se mantiene la suspensión con reserva del puesto de trabajo. En ese caso, la negativa a readmitir a la trabajadora en su puesto de trabajo constituye un despido que ha de calificarse como "improcedente".

Estamos de acuerdo con el sector de la doctrina<sup>39</sup> que afirma que el TS pudo llegar a otra conclusión, como ya lo hizo, en su momento, el TSJ País Vasco en sentencia de 7 de Marzo 2000<sup>40</sup> o el TSJ de Galicia en sentencia de 30 de Septiembre de 2009<sup>41</sup>. Basándose en la estrecha interrelación existente entre el Derecho de la Seguridad Social y el Derecho del Trabajo, hasta el punto de que la primera condiciona sustancialmente el régimen jurídico de algunas instituciones laborales. De hecho, el régimen jurídico de la suspensión por incapacidad temporal y el de la extinción de la relación de trabajo por imposibilidad objetiva del trabajador no pueden comprenderse sin atender al tratamiento dispensado por el Derecho de la Seguridad Social a la incapacidad temporal y a la incapacidad permanente. Desde esta perspectiva, podría rebatirse la tesis sostenida por la sentencia TS 28 de Mayo 2009, al afirmar que el art. 7.1 RD 1300/1995 “disciplina exclusivamente una materia de Seguridad Social y no laboral, por lo que en modo alguno puede extender o ampliar las obligaciones que el art. 48.2 ET impone al empresario en orden a la suspensión del contrato de trabajo”.

Por otra parte, repárese en que, aunque el TS en su sentencia de 28 de Mayo 2009<sup>42</sup> no lo especifique, debe entenderse que el contrato queda extinguido por imposibilidad objetiva del trabajador, lo que no deja de ser, por lo menos, paradójico, pues, probablemente en el momento en el que el plazo de dos años se cumple, el trabajador ya no padece efectivamente incapacidad alguna (la resolución extemporánea así lo declara). Por ello quizás, en vez de abocar la relación de trabajo a la extinción, reduciendo las posibilidades del trabajador a exigir de la entidad gestora la reparación del daño que ha sufrido, hubiera sido más adecuado mantener su continuidad hasta la resolución del órgano de calificación, instando al empresario a reclamar los perjuicios que eventualmente la prórroga de la suspensión hubiera podido ocasionarle.

#### **4.5. TRABAJADOR COMÚN SELECCIONADO PARA ALTO CARGO DE LA EMPRESA**

Estamos ante un supuesto de suspensión al que no se refiere ningún precepto estatutario, en tanto en cuanto esta situación de suspensión existe porque así lo establece el Real Decreto 1382/1985. Cuando el trabajador de una empresa es contratado como alto cargo para la misma empresa se produce la suspensión de la primera relación laboral común, pero ¿qué efectos producirá la extinción de la relación laboral especial por despido improcedente sobre la relación laboral común que hasta

---

39 Sobre esta sentencia se pronuncia: I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, “Efectos de la resolución del órgano de calificación sobrepasados los dos años desde la resolución que reconoce la incapacidad permanente previsiblemente objeto de revisión por mejoría: comentario (crítico) a la STS 28 de Mayo 2009 (R.U.D. 2341/2008)”, *Actualidad Laboral*, nº 1, 2010.

<sup>40</sup> Rec. 2300/1999.

<sup>41</sup> Rec. 2532/2009.

<sup>42</sup> Rec. 2341/2008.

ese momento está en suspenso?. El artículo 9.3 del Real Decreto 1382/1985 dispone que "en caso de simple suspensión de la relación laboral común anterior, al extinguirse la relación laboral especial, el trabajador tendrá opción a reanudar la relación laboral de origen, sin perjuicio de las indemnizaciones a que puede tener derecho a resultas de dicha extinción. Se exceptúa de esta regla el supuesto de la extinción del contrato especial de alta dirección por despido disciplinario".

Por su parte, el artículo 11 del citado Real Decreto establece: "el contrato podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo, en la forma y con los efectos establecidos en el artículo 55 ET; respecto a las indemnizaciones, en el supuesto de despido declarado improcedente se estará a las cuantías que se hubiesen pactado en el contrato, siendo en su defecto de veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades. Cuando el despido sea declarado improcedente o nulo, el empresario y el alto directivo acordarán si se produce la readmisión o el abono de las indemnizaciones económicas previstas en el párrafo dos de este artículo, entendiéndose, en caso de desacuerdo, que se opta por el abono de las percepciones económicas. Si el despedido se reintegrase el empleo anterior en la empresa, se estará a lo dispuesto en el artículo 9. 3 de este Real Decreto".

El primitivo contrato de trabajo ordinario queda en suspenso cuando el trabajador es designado "alto cargo". En este supuesto no se trata de que existan "relaciones jurídicas paralelas, sin solución de continuidad, sino de suspensión de unas relaciones contractuales iniciales que quedan en fase de letargo mientras vive y se desarrolla otra relación especial que sustituye a la primera, la que a su vez vuelve a cobrar vida cuando se cesa en el alto cargo"<sup>43</sup>. Consecuentemente, no deben computarse, a efectos de fijar la indemnización correspondiente por despido en la relación laboral ordinaria, los años en que el trabajador desempeñó la actividad de alta dirección, dado que los posibles daños y perjuicios que el cese en el alto cargo puede causar al trabajador, han de ser indemnizados sea por aplicación de las normas generales, ya por vía de pacto -denominado usualmente de "blindaje"- que usualmente figura en estos tipos de contrato de alta dirección. En definitiva, el periodo de tiempo durante el que se desarrollan las funciones correspondientes al alto cargo no son computables a efectos de determinar la antigüedad y fijar la indemnización en caso de despido en la relación laboral ordinaria, a la que retornó el trabajador una vez cesado en la relación especial de alta dirección –STS 18 de Febrero 2003<sup>44</sup>-.

Atendiendo al tenor literal de estos preceptos hay que decir que sí se extingue el contrato de trabajo de alta dirección por despido declarado improcedente, estando suspendida la relación laboral común -en el supuesto de que las partes de común acuerdo no opten por la readmisión en la relación laboral de alta dirección-, el trabajador sólo tendrá la opción de reanudar la relación laboral de origen, es decir, la relación laboral común. El precepto no concede al trabajador opción entre reanudar la relación laboral común o la extinción del contrato con abono de la pertinente

---

<sup>43</sup> STS 18 de Febrero 2003 (Rec. 597/2002).

<sup>44</sup> Rec. 597/2002.

indemnización, sino solamente la posibilidad de reanudar la relación laboral común que hasta ese momento se encontraba suspendida.

En este sentido se pronuncia el TS en su sentencia de 13 de Febrero de 2008<sup>45</sup> al considerar que pese a que se declare improcedente el despido y se condene a la empresa a abonar al trabajador una indemnización, sólo si existe común acuerdo por ambas partes, éstas pueden optar por la readmisión en el puesto de alta dirección, dado que el trabajador sólo podrá optar por reanudar el vínculo común anterior a la relación especial de alto cargo en el plazo de veinte días.

#### **4.6. CUMPLIMIENTO DE SERVICIO MILITAR O PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA (art. 45.1. e) ET)**

El cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria, como manifestación del cumplimiento de deber inexcusable de carácter público y personal, permitía al empresario situar al trabajador en excedencia forzosa, siempre que dichas obligaciones no las pudiera compatibilizar con el trabajo. Ahora bien, desde la desaparición de estas obligaciones para los ciudadanos en la Disposición Adicional 13ª de la Ley 17/1999, de 18 de Mayo, de Régimen del personal de las Fuerzas Armadas, que suspendió la prestación del servicio militar a partir del 31 de Diciembre de 2002 y el RD 342/2001, de 4 de Abril, y la prestación social sustitutoria, estas causas de suspensión han perdido interés. Ello sin perjuicio de que aún encontremos jurisprudencia respecto a la obligación de las empresas de computar como periodo de antigüedad a efectos del cálculo de la cuantía indemnizatoria el tiempo que invirtió el trabajador en cumplir con esta obligación cuando aún era obligatorio – sentencias del TSJ Canarias de Santa Cruz de Tenerife de 29 Junio 2009<sup>46</sup> y del TSJ de Castilla-La Mancha de 12 Julio 2007<sup>47</sup>-.

No obstante, esta causa podría ser alegada por otros trabajadores comunitarios que sigan sujetos en sus respectivos países a estas prestaciones obligatorias. De igual forma que podrán acogerse a ella aquellos trabajadores que conforme al art.30.1 CE pudieran ser llamados para preservar la seguridad y bienestar de los ciudadanos o para prestar servicios en las unidades, centros y organismos del Ministerio de Defensa, en aquellas situaciones de crisis en las que las necesidades de la defensa nacional no puedan ser atendidas por los efectivos de militares profesionales.

#### **4.7. EJERCICIO DE CARGO PÚBLICO REPRESENTATIVO (art. 45.1. f) ET)**

Esta causa de suspensión se regula de forma autónoma con respecto al de “excedencia forzosa”, sin embargo, ambas causas suspensivas están íntimamente relacionadas. Los únicos casos de excedencia forzosa reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores son la “designación o elección (del trabajador) para un cargo público” o su nombramiento para ejercer funciones sindicales de ámbito provincial o superior (art.46.4 ET), en cuyo

---

<sup>45</sup> Rec. 4348/2006.

<sup>46</sup> Rec. 199/2009.

<sup>47</sup> Rec. 831/2007.

caso el art. 9.1.b) LOLS exige que el cargo sindical sea representativo y electivo y lo sea en las organizaciones sindicales “más representativas”.

La regulación separada de estos supuestos respecto de la excedencia forzosa permite a los trabajadores pedir una suspensión del contrato por esta causa, si bien es cierto que las mayores garantías de este tipo de excedencia, induce a todos los trabajadores que se encuentran en esa situación a optar siempre por ella. Ahora bien, como no todos los cargos públicos tienen cabida en el supuesto de la excedencia forzosa, aquellos que no lo tengan podrán acogerse a esta causa de suspensión.

El acceso a cargo público podría ser por designación o elección, es decir, por el nombramiento directo de quien tenga competencia para ello, de acuerdo con las normas de empleo de las Administraciones Públicas, o bien, por elección tras un proceso electoral dentro de un sistema democrático, pero no cualquier actividad puede ser calificada como tal.

#### **4.8.PRIVACIÓN DE LIBERTAD QUE IMPOSIBILITE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SIN SENTENCIA CONDENATORIA (art. 45.1. g) ET)**

Esta causa garantiza a aquellos trabajadores, imputados por la comisión de algún delito por el que hayan sido privados provisionalmente de libertad, la suspensión de su contrato de trabajo. La suspensión se mantiene mientras la persona esté bajo los efectos del principio de “presunción de inocencia”, es decir, hasta que se dicte sentencia condenatoria en la que el trabajador deba empezar a cumplir condena de privación de libertad.

La suspensión por esta causa no se activa automáticamente, es decir, con la entrada en prisión, sino que debe ser solicitada por el afectado al empresario, ello a fin de evitar su despido por faltas reiteradas al trabajo. Así pues, si el trabajador se halla inmerso en otra causa de suspensión y la privación provisional de libertad no le provoca faltas al trabajo, no será necesaria la comunicación al empresario de esta situación. En este sentido se ha manifestado el TS en su sentencia de 16 de Junio 2006<sup>48</sup>, que resuelve el problema que surge cuando estando en una situación de incapacidad temporal sobreviene la prisión provisional. El Tribunal ha entendido que el haber sobrevenido la prisión provisional durante la suspensión por incapacidad temporal –art.45.1 g) ET– nada añade ni quita a la situación de incapacidad en la que se hallaba inmerso, ni a sus efectos de suspensión de la relación laboral y consecuentemente, tiene derecho a la prestación económica pública y al complemento de la empresa. La falta de comunicación al empleador de la situación de prisión provisional hubiera podido tener transcendencia jurídica en el supuesto de que extinguida la situación de incapacidad temporal por el motivo de alta médica del trabajador, este continuara privado de su libertad, en cuyo caso la no comunicación de la nueva causa legal suspensiva si hubiera podido tener efectos sobre el trabajo en virtud de causa no conocida por el empleador.

---

<sup>48</sup> Rec. 5306/2004.

No se necesita comunicación al empresario de una causa de suspensión cuando el trabajador está inmerso en otra, ni es posible que el empresario sancione por ello. La falta de comunicación, persistiendo los efectos de suspensión de la relación laboral por la incapacidad temporal, no se debe calificar de infracción muy grave, determinante de la sanción de despido. De igual forma que no es constitutivo de infracción alguna, el hecho de que el demandante continuara cobrando el complemento de subsidio por incapacidad temporal, durante el periodo en que provisionalmente estuvo privado de libertad, máxime cuando, el convenio colectivo aplicable al trabajador establece que el complemento de la prestación de incapacidad temporal, no restringe su percepción por la circunstancia de la detención o prisión preventiva, lo que quiere decir que el complemento se continúa devengando mientras persiste la situación de incapacidad temporal.

Una vez que se le comunica la situación de prisión provisional al empresario se inicia el periodo de suspensión que acabará cuando se dicte sentencia condenatoria. A partir de dicha sentencia el contrato se extinguirá automáticamente, de forma que sólo permanecerá el vínculo contractual si la sentencia es de carácter absolutorio. No obstante, entendemos, en contra de la literalidad de la norma, que también se debería mantener la relación laboral aún concurriendo sentencia condenatoria, si en aplicación del los arts. 80.1 y 58 del Código Penal procediera la remisión condicional o suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, o bien, porque la pena se haya cumplido preventivamente, salvo que el delito tuviera relación con el trabajo y fuera causa de despido conforme al art. 54.2 ET<sup>49</sup>, o bien, porque, pese a tratarse de una sentencia condenatoria, ésta no interfiera en el trabajo, ya que puede tratarse de una pena no privativa de libertad, no olvidemos que la pena puede ser “trabajos en beneficio de la comunidad” en horarios no laborales.

Otro aspecto que ha sido objeto de interpretación jurisprudencial es el momento a partir del cual el trabajador deja de estar en suspenso y debe reintegrarse en el puesto de trabajo. El art. 45 ET no se pronuncia al respecto por lo que han sido los tribunales los que han determinado que cuando cesa la prisión provisional también lo hace la causa de suspensión y el trabajador tiene la obligación y el derecho de reincorporarse a su puesto de trabajo en el momento en que le sea concedida la libertad y añade que a falta de norma escrita sobre la materia hay que entender que el plazo para reincorporarse es de un día y que el empresario tiene la obligación de reincorporarlo en este mismo plazo - TSJ Principado de Asturias en sentencia de 30 Mayo 2008<sup>50</sup>-. En caso contrario, este incumplimiento le causa un doble perjuicio al afectar al salario y a las cotizaciones.

#### **4.9. LAS RAZONES DISCIPLINARIAS QUE PUEDEN SUSPENDER EL CONTRATO (art. 45.1. h) ET)**

Frente a determinadas infracciones cometidas por los trabajadores en el centro de trabajo el empresario puede adoptar medidas sancionadoras consistentes en la

---

<sup>49</sup> M. ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 26ª ed., Civitas, 2009, Madrid, p. 557.

<sup>50</sup> Rec. 2988/2007.

suspensión de empleo y sueldo durante un periodo de tiempo. El artículo 58 ET atribuye al empresario la facultad de imponer al trabajador la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma convencional reguladora del régimen de infracciones y sanciones, encuadrando la conducta en alguno de los supuestos y calificándola como falta leve, grave o muy grave.

Sólo será susceptible de imponerse la sanción de suspensión de empleo y sueldo frente a una conducta que aparezca así tipificada en la norma colectiva, que a su vez determinará la duración de la suspensión. Durante la suspensión de empleo y sueldo impuesta en virtud de sanción disciplinaria, no procede mantener el alta en la Seguridad Social al trabajador sancionado, ni percibirá contraprestación económica alguna. Por tanto, el empresario no tendrá que realizar cotizaciones a la Seguridad Social -STS dictada en unificación de doctrina de 4 de Junio 2002<sup>51</sup>-.

El trabajador sancionado con esta medida puede impugnar la decisión empresarial de suspensión ante el juez, el cual puede coincidir o no con la calificación efectuada por la empresa y declarar adecuada o inadecuada la sanción, lo que no sería posible es que éste rectificara la sanción impuesta, porque en ese caso el juez estaría realizando un juicio de valor que descalifica más que el acto del empresario, el cuadro normativo sancionador, pues está expresando que algunas de las sanciones previstas para un nivel de gravedad son excesivas y no pueden ser utilizadas por el empresario y esto sobrepasaría la potestad revisora que las normas conceden al órgano jurisdiccional.

En este sentido se manifiesta la sentencia del TS de 11 de Octubre 2007<sup>52</sup> en la que se afirma que el órgano jurisdiccional puede revisar la calificación jurídica de la falta imputada al trabajador y considerada probada, pero en el caso de que mantenga la aplicada, no debe rectificar la sanción impuesta, dado que el artículo 58 ET otorga al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada, dentro de los márgenes de la norma que regule el régimen sancionador. El órgano jurisdiccional puede aceptar o no la calificación de la falta impuesta por el empresario y, en su caso, reducir la sanción asignada al mínimo previsto convencionalmente, lo que no resulta ajustado a derecho, pues no cabe imponer un correctivo distinto al elegido por el empresario dentro de los referidos límites convencionales, al ser la elección de la sanción más adecuada, una facultad exclusiva de la empresa.

Una de las conductas susceptibles de provocar la suspensión de empleo y sueldo del trabajador y que más jurisprudencia ha generado ha sido "la desobediencia grave a los superiores en materia laboral". El TSJ de Cantabria en sentencia de 14 de Septiembre 2009<sup>53</sup>, se pronuncia en torno al contenido del concepto de "desobediencia" y afirma que, en principio, el trabajador no puede desatender, bajo pretexto de ilicitud, las órdenes de la persona que tenga competencia para dictarlas<sup>54</sup>, ya que ello determinaría

---

<sup>51</sup> Rec. 2240/2001.

<sup>52</sup> Rec.4441/2006.

<sup>53</sup> Rec. 619/2009.

<sup>54</sup>El trabajador se negó a realizar una operación aritmética sencilla como la suma de los importes del IVA, o a acompañar al empresario a las dependencias de la TGSS para intentar solucionar un problema surgido como consecuencia de la presentación a su instancia de un documento, no puede entenderse justificada por el mero hecho de considerar que dichas órdenes se extralimitaban de las funciones

un incumplimiento del deber básico del trabajador de «cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas», según dispone el artículo 5 c) ET y de su obligación de «realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien delegue», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1 ET - TS 11 de Abril 2002<sup>55</sup> -.

En definitiva, el trabajador no puede erigirse en definidor de sus propias obligaciones, sino que debe cumplir las órdenes empresariales, salvo que las mismas puedan comportarle riesgos inminentes, sean ilegales o atenten contra su dignidad. Existe, por lo tanto, un derecho de resistencia del trabajador sólo en concretos casos de manifiesta arbitrariedad o abuso de derecho por la empresa, así como en supuestos de vulneración de derechos fundamentales, riesgo cierto para su integridad física, o en casos en los que traten de imponerse obligaciones ajenas al contrato de trabajo.

#### **4.10. POR PÉRDIDA TEMPORAL DE APTITUD PROFESIONAL PARA SU TRABAJO HABITUAL**

La pérdida temporal de la aptitud profesional del trabajador para el desarrollo de su puesto de trabajo puede ser una causa más de suspensión, ello en tanto que no tenía sentido que el legislador contemplara como causa de extinción del contrato de trabajo la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa (art. 52 .a) ET, y, sin embargo, no se previera como causa de suspensión tal ineptitud, si ésta fuera temporal<sup>56</sup>.

La pérdida de aptitud a la que se refiere viene dada por la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo del art. 52 b) del ET. En él se prevé la posibilidad de suspender el contrato hasta tres meses para procurar la adaptación del trabajador a través de cursos de readaptación o perfeccionamiento profesional y percibiendo el salario medio que viniera teniendo hasta el momento.

Junto a esta causa de ineptitud, entendemos que deberán incluirse otras que impliquen pérdida temporal de alguna de las aptitudes necesarias para trabajar, aunque no se hallen estatutariamente previstas y no generen derecho a contraprestación alguna, como podría ser la retirada temporal del permiso de conducir, cuando éste sea un instrumento necesario para el desarrollo de su trabajo<sup>57</sup>. Esta situación no puede justificar la extinción del contrato de trabajo, pese a no incluirse como causa suspensiva en el convenio colectivo de aplicación, porque la suspensión es la solución adecuada y equitativa, cuando dicha ineptitud es temporal y no definitiva<sup>58</sup>.

---

propias de su puesto de trabajo, ya que, como se ha dicho, en principio el trabajador no puede desatender, bajo pretexto de ilicitud, las órdenes de la persona que tenga competencia para dictarlas.

<sup>55</sup> Rec. 1182/2001.

<sup>56</sup> STSJ de Madrid de 20 de Marzo de 2009, Rec. 350/2009.

<sup>57</sup> J.R. MERCADER UGUINA Y C. ARAGÓN GÓMEZ, “Efectos laborales del permiso de conducir por puntos”, *Relaciones Laborales*, nº 13, 2006.

<sup>58</sup> La Sentencia del TSJ de Madrid de 20 de Marzo de 2009, Rec. 350/2009, se refiere a esta causa de suspensión justificándola pese a que no se incluya como causa suspensiva en el convenio colectivo

Algunas cláusulas convencionales contienen dudosas situaciones de ineptitud temporal para trabajar a la que le atribuyen también dudosos efectos, como es el caso del Convenio Colectivo para el personal de las Empresas Adjudicatarias de los Servicios contra Incendios de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha en el que se admite que un empresario comunique a un trabajador su situación de excedente forzoso en virtud de su falta de aptitud para ocupar un puesto de trabajo en el Servicio Contra Incendios Forestales. El art. 18 del mencionado convenio que regula esta particular “excedencia forzosa” por falta de aptitud física para la que prevé una duración de dos años, reconociendo el derecho del trabajador a ser llamado en la siguiente campaña para la realización de los correspondientes reconocimientos médicos y pruebas de aptitud física. Dichas previsiones indican claramente que la relación laboral no se extingue, sino que se encuentra suspendida por el plazo previsto en tanto no se recupere la aptitud física (TSJ de Castilla-La Mancha de 24 Sep. 2008<sup>59</sup>).

En otras ocasiones, las situaciones no son dudosas, sino directamente inadmisibles, no se puede aceptar como falta de aptitud para el desarrollo del trabajo habitual la situación de embarazo de una mujer y por ello proceder a la suspensión temporal del contrato sin derecho a salario. En este sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia 161/2004, de 4 de Octubre<sup>60</sup>, señala que puesto que la falta de aptitud para el vuelo de la trabajadora –piloto de unas líneas aéreas- era consecuencia de su embarazo, y consciente la empresa de su obligación de efectuar una evaluación de riesgos que podría conducir al desarrollo de tareas en tierra dado que el título de la trabajadora lo permitía, ha de concluirse que la decisión de aquélla de suspender el contrato de trabajo carecía de una justificación razonable. La ausencia de una vacante adecuada para la trabajadora embarazada no es una razón suficiente para situarla en excedencia, en tanto que esta decisión empresarial carece de justificación razonable y resulta ser discriminatoria por razón del sexo para la recurrente, con vulneración del art. 14 CE.

#### **4.11. EJERCICIO DEL DERECHO DE HUELGA (art. 45.1.1) ET**

El art. 45.1.1) ET incluye el “ejercicio del derecho de huelga” como una causa legítima de suspensión del contrato. La huelga puede definirse como la suspensión colectiva y concertada en la prestación de trabajo por iniciativa de los trabajadores (art. 28.2 CE). El derecho de huelga es individual aunque de ejercicio colectivo y tiene la peculiaridad, frente al resto de las causas de suspensión analizadas, de que su ejercicio no requiere ser comunicado al empresario, ello sin perjuicio de la notificación de la convocatoria de huelga con la que hay que preavisar. De igual forma que tampoco hay que avisar de la reincorporación al puesto de trabajo, en tanto que el trabajador deberá hacerlo de forma inmediata tras la finalización de ésta.

---

porque si la empresa no hubiera determinado la suspensión del contrato de trabajo se podría ver inmersa en un delito de quebrantamiento de condena, pues los trabajos que realiza el demandante para ella precisan de permiso de conducir.

<sup>59</sup> Rec. 462/2008.

<sup>60</sup> Rec. 4295/2001.

Esta suspensión se produce a iniciativa de los trabajadores a diferencia del cierre patronal que es del empresario. La duración de esta causa de suspensión es indeterminada, si bien, su ejercicio se debe someter al régimen jurídico previsto en el RD 17/1977, de 4 de Marzo y en la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de Abril de 1981<sup>61</sup>, que lo interpreta. El contenido de este derecho tiene tal relevancia que no podría ser abordado en un epígrafe de estas características, por lo que este apartado se ceñirá a los efectos que el ejercicio del derecho de huelga tiene sobre el contrato de trabajo, sin adentrarse en las diferentes formas de exteriorización de la huelga o en las diferentes calificaciones que puede recibir de huelga legal, ilegal o abusiva o en los requisitos de fondo y procedimiento que deben cumplirse.

El contrato de trabajo se suspende “por el ejercicio del derecho de huelga”, de forma que el trabajador en huelga no tiene derecho al salario ni a las remuneraciones indirectas o proporcionales al tiempo trabajado, incluidas las correspondientes al descanso semanal y días festivos.

Durante el periodo de huelga el trabajador no causa baja en la Seguridad Social sino que pasa a la situación de “alta especial” en la que desaparece la protección al trabajador por las contingencias de desempleo e incapacidad temporal (art. 6.3 RDLRT y art.125.6 LGSS). Se suspende, así mismo, la obligación de cotizar del empresario, ya que la falta de prestación de trabajo unida a la falta de retribución salarial le exime a éste de una carga que, aunque constituye una obligación frente al Estado, se relaciona con el hecho de la prestación, cuyas vicisitudes pueden lógicamente afectarla, y la suspensión de la cotización por parte del trabajador no es sino una consecuencia de lo anterior. A juicio de un sector de la doctrina se podría haber optado por una solución distinta, ordenando, el mantenimiento de la obligación de cotización, posición coherente también y sin duda con el principio de neutralidad del Estado, permaneciendo así al margen del conflicto laboral existente<sup>62</sup>.

Así pues, “si no puede decirse que sería incompatible con la ordenación jurídica de la huelga el que durante su transcurso existiese una obligación de cotizar o el cómputo a efectos del período de cotización exigido, (sin embargo) no existe principio que constitucionalmente obligue a ello”, por lo que la suspensión de la cotización y las consecuencias que de la misma derivan constituyen “uno de los sacrificios ligados al ejercicio del derecho que, junto con la pérdida de la retribución delimitan la posición del trabajador en huelga”<sup>63</sup>. Una vez constatado que la suspensión de la cotización no

---

<sup>61</sup> Rec. 192/1980.

<sup>62</sup> M. I. RAMOS QUINTANA, “Prestaciones de desempleo y ejercicio del derecho de huelga”, *Relaciones Laborales*, 1994.

<sup>63</sup> En este sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de Febrero de 1991, - Rec.740/1988- cerrando la polémica sobre la relación huelga-desempleo, al entender, que los días de duración del derecho esencial de huelga ejercitado deben considerarse como «tiempo neutro» -conforme a figura de cómputo temporal ya introducida por el propio TCT, en tema relativo a período a computar para tener en cuenta la base reguladora de la prestación de jubilación. Sobre este aspecto en concreto y sobre esta sentencia puede verse: J. RENTERO JOVER; “Huelga legal y prestación contributiva de desempleo. A propósito de la TC S 48/1991, de 28 de Febrero”, *La Ley Laboral*, 1991. Este autor advierte que la decisión adoptada supone una interpretación acorde con la protección y ejercicio «no penoso» que debe darse a los derechos esenciales, que están incluso especialmente protegidos en su ejercicio, siendo sin embargo la situación anterior a la Sentencia constitucional mencionada «estadio normativo» que sí

desnaturaliza ni contraría el contenido esencial del derecho de huelga, la consecuencia que se sigue de tal afirmación es previsible: “la falta de cumplimiento, aunque sea por escaso margen, de los períodos previos de afiliación o cotización motiva la inexistencia del derecho a las prestaciones”, pues “padecería la seguridad jurídica, que constituye un valor fundamental en la ordenación de las relaciones sociales”.

Por consiguiente, no deriva del derecho de huelga la necesaria asimilación de los días de huelga legal a tiempo cotizado en el sistema de Seguridad Social, pero tampoco afirma el Tribunal que sea consustancial al mismo la prohibición de la asimilación, dejando así a la decisión del legislador ordinario la tarea de fijación de los márgenes, más amplios o más estrechos, en que han de conectarse el ejercicio del derecho fundamental de huelga y el derecho a obtener prestaciones suficientes en caso de desempleo.

Con esta configuración del marco constitucional en que deben entrelazarse el derecho de huelga y la protección social del sistema de Seguridad Social, con posterioridad, el legislador acometió la reforma de la protección por desempleo a través de la Ley 31/1984, y posteriormente, del RD 625/1985, de 2 de Abril (RPD), cuyo art. 3.3 estableció desde ese momento y para determinar el período mínimo de cotización, la asimilación de los períodos de huelga a cotizaciones efectivamente realizadas, con lo cual y pese al temor que en este sentido manifestó el Tribunal Constitucional, el legislador, precisamente, optó por desviar hacia el Estado consecuencias que derivan de conflictos privados, canalizando con esta solución los perjuicios que para el trabajador ocasiona la falta de cotización por huelga.

#### **4.12. POR VIOLENCIA DE GÉNERO (art. 45.1. n) ET)**

Esta causa de suspensión nace con la Ley Orgánica 1/2004, de protección integral contra la violencia de género (LOProt.VG), que modifica el art. 45 y el 48 ET, admitiendo que la trabajadora que haya sido víctima de violencia de género y haya recibido una orden de protección tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo durante un periodo de seis meses, que podrá ser prorrogado cuando de las actuaciones del juez resultase que la efectividad del derecho de la trabajadora víctima requiriese de la continuidad de la suspensión, pudiendo alcanzar los dieciocho meses. Durante dicho periodo existirá reserva del puesto de trabajo y ese tiempo (que oscila entre 6 y 18 meses) se considerará como cotizado a efectos de algunas prestaciones de Seguridad Social.

En el ámbito de la función pública, la misma norma, en su Disposición Adicional 9ª regula la excedencia por razón de violencia para la mujer funcionaria<sup>64</sup>. En ese caso, le atribuye unos efectos similares como son la reserva del puesto de trabajo desempeñado, y el cómputo de periodo para la generación de derechos pasivos, aparte de otros no

---

suponía la asunción de un plus de negatividad o efecto pernicioso que, indudablemente, podría pesar en la libre decisión de participar en el ejercicio del derecho de huelga.

<sup>64</sup> En el régimen de la función pública no se le exige ninguna antigüedad a la trabajadora y a este periodo de suspensión se le atribuye el carácter de una excedencia forzosa.

contemplados en el caso de relaciones laborales, como considerar ese periodo a efectos de ascensos, y de trienios.

La LOProt.VG en su art. 21.1 establece que "la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo". A fin de ejercer este derecho la trabajadora deberá acreditar la existencia de una orden de protección a su favor, y excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta que se dicte la orden de protección, no obstante, el empresario puede denegar la solicitud de suspensión ante la falta de esta orden o de indicios suficientes por parte del informe del Ministerio Fiscal -TSJ del País Vasco de 2 Febrero 2010<sup>65</sup>-.

Hasta que se dicta el RD 1335/2005, de 11 de noviembre, sólo podían ser beneficiarios trabajadores por cuenta ajena pero el citado Real Decreto da un giro importante incluyendo en este beneficio a determinadas *trabajadoras por cuenta propia*, que sean víctimas de violencia de género. De esta forma se les da el mismo beneficio a estas trabajadoras que solicitan el permiso para «huir» de sus maltratadores. Se articula un sistema de protección reforzado, otorgando derechos a trabajadoras por cuenta propia, que, dadas sus excepcionales circunstancias, puedan necesitar acreditar periodos de carencia o situaciones asimiladas al alta, que le permitan acceder a prestaciones del Sistema, que hagan más soportable su situación.

Se trata de una causa de suspensión que ampara a la víctima de violencia de género, por lo que queden fuera de su ámbito subjetivo aquellos trabajadores que reciban "orden de alejamiento" respecto de la víctima, cuando esta orden requiera abandono del puesto de trabajo por prestar servicios en el mismo centro de trabajo de la trabajadora<sup>66</sup>. Ahora bien, dado que dicha orden puede ser cautelar o definitiva, habrá que diferenciar sus efectos sobre el contrato de trabajo, en el primer caso, hablaríamos de suspensión contractual, pero, en el segundo, habría que adoptar una medida más traumática, como es la extinción del contrato<sup>67</sup>. Ninguna de las soluciones está prevista en la ley, por lo que el empresario no estaría obligado a suspender el contrato, salvo pacto expreso entre las partes.

#### **4.13. LA SITUACIÓN DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD POR NACIMIENTO, ADOPCIÓN O ACOGIMIENTO –PREADOPTIVO, PERMANENTE O SIMPLE- (art. 45.1. d) ET**

---

<sup>65</sup> Rec. 3021/2009. En la sentencia del TSJ de Cataluña de 28 Enero 2010, -Rec. 5668/2009- se deniega la calificación de nulo al despido que sufre una trabajadora, motivado por su baja productividad en su puesto de trabajo, originada por la situación de violencia de género que vive en su hogar sin que esta situación haya sido expuesta al empresario.

<sup>66</sup> Sobre este tema, M.<sup>a</sup> TERESA DÍAZ AZNARTE, "Aspectos laborales y de Seguridad Social de la nueva Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", *Actualidad Laboral*, nº 12, 2005.

<sup>67</sup> P. RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica...*, op. cit., p. 298.

El art.45.1.d) ET recoge varios supuestos próximos, dado que todos ellos están relacionados con el nacimiento de hijos o con la integración de un menor de seis años en la familia, ya sea por su adopción o acogimiento –preadoptivo, permanente o simple (de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen)-, siempre que su duración no sea inferior a un año, e incluso el de carácter provisional. También se podrá disfrutar de esta suspensión contractual cuando se trate de acogidos o adoptados mayores de seis y menores de dieciocho siempre que existan razones de discapacidad o con especiales dificultades de inserción social y familiar debidas a sus circunstancias y experiencias personales o a su proveniencia del extranjero. La discapacidad a la que se refiere el precepto será aquella que se valore en un grado de al menos el 33% conforme al procedimiento regulado en el Real Decreto 1971/1999 y las dificultades de inserción deberán ser debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

Recientemente, el RD 295/2009 que viene a desarrollar reglamentariamente los subsidios por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, modificados o introducidos por la Ley 3/2007 y por la Ley 2/2008, de 23 de Diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009<sup>68</sup>, ha extendido el derecho a este tipo de suspensión a las situaciones de tutela. Ya que, según su art 2.1, “se considerará situación protegida, en los mismos términos establecidos para los supuestos de adopción y acogimiento, la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física, cuando el tutor sea un familiar que, de acuerdo con la legislación civil, no pueda adoptar al menor”. Dicha tutela se puede ejercer, de conformidad con el art. 222 Código Civil, respecto de los menores no emancipados que no estén sujetos a patria potestad (por ejemplo, por la muerte o abandono de los padres) o respecto de menores que se hallen en situación de desamparo. En tales casos tendrán derecho a la prestación por maternidad los tutores que sean ascendientes o parientes en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o adopción, puesto que son éstos los que, de conformidad con el art. 175.3 Código Civil, no pueden adoptar posteriormente a los tutelados.

El descanso por maternidad tras el nacimiento de hijo<sup>69</sup> regulado en el art. 48.4 ET es de dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables en caso de parto múltiple, en dos semanas

---

<sup>68</sup> J.C. ÁLVAREZ CORTÉS Y R.M. PÉREZ YÁÑEZ, “Sobre la regulación de las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia (a propósito del RD 295/2009, de 6 de Marzo)” *Relaciones Laborales*, nº 18, 2009. Este interesante estudio versa sobre el RD 295/2009, de 6 de Marzo, que viene a regular, reglamentariamente, las prestaciones económicas introducidas por la Ley de Igualdad, con la consiguiente derogación del RD 1251/2001. Se trata de una norma completa y compleja, además de necesaria pues viene a aclarar aspectos que quedaban incompletos en la regulación legal. Los autores afirman que esta nueva norma viene a mantener el mismo contenido que la que viene a sustituir en muchas cuestiones respecto de la maternidad y del riesgo durante el embarazo y que, a modo de simplificación, por lo que se refiere a la regulación de las prestaciones nuevas (maternidad supuesto especial, paternidad y riesgo durante la lactancia), viene a procurar aplicar las normas generales ya establecidas para las primeras, consiguiendo una importante uniformidad en la regulación de los aspectos que son comunes en este tipo de prestaciones.

<sup>69</sup>En torno a este permiso puede verse N. MARTINEZ YÁÑEZ, “Reflexiones sobre el permiso de maternidad y su concordancia con la igualdad de género”, *Relaciones Laborales*, nº 8, 2007.

por cada hijo a partir del segundo. El derecho se le atribuye a la madre<sup>70</sup>, que deberá reunir los requisitos para acceder a la prestación de la Seguridad Social, lo que significa que no se trata de un derecho reconocido conjuntamente al padre y a la madre, no es suficiente con que el padre los reúna, independientemente de la madre, sino que tales circunstancias deben concurrir en ambos progenitores<sup>71</sup>. Sólo si la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestación por maternidad por cotizaciones insuficientes –siempre tendrá derecho al subsidio por maternidad durante 42 días<sup>72</sup>–, el otro progenitor podrá percibir la prestación por maternidad y compatibilizarla con la de paternidad<sup>73</sup>, siempre que reúna los requisitos exigidos para

---

<sup>70</sup>La sentencia del TSJ País Vasco 5 Septiembre 2006 (Rec. 794/2006) se ha pronunciado en torno a la posible discriminación que pudiera encerrar la titularidad de este derecho por parte de la madre, considerando que no es discriminatorio el reconocimiento de este derecho al descanso en la situación de maternidad a la madre, en lugar de a ambos progenitores de manera indistinta, porque responde a una realidad biológica diferencial objeto de protección, por lo que la ventaja que determina para la mujer está justificada y no puede considerarse discriminatoria para el hombre.

No puede (...) afirmarse genéricamente que cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma (como podría al contrario serlo para la mujer la que le impusiera una privación solamente por razón del sexo) STC 109/1993, de 25 de Marzo (Rec. 1348/1988). Y al contrario, la justificación de tal diferencia podría hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar; en este caso, porque ello tiene lugar frente a la relación de trabajo; y sin perjuicio de que el legislador pueda extender el beneficio al varón o incluso suprimirlo sin que ello se oponga tampoco a los preceptos constitucionales invocados.

<sup>71</sup> El art. 3.4 del RD 295/2009 define que sucede en caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente periodo de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo, durante el periodo que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad. Se otorgará el mismo tratamiento cuando la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional. Si, por el contrario, la madre tuviese derecho a prestaciones por maternidad en el sistema de previsión derivado de su actividad profesional, independientemente de su duración o de su cuantía, o cuando no alcanzara este derecho por no haber incluido voluntariamente la cobertura de esta prestación, el otro progenitor no tendrá derecho al subsidio en el sistema de la Seguridad Social.

<sup>72</sup> Para el acceso al subsidio por maternidad es necesario acreditar los siguientes periodos mínimos de cotización (Art. 5.2): a) Si el trabajador tiene cumplidos 21 años de edad y es menor de 26 en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el periodo mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha. b) Si el trabajador tiene cumplidos 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el periodo mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

No se exigirán periodos mínimos de cotización para el reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad a los trabajadores que tengan menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

<sup>73</sup> El RD 295/2009 mejora las previsiones de la LOI y establece que si la madre trabajadora no reúne el periodo mínimo de cotización requerido y se le reconoce el subsidio de naturaleza no contributiva, el otro

acceder a ambas prestaciones y disfrutara de los correspondientes períodos de descanso. De igual forma que si se produjese el fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor tendrá derecho a la prestación económica por maternidad durante todo el periodo de descanso, sin que se descuente la parte que la madre hubiera podido percibir con anterioridad al parto, computado desde la fecha del parto, siempre que aquél acredite los requisitos exigidos.

Al mismo periodo suspensivo tendrá derecho cualquiera de los adoptantes en los supuestos de adopción o acogimiento<sup>74</sup>, de forma que si la madre no reúne los requisitos para acceder a la prestación de maternidad se le podrá otorgar al que si lo reúna<sup>75</sup>.

La suspensión por maternidad puede ser compartida, en tanto que la madre puede cederle parte del permiso al padre, siempre que en caso de parto natural se respete el periodo de 6 semanas que debe ser disfrutado por la madre después del parto. La posibilidad de repartir el periodo de suspensión por maternidad está clara, sin embargo, ha suscitado controversias el momento en qué debe hacerse la cesión de este derecho, si debe hacerse antes de comenzar su disfrute por parte de la madre o en cualquier momento durante su disfrute. Atendiendo a la jurisprudencia que ha surgido al respecto, hay que decir que no cabe establecer como requisito para que el padre disfrute de una parte del subsidio de maternidad, el que la madre lo exprese en el momento de solicitarlo. El artículo 48.4 del E.T. no dispone que la opción de la madre haya de ser realizada cuando se solicita la prestación de maternidad.

En la sentencia del TS de 20 de Mayo 2009<sup>76</sup> se resuelve que la intención de reparto del permiso puede hacerse una vez que se haya empezado a disfrutar del periodo de

---

progenitor, a opción de la madre, podrá percibir el subsidio de naturaleza contributiva, durante el periodo de descanso que corresponda, descontando la duración y el incremento del subsidio de naturaleza no contributiva, siempre que aquél acredite los requisitos exigidos.

<sup>74</sup> A estos efectos hay que decir que cuando la adopción se realiza de la hija o hijo natural de uno de los miembros de la pareja, que se ha sometido a una fecundación in vitro (dado que se trataba de una pareja de mujeres), no podrá solicitar la suspensión del contrato por maternidad, la madre biológica, por un lado, y la madre adoptante, por otro, dado que no nos encontramos ante la adopción de un menor que se incorpora a una unidad familiar, sino que la adopción que realizó la demandante constituyó el mecanismo para convertir en su hija a la niña biológica de su cónyuge, con la que se hallaba casada y con la que decidió tener un hijo - STSJ País Vasco 27 Noviembre 2007, Rec. 1846/2007-.

<sup>75</sup> No existe trato discriminatorio entre hijos naturales y adoptivos porque, cuando se procede a la adopción, el padre puede percibir la prestación de maternidad, si cumple los requisitos exigidos por la Ley, aunque la madre no los reúna. Discriminación que tampoco es de apreciar pues la diferente regulación de los períodos de descanso o suspensión de la relación laboral en la situación de maternidad, y en las de adopción y acogimiento halla también fundamento objetivo y razonable en el hecho diferencial biológico de la maternidad, y en la distinta finalidad de la suspensión en una y otras situaciones. En el caso de la maternidad, la suspensión responde a la especial condición biológica de la mujer después del parto, y a las particulares relaciones que se establecen entre ella y su hijo durante el período que le sigue (...), lo que justifica que se le atribuya la titularidad del derecho al permiso, sin perjuicio de que se le conceda la opción de que sea el padre el que disfrute parte del mismo para facilitarle el acceso al cuidado de su hijo. En los supuestos de adopción y acogimiento, el permiso se orienta a la inserción familiar del menor, y a favorecer el conocimiento mutuo, lo que explica que el derecho pueda ser ejercido indistintamente, tanto por el hombre como por la mujer» -STSJ País Vasco 5 Septiembre 2006, Rec. 794/2006-.

<sup>76</sup> Rec. 3749/2008.

suspensión por maternidad<sup>77</sup>. No es posible establecer como requisito para que el padre disfrute una parte del subsidio de maternidad, cedido por la madre, el que ésta opte porque una parte del mismo lo perciba el padre, en el momento de solicitar dicho subsidio, como pretende el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Hasta la entrada en vigor del RD 295/2009 el padre podía disfrutar de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, siempre que se pudiera producir la efectiva incorporación al trabajo de la madre porque no tuviera problemas de salud. A partir del art. 8.6 RD 295/2009, se afirma que será posible que el otro progenitor pueda hacer uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal. El citado Real Decreto admite que el padre se corresponsabilice con el cuidado de los hijos ya que la madre no podrá prestar toda la atención requerida por éstos, por lo que se permite la compatibilización de ambas situaciones cuyas contingencias protegidas son muy distintas (una la protección contra la enfermedad y otra la protección a la familia).

Esta opción a favor del padre no es inmutable ya que existe alguna causa que puede impedir su disfrute (art. 9 del RD 295/2009), como sería la existencia de una situación de riesgo durante la lactancia, en tanto en cuanto no sería posible que la madre cediera parte de su periodo de suspensión por maternidad a favor del padre y que no pudiera reingresar en su puesto porque aconteciera la citada contingencia, en cuyo caso, debería volver a acogerse al periodo de suspensión cedido.

El tiempo en que se suspende el contrato de trabajo no genera debate en general, pero ha sido necesario el RD 295/2009 para entender qué sucede en caso de nacimiento de neonatos o de niños que requieren hospitalización. La redacción de los dos párrafos del art. 48.4 ET sobre neonatos es bastante farragosa. La suspensión del contrato en caso de nacimiento de neonatos que es el párrafo que precede a la regulación establecida por la Ley 3/2007 sobre “prematuros con falta de peso” planteó dudas interpretativas en la doctrina, que ha venido a paliar el RD 295/2009. Así pues, en los casos de parto prematuro y en aquellos por los que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto —por cualquier causa—, la percepción del subsidio por maternidad podrá interrumpirse, a petición del padre o de la madre, según cuál sea el beneficiario, una vez completado el período de descanso obligatorio para la madre de 6

---

<sup>77</sup> Ya se habían pronunciado en este sentido: el TSJ Comunidad Valenciana 18 Septiembre 2008 -Rec. 4005/2007- señalando que lo realmente importante para tener derecho al percibo del subsidio, es que el beneficiario se encuentre disfrutando del periodo de descanso reconocido en el artículo 48.4 del ET, pues durante ese periodo el contrato de trabajo está suspendido (*ex* art. 45.1 d), con la lógica consecuencia de que el trabajador no está percibiendo su salario (art. 45.2 ET). Esta interpretación aparece reforzada en el texto vigente del artículo 48.4 del ET, tras la reforma introducida por la LO 3/2007, de 22 de Marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pues ahora el simple hecho de que la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, hacer surgir automáticamente y sin expresión de opción alguna, el derecho del padre a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiere correspondido a la madre, en términos similares a lo que ya se establecía para los supuestos de fallecimiento de la madre -TSJ Comunidad Valenciana 20 Febrero 2008 -Rec. 689/2007- que reproduce la primera citada.

semanas posteriores al parto, y se reanudará a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el período que reste por disfrutar.

Esta regla contempla dos novedosas excepciones: la primera es que no puede interrumpirse la percepción del subsidio por maternidad en caso de que se produzca la extinción del contrato o el cese de la actividad. Y la segunda, como se dijo más arriba, en caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor además de tener derecho a la prestación por maternidad, podrá interrumpir el disfrute del permiso incluso durante las seis semanas siguientes al parto. Pues bien, en los supuestos de hospitalización superiores a 7 días, teniendo en cuenta que se entiende como internamientos hospitalarios a estos efectos “los iniciados durante los treinta días naturales siguientes al parto” (*ex art. 8.11 RD 295/2009*), se ampliará la duración del permiso por maternidad, siguiendo lo dispuesto en la LGSS “en tantos días como el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, con un máximo de trece semanas adicionales”. La interpretación sistemática y lógica que hace el RD 295/2009 del art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, como anteriormente se dijo, se demuestra en el hecho de que se permite esta ampliación «aun cuando el beneficiario haya decidido interrumpir el disfrute del mencionado permiso».

Las trece semanas de ampliación que como máximo pueden disfrutarse en caso de hospitalización del neonato, se acumularán a las dieciséis semanas que corresponden o dieciocho en caso de nacimiento de hijo con discapacidad o a las que correspondan en caso de parto múltiple. Aunque en el caso de parto múltiple no procederá acumular los períodos de hospitalización por cada uno de los hijos —si son varios los que necesitan hospitalización— “cuando dichos períodos hubieran sido simultáneos” (art. 8.3 RD 295/2009). En sentido contrario, podrán acumularse si los períodos no fueron simultáneos pero recordando que la hospitalización ha de ser dentro del mes siguiente al nacimiento.

En otro orden de cosas, hay que referirse a algunas novedades que introduce el RD 295/2009 en materia de Seguridad Social. En este sentido su Disposición Transitoria Segunda afirma que a efectos del reconocimiento de las prestaciones que, en cada caso, correspondan, causadas a partir del 24 de Marzo de 2007, fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, se computarán como cotizados los periodos de maternidad o paternidad, a los que se refiere el Art. 124.6 de la LGSS, iniciados a partir de la indicada fecha o disfrutados a partir de ese momento si se trata de períodos iniciados con anterioridad.

Asimismo, tendrán la consideración de cotizados el 100 por 100 de los periodos a los que se refiere el artículo 180.3 de la misma ley (dos años de excedencia por cuidado de hijos) y las reducciones de jornada que se hubieran iniciado a partir de la entrada en vigor de la mencionada Ley Orgánica. La consideración como cotizados del 100 por 100 de los períodos a los que nos hemos referido con anterioridad se aplicará también a los períodos de excedencia iniciados a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, o transcurridos, a partir de este momento, si se trata de excedencias o reducciones de jornada iniciadas con anterioridad.

El permiso de paternidad es autónomo del anterior, se regula en el art. 48 bis ) ET y ha sido introducido por la Ley 3/2007<sup>78</sup>. El trabajador tiene derecho a una suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en dos días más por parto, adopción o acogimiento múltiple a partir del segundo, o si uno de ellos es una persona con discapacidad. El RD 295/2009 con el objetivo de dar cumplimiento a lo previsto en la Disposición Transitoria novena de la Ley 3/2007, así como, a la Disposición Adicional sexta de la citada Ley 2/2008, ha ampliado la suspensión del contrato de trabajo por paternidad a veinte días cuando el nacimiento, adopción o acogimiento se produzca en una familia numerosa, o ésta adquiera dicha condición con el nuevo nacimiento, adopción o acogimiento o en la familia haya una persona con discapacidad.

Este periodo es independiente del disfrute compartido que pueden tener los dos progenitores del descanso por maternidad regulado en el art.48.4 ET, exceptuando el supuesto de parto en el que la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor; mientras que en caso de adopción o acogimiento, este derecho corresponde sólo a uno de los progenitores, según decidan los interesados, salvo que el periodo de descanso regulado en el 48.4 (el de las dieciséis semanas) sea disfrutado en su totalidad por uno, en cuyo caso, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro. No se admite legalmente que sólo uno disfrute de forma acumulada las dieciséis semanas más trece días del permiso por paternidad. Ahora bien, ¿qué sucedería si sólo hubiera un progenitor, adoptante o acogedor?. En ese caso, habría que entender que dado que el bien jurídico protegido en cualquiera de las dos causas de suspensión es el niño recién nacido o menor acogido o adoptado debería poderse acumular en la misma persona ambos supuestos suspensivos.

#### **4.14 CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN (art. 45.1.j) ET) Y POR FUERZA MAYOR TEMPORAL (art. 45.1. i) ET). LA REDUCCIÓN DE JORNADA**

Este supuesto de suspensión ha sido afectado por la última reforma laboral introducida por el RD 10/2010 en la que se han definido las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que pueden justificar la suspensión contractual y se ha ampliado el campo de actuación del empresario ante la concurrencia de estas circunstancias, que podrá suspender temporalmente la relación laboral o reducir temporalmente la jornada de los trabajadores de la plantilla.

El art.47 ET condiciona este supuesto suspensivo a la concurrencia de causa justificativa y a la tramitación de un procedimiento formal de regulación de empleo ante la Autoridad laboral, previsto en el art.51 ET. Dicho procedimiento deberá llevarse a cabo independientemente del número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión y requerirá no sólo la tramitación administrativa sino también el inicio de un periodo de consultas con los representantes legales de los

---

<sup>78</sup> Sobre este permiso puede verse: J. GARCÍA VIÑA, “El permiso de paternidad: cuestiones laborales y de Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, N.º 16, 2009 y I. BELTRÁN DE HEREDIA, “La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por paternidad a la luz de la LO 3/2007”, *Relaciones Laborales*, N.º 5, 2008.

trabajadores con los que se tratará de llegar a un acuerdo. Esta medida deberá ser autorizada cuando “de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter coyuntural de la actividad de la empresa”.

Los principales debates doctrinales y jurisprudenciales que se han planteado en torno a estos supuestos han girado en torno al contenido de las causas, que, como ya hemos señalado, acaban de ser modificadas.

Antes de adentrarnos en el contenido de la última reforma, señalaremos, en primer lugar, la importancia de distinguir entre las causas –económicas, técnicas, organizativas o de producción- y las de fuerza mayor, dado el distinto tratamiento que la normativa laboral otorga a cada una de ellas. Si la suspensión se origina por fuerza mayor el empresario puede quedar exonerado del pago de las cuotas a la Seguridad Social durante el tiempo de la suspensión, pero no sucede lo mismo en el resto de las causas empresariales -TSJ Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, sentencia de 21 Diciembre 2007<sup>79</sup>-. De igual forma que los expedientes suspensivos fundamentados en fuerza mayor tendrán efecto desde que concurra la causa, mientras que en los demás, sólo se producirán cuando se den las circunstancias expuestas en el art. 57.3 de la Ley 30/1992, es decir, desde que se dicta, la resolución administrativa. Dicha resolución determinará la duración del periodo suspensivo.

La fuerza mayor, como causa motivadora de la suspensión de los contratos de trabajo, precisa imprevisibilidad o inevitabilidad pese a su previsión, de manera que, para apreciarse la concurrencia de fuerza mayor, se requiere que se trate de un hecho que no hubiera podido preverse o que previsto, fuera inevitable<sup>80</sup>. “Para que exista irresponsabilidad se precisa: que el suceso sea imprevisible o insuperable e irresistible, que no se deba a la voluntad del deudor, que haga imposible el cumplimiento de la obligación y que haya relación causal entre el evento y el resultado”, -sentencia del TS de 6 de Abril 1987<sup>81</sup>-.

Por ejemplo, se puede calificar de fuerza mayor a la destrucción del inmueble producida a raíz del incendio ocasionado en donde se ubicaba el negocio, tal evento *per se* determina la suspensión o extinción de los contratos en general, sin otro condicionamiento al respecto que la empresa acompañe los medios de prueba justificativos de su existencia y cumplimente formalmente los requisitos establecidos en

---

<sup>79</sup> Rec. 657/2004.

<sup>80</sup> STS Contencioso-Administrativo 16 de Diciembre de 1993, publicada en <http://www.laleylaboral.com> con referencia La Ley 5056/1994. En esta sentencia se cuestiona si puede sustentarse en fuerza mayor un expediente de regulación de empleo para la suspensión de los contratos de los trabajadores de un hotel, por la realización de obras en el mismo. La empresa solicitaba la suspensión y la exoneración de cuotas de la Seguridad Social durante el tiempo de la suspensión. El órgano administrativo le autoriza la suspensión pero no la exoneración de cuotas. El empresario recurre este último contenido denegatorio en vía contencioso-administrativa, alegando que la causa de la suspensión de los contratos debe ser fuerza mayor, y con base en ello debe accederse a la exoneración de cuotas. Esta decisión queda refrendada posteriormente por el TS Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia de 20 Mayo 1997, Rec. 3243/1991..

<sup>81</sup> Publicada <http://www.laleylaboral.com> con referencia La Ley 88480-NS0000

el mencionado Estatuto de los Trabajadores y Real Decreto 43/1996, de 19 de Enero , en orden a la simultánea comunicación a los representantes de los trabajadores (STS de 27 de Febrero de 2008<sup>82</sup>). Sin embargo, no se considera fuerza mayor, sino causa tecnológica la interrupción de la actividad pesquera en determinados caladeros donde ya se ha previsto que se producirá una parada biológica durante un periodo de tiempo -TS, Sala de lo Contencioso-administrativo, sentencia de 16 Jul. 2001<sup>83</sup>-.

Para la delimitación del contenido de las causas podríamos ver tanto los expedientes extintivos como suspensivos, teniendo en cuenta que la diferencia de éstos últimos con respecto a los primeros está en el elemento temporal que siempre está presente en los suspensivos. El efecto suspensivo sólo se producirá tras la tramitación de un procedimiento administrativo de carácter especial que se regula en el art.51.12 ET, y que servirá para que el empresario pruebe la existencia de fuerza mayor y sus efectos imposibilitantes sobre el contrato de trabajo. La prestación por desempleo a la que tiene derecho el trabajador suspendido por fuerza mayor se iniciará una vez resuelto el expediente administrativo, de forma que, hasta ese día, será el empresario el que tendrá que hacerse cargo del pago de los salarios.

El elemento temporal debe darse en todo expediente suspensivo exigiendo brevedad en la duración y en el alcance de las consecuencias. Será temporal mientras se trate de causas de corta duración, de alcance no definitivo, siendo el órgano administrativo autorizante quien tenga que ponderar y resolver sobre tan crucial calificación respecto de hasta cuándo el evento temporal ha tenido la virtualidad de suspender y cuándo ha de tener fuerza para extinguir, circunstancia que, evidentemente, implica un considerable elemento de inseguridad jurídica, aunque un repaso de la jurisprudencia delata que, en realidad, no son muchos los supuestos que han tenido real ocurrencia en dicha sede<sup>84</sup>. Los expedientes por fuerza mayor (--y más aún, generados para suspender los contratos de trabajo--) resultan infrecuentes, porque cuando tienen lugar llevan consigo una cesación definitiva de las relaciones laborales.

El resto de las causas suspensivas, es decir, las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción se han caracterizado siempre por su ambigüedad, sin que ello haya impedido su alegación por parte de los empresarios para justificar los despidos y las suspensiones contractuales.

Tras la última reforma llevada a cabo por el RD 10/2010, estas mismas causas podrán justificar también una reducción de jornada que implique una disminución temporal de la jornada de entre un 10 y un 70%, siempre que esta sea autorizada por la Autoridad Laboral, tras cumplir las exigencias del procedimiento administrativo previo, independientemente de cuál sea el número de trabajadores de la empresa y el número de afectados por la suspensión. Esta situación no sólo está controlada por la Autoridad laboral sino también protegida por el legislador en la medida que el trabajador afectado por esta medida podrá acceder al “desempleo parcial” (art. 203.3 LGSS).

---

<sup>82</sup> Rec.2716/2006.

<sup>83</sup> Rec.8783/1995.

<sup>84</sup> Sobre los caracteres de esta causa véase B. BLASCO SEGURA, “La suspensión del contrato de trabajo: los apartados j) y m) del artículo 45 del estatuto de los trabajadores”, *Actualidad Laboral*, 1995.

A tenor de la nueva redacción que ha recibido el precepto estatutario habría que entender que las únicas situaciones admisibles de reducción de jornada que podría decidir el empresario son las “temporales”, porque son las tuteladas por la Administración pública y protegidas por la Ley General de Seguridad Social, garantizándoles el “desempleo parcial”; sin embargo, en el art. 203.3 LGSS se menciona otra modalidad de reducción de jornada, como es la “reducción de jornada definitiva”, a fin de excepcionarla del derecho a desempleo parcial. Ante esta descoordinación entre la norma estatutaria y la de Seguridad Social se plantea la pervivencia de ésta última después de la última reforma del RD10/2010.

Está claro que, si la Ley de Seguridad Social se refiere a las “reducciones de jornada definitivas”, aunque sólo sea para excluirlas del campo del desempleo parcial, es porque éstas son factibles en el marco de una empresa con trabajadores a tiempo parcial, a los que después del RD 5/2001 el empresario les puede modificar la jornada de forma unilateral sin ningún tipo de control, sin necesidad de recurrir a este precepto (art.47 ET) y sin derecho a desempleo ni a indemnización. No olvidemos que el citado Real Decreto eliminó el límite que diferenciaba el tiempo parcial del tiempo completo, (antes por debajo del 77% de la jornada ordinaria) por lo que cualquier jornada de trabajo inferior a la considerada en convenio colectivo como jornada completa, pasa a ser considerada a tiempo parcial. Lo que significa que puede darse que un trabajador a tiempo parcial tuviera una jornada prácticamente igual a un trabajador tiempo completo, pero con menores derechos laborales, ya que se le puede ampliar individualmente la jornada irregular. Su horario tanto al día, como a la semana y mes incluyendo los días que debe trabajar o no, depende exclusivamente de la decisión del empresario, y la jornada puede variar continuamente. La reducción de jornada pasa a ser cuestión individual entre empresa y trabajador al que se le pagará solo el tiempo trabajado.

Ahora bien, si el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 47.2 sólo habla de un tipo de reducción de jornada, como es la “temporal”, sin diferenciar que ésta afecte a trabajadores a tiempo completo o parcial, y sometiendo esta decisión empresarial a un control administrativo previo, no deberían admitirse las reducciones de jornada “definitivas” y si se realizaran porque la Ley de Seguridad Social se refiere a ellas y el RD 5/2001 las permite, debería garantizarse el derecho del trabajador a una indemnización proporcional al tiempo de trabajo por el que se reduce su jornada habitual, porque debería considerarse una extinción parcial del contrato de trabajo.

El olvido por parte del legislador de incluir en el art. 47.2 ET las reducciones definitivas de jornada, sometiénolas al mismo control y a las mismas garantías que las reducciones de jornada temporales, debería conllevar la imposibilidad de llevar a cabo las primeras, o bien, considerarlas extinciones parciales del contrato de trabajo que generan al trabajador un derecho a una indemnización proporcional al tiempo que se le ha reducido la jornada.

Otro aspecto de interés que ha introducido la reforma es la definición de las causas. El legislador ya no se ha quedado en la mera enunciación de éstas sino que ha ido más allá intentando definir cada una de ellas. A estos efectos, en la redacción actual del art. 51 ET se entiende que concurren causas económicas cuando los resultados de la empresa arrojen pérdidas económicas no meramente coyunturales. A estos efectos, la empresa

tendrá que acreditar objetiva y documentalmente los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva. Se considera que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios en el ámbito de los medios o instrumentos de producción, causas organizativas cuando se produzcan cambios en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios en el ámbito de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. La empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce mínimamente la razonabilidad de la decisión extintiva en orden a superar las dificultades que impidan su buen funcionamiento a través de una más adecuada organización de los recursos.

#### **4.14. CIERRE LEGAL DE LA EMPRESA (art. 45.1. m) ET)**

Esta causa de suspensión, amparada constitucionalmente, sólo se admite si se ajusta al requisito de “legalidad”, en el sentido de que sólo es posible adoptar esta medida con la exclusiva finalidad de preservar a las personas, a las cosas o a las instalaciones de un peligro notorio<sup>85</sup>, o cuando la conducta de los trabajadores impida gravemente el proceso normal de producción<sup>86</sup>, o si se produce una ocupación ilegal del centro de trabajo<sup>87</sup>, ello en tanto que el cierre es un mecanismo de defensa que puede utilizar el

---

<sup>85</sup> Notorio peligro de violencia sobre las personas o daño grave para las personas o cosas, lo que responde a la necesidad de velar por la seguridad de la integridad física de las personas y por la salvaguarda de los bienes materiales (TS 14-1-00, Rec. 2478/1999). Se ha señalado que existe el peligro notorio, real, inminente y actual cuando los daños no puedan evitarse mediante la aplicación de los mecanismos legales para garantizar la seguridad de las personas y cosas y, en particular, mediante la fijación de servicios de seguridad y mantenimiento, así como que el peligro se manifieste en el mismo centro de trabajo o en otros ámbitos si tienen relación directa con el desarrollo de las actividades.

<sup>86</sup> Inasistencia o irregularidades en el trabajo que impidan gravemente el proceso normal de producción, lo que responde a la necesidad de guardar la proporcionalidad entre los intereses de los huelguistas y los del empresario, legitimando el cierre cuando la naturaleza o extensión de la huelga impida la producción. En este sentido, la inasistencia al trabajo presupone que la huelga no afecta a la totalidad de los trabajadores, ya que en otro caso no surge la necesidad de cerrar el centro de trabajo al no existir una previa obligación de abrirlo, que sólo resulta exigible, por respeto al derecho del trabajo de los trabajadores no huelguistas, cuando parte de la plantilla no secunda el paro (TS 31 de Marzo de 2000, Rec. 2705/1999). Para que concurra esta causa es necesario que se den las siguientes circunstancias: que el número de ausencias al trabajo sea de tal magnitud que, bien por razones cualitativas cuando los huelguistas ocupan puestos neurálgicos en la cadena de producción, bien por puras razones cuantitativas, impidan el proceso productivo; que el impedimento del proceso de producción sea grave, en el sentido de que no pueda organizarse mínimamente, o lo que es lo mismo, que su desarrollo quede paralizado hasta el punto de que no sea posible dar ocupación efectiva a quienes ejercen su derecho al trabajo; la gravedad exigible no es la derivada simplemente del ejercicio del derecho de huelga.

Concurriría esta causa por ejemplo, en una empresa dedicada a la elaboración y distribución de un determinado producto, si el proceso productivo queda totalmente paralizado al secundar la huelga los trabajadores de fabricación, almacén, atención al público, venta y transporte, acudiendo únicamente a trabajar el personal administrativo, al que no se puede encomendar ningún tipo de actividad (Sentencia TS 31 de Marzo de 2000, Rec. 2705/1999).

<sup>87</sup> Ocupación ilegal del centro de trabajo o peligro cierto de que se produzca, causa que se vincula a la propia regulación de la huelga, ya que se impone que el ejercicio de la huelga se realice sin ocupación del centro de trabajo o de cualquiera de sus dependencias (art.7 del Real Decreto Ley 17/1977), medida que está relacionada también con el respeto del derecho al trabajo de quienes decidan no participar en la huelga. Este peligro ha de ser un peligro cierto e inmediato, cuya existencia no puede inferirse de meras suposiciones o temores, como la existencia de una anterior ocupación duradera y la amenaza ocasional de repetirla (TSJ Sevilla 3 de Julio de 1998, Rec. 3390/2000). A su vez, la ocupación ha de adoptar

empresario, pero que repercute negativamente sobre los trabajadores. La decisión de cierre patronal no precisa de autorización administrativa o judicial, pudiendo ser acordado unilateralmente por el empresario, una vez comunicada la decisión a la Autoridad Laboral (art. 13.1 RDL 17/1977) en el término de 12 horas. El cierre se ha de limitar al tiempo indispensable para asegurar la reanudación de la actividad de la empresa, o para la remoción de las causas que lo motivaron, pudiendo finalizar a iniciativa del empresario, a instancia de los trabajadores o por requerimiento de la Administración pública.

A diferencia de la huelga, el cierre patronal no se configura en la Constitución como un derecho fundamental, dado que esta facultad patronal de decretar el cierre no aparece específicamente recogida en la Constitución, sino que constituye una de las medidas generales de conflicto colectivo reconocidas en el art.37.2 CE. Así lo han expresado con claridad la STC 11/1981 y la STS de 31 de Marzo de 2000<sup>88</sup>.

La citada sentencia del Tribunal Constitucional al referirse al cierre patronal - RDL 17/1977, de 4 de Marzo, sobre relaciones de trabajo- afirma que la potestad de cierre no está concebida como una medida incondicionada que el empresario pueda adoptar en respuesta a la huelga (TSJ Madrid 28 de Enero 1994<sup>89</sup>), sino que se le otorga únicamente como manifestación del poder de policía, para asegurar el orden dentro de la empresa en aquellos casos en los que pueda haber peligro para la vida, la integridad física, las instalaciones o los bienes por la desorganización que las medidas de conflicto adoptadas por los trabajadores esté provocando, siempre limitado al tiempo necesario para remover tales causas y asegurar la reanudación de la actividad.

Hay que recordar que, siguiendo los supuestos previstos en el RDL 17/1977, los tribunales distinguen los siguientes tipos de cierre patronal: el cierre ofensivo o de agresión, el cierre encubierto y, finalmente, el cierre defensivo o de respuesta.

El cierre no se ha considerado legal en aquellos casos en que los perjuicios derivados de una huelga convocada de forma intermitente durante varias semanas se pudieran mitigar aceptando la oferta de los trabajadores consistente en la permanencia de un retén durante los días de huelga (TS 31 de Octubre 1996<sup>90</sup>), o cuando la medida se adopta el día anterior al inicio de la huelga en base a meras estimaciones, sin esperar a comprobar la incidencia real de la huelga en el proceso productivo (TSJ Extremadura 17 de Septiembre 2002<sup>91</sup>).

Cuando el cierre se estima ilegal no se producen los efectos suspensivos que habitualmente conllevaría esta medida adecuadamente adoptada, por lo que el empresario está obligado a abonar los salarios devengados durante el período de cierre

---

características que le den una especial relevancia, no justificando el cierre cuando los trabajadores en huelga no limiten la disponibilidad de las instalaciones, ni hayan sido previamente requeridos para abandonar el centro de trabajo (TS 10 de Marzo 1982, publicada en <http://www.laleylaboral.com> con referencia La Ley 1392-JF/0000).

<sup>88</sup> Rec. 2705/1999.

<sup>89</sup> Publicada en <http://www.laleylaboral.com> con referencia La Ley 5006-JF/0000.

<sup>90</sup> Rec. 699/1996.

<sup>91</sup> Rec.283/2009.

ilegal a los trabajadores que hayan dejado de prestar servicios como consecuencia del mismo, sin perjuicio del mantenimiento de las consecuencias derivadas para los trabajadores adheridos voluntariamente a la huelga, además de otros efectos en materia de Seguridad Social.

## **5. LAS EXCEDENCIAS**

La confusa redacción del art. 46 ET, regulador de las excedencias, genera ciertas dudas en torno a las características de cada una de las modalidades de excedencia existentes, como son la de cuidado de hijos o familiares, la forzosa y la voluntaria.

En el apartado primero del art. 46 ET se describe la naturaleza y los efectos de la “excedencia forzosa”, mientras en el apartado segundo de ese mismo artículo sólo se define el régimen de ejercicio del derecho de la excedencia voluntaria. El legislador vuelve a referirse a los efectos de la excedencia en el apartado quinto del art. 46 ET sin definir a cual de las modalidades se refiere, por lo que habrá que entender que son los de la excedencia voluntaria<sup>92</sup>, dado que los de la forzosa ya se han expuesto en el primero.

### **5.1. EXCEDENCIA POR CUIDADO DE HIJOS O FAMILIARES**

La norma configura esta modalidad de excedencia como un derecho de los trabajadores, hombres o mujeres, introduciendo cambios en la cultura familiar y sensibilizando en el reparto de las responsabilidades y en la modificación de patrones socioculturales de conducta<sup>93</sup>, ello sin perjuicio de que este siga siendo un derecho ejercido fundamentalmente por mujeres, ya que “hoy por hoy son las mujeres las que de forma casi exclusiva solicitan este tipo de excedencias para el cuidado de los hijos” -STC 203/2000, de 24 de Julio<sup>94</sup>-. Ello significa que este derecho y su ejercicio pueden quedar comprometidos por prácticas discriminatorias.

La excedencia por cuidado de hijos, ya lo sea por naturaleza, por adopción o por acogimiento –permanente o preadoptivo- e incluso provisional, se reconoce a favor del padre o de la madre por un periodo no superior a tres años desde el nacimiento del hijo/a o desde que se dicte la resolución administrativa. Una vez cumplidos los tres años ya no se podrá solicitar esta modalidad de excedencia, pero la jurisprudencia ha abierto otras posibilidades a las que me referiré a posteriori.

La excedencia para cuidado de familiares hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad se podrá solicitar siempre que existan razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad que impidan a la persona valerse por sí misma y no desempeñe actividad retribuida<sup>95</sup>. Los caracteres de las citadas condiciones que debe reunir el

---

<sup>92</sup> P. RIVAS VALLEJO se manifiesta en el mismo sentido, *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica...*, op. cit., p. 202.

<sup>93</sup> Sobre el interés del legislador por repartir la responsabilidad de los trabajadores y trabajadoras en cuestiones familiares, véase: A. MURCIA CLAVERÍA, La tutela del puesto de trabajo del trabajador/a con responsabilidades familiares, *Relaciones Laborales*, nº1, 2010.

<sup>94</sup> Rec.2947/1997.

<sup>95</sup> Sobre este requisito, manifiesto mi acuerdo pleno con la autora P. MORGADO PANADERO al señalar lo poco afortunado de su exigencia, porque el familiar no podrá desempeñar actividad retribuida, sin que

familiar han sido objeto de la jurisprudencia y, en concreto, el de la edad ha sido interpretado de forma muy flexible por el TSJ de Navarra en sentencia de 23 de Febrero 2006<sup>96</sup>. En esta sentencia se ha admitido que en “la intención del legislador al regular la excedencia para el cuidado de familiares no estaba la de excluir el supuesto de atención a hijos mayores de tres años, y ello con independencia de que se hubiera disfrutado previamente de la excedencia prevista en el párrafo primero del art. 46 ET para la atención o cuidado de hijos, pues ambas excedencias son compatibles y susceptibles de ser disfrutadas de forma continuada”.

En esta sentencia se afirma que “aunque una primera lectura del precepto podría hacernos pensar que los sujetos causantes del derecho a la excedencia son distintos en ambos supuestos: el hijo recién nacido (menor de tres años), adoptado o acogido, en la excedencia regulada en el párrafo primero, y otro familiar, enfermo o desvalido, en el segundo, sin embargo una interpretación literal y, fundamentalmente, teleológica del precepto nos lleva a considerar que en los dos casos subyace una situación de desvalimiento de la persona causante del ejercicio del derecho, motivada por su edad, enfermedad o accidente, de tal forma que no existe obstáculo alguno para permitir el disfrute de la excedencia solicitada por el demandante, pues un niño mayor de tres años es, sin duda, un familiar que por razón de edad no puede valerse por sí mismo”.

Otro aspecto de interés en torno a esta modalidad de excedencia relacionada también con su ámbito subjetivo es si en ella se incluye o no al cónyuge. La norma no hace referencia al mismo, sino tan sólo a los familiares hasta el segundo grado, pero la doctrina ha entendido que no se trata de una negativa a conceder este tipo de excedencia, ya que en la mayoría de los casos este “pariente” es el que en numerosas ocasiones justifica este tipo de suspensiones. No en vano, de acuerdo con las estructuras sociales, el modelo familiar español, es el constituido por una pareja y por sus hijos, por lo que a quien recurrirá en primera instancia para que le preste sus cuidados será a sus familiares más cercanos, y en concreto al cónyuge. Ello ha provocado que pese a esa ausencia en la normativa, el cónyuge deba ser incluido como sujeto causante de dicho derecho, entendiendo en este caso que es un pariente por afinidad<sup>97</sup>.

También relacionado con el ámbito subjetivo de esta figura diremos que sólo se permite que la excedencia sea solicitada para el cuidado de aquellos familiares con los que existe un vínculo real y formal, quedando, por tanto, fuera de su ámbito de aplicación aquellas situaciones de hecho en las que personas no son familiares, aunque exista una convivencia física y una dependencia personal y económica. Por lo tanto,

---

se considere como tal el hecho de estar percibiendo una pensión de la Seguridad Social; o incluso es aceptado que puede poseer rentas de cualquier otra naturaleza, pero nunca vinculadas a un trabajo activo. Sin embargo, la realización de un trabajo retribuido no pone en entredicho la “dependencia” respecto de aquel que puede solicitar la excedencia, pues aunque el familiar perciba un salario por la realización de ciertas actividades, no justifica la prohibición de ejercicio del derecho, ya que es posible que, pese a ello, el pariente necesite cuidados de otro, por no poder valerse por sí mismo: “La excedencia laboral para cuidado de familiares: claves para un debate”, *Actualidad Laboral*, nº 7, 2007.

<sup>96</sup> Rec.25/2006.

<sup>97</sup> P. MORGADO PANADERO, “La excedencia laboral para cuidado de familiares: claves para un debate”, *op. cit.* p.4.

dada la actual configuración, no darán derecho a la solicitud de excedencia, las personas que pese a encontrarse en esa situación, no reúnen la condición de parentesco por afinidad o consanguinidad.

En otro orden de cosas y refiriéndonos a los efectos de ambas modalidades de excedencia hay que decir que en ambas son similares –art. 46.3 ET-, en las dos el periodo de excedencia será computable a efectos de antigüedad, el trabajador tendrá derecho a cursos de formación, existe reserva del mismo puesto de trabajo durante el primer año y reserva de un puesto en el mismo grupo profesional o categoría equivalente el resto del tiempo y posibilidad de disfrute del periodo de excedencia de forma fraccionada.

La diferencia fundamental entre ellas está en el diferente tratamiento que recibe por parte de la Seguridad Social (art. 180 LGSS), porque en la excedencia por cuidado de hijos se garantiza al trabajador que la disfruta que durante los dos primeros años se le considerará como periodo efectivamente cotizado al sistema a efectos de su acceso a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, mientras que en la excedencia para cuidado de familiares este derecho sólo será durante el primer año.

El tratamiento especial que reciben por parte de la Seguridad Social no debe impedir que durante el disfrute de cualquiera de estas modalidades de excedencia se flexibilice la exigencia del deber de “no concurrencia”, es decir, la obligación de no trabajar para otro empresario, siempre que se consiga el fin: el cuidado del hijo o del familiar dependiente. La persona en excedencia podrá compatibilizar esta situación con otro trabajo en otra empresa siempre que éste sea compatible con el cuidado del menor o del familiar, ya sea porque el nuevo empleo –por horario, turno, ubicación, duración de la jornada, o cualquier otra razón- le permita atenderles.

No olvidemos que en esta línea se presenta el RD 295/2009 al permitir en su art. 11 b) compatibilizar el trabajo con las prestaciones por maternidad cuando los beneficiarios se encuentren disfrutando de aquéllas en régimen de jornada a tiempo parcial. Ello sin perjuicio de que esta tesis sea muy discutida en los tribunales, que se han manifestado en muchas ocasiones al respecto, considerándola una situación de fraude<sup>98</sup>. Así pues, la compatibilización del trabajo con la excedencia no está plenamente aceptada por la doctrina jurisprudencial. Así el TSJ de Andalucía (Sevilla) de 1 de Julio de 2009<sup>99</sup> entiende que es constitutivo de un fraude ya que la excedencia por cuidado de hijos, debe conectarse con la finalidad u objetivo principal protegido por la regulación: es un mecanismo a través del cual se pretende compatibilizar la situación laboral con el cuidado de los hijos de corta edad. Entiende el Tribunal que precisamente, lo que justifica el derecho del trabajador a la excedencia y la paralela obligación del empresario de soportarla, es la necesidad de otorgar cuidados a los hijos menores de tres años, por lo que no es aceptable la realización de una nueva prestación de trabajo

---

<sup>98</sup>Sobre este concreto aspecto puede revisarse E. BORRAJO DACRUZ, “Excedencia por cuidado de hijo y trabajo en otra empresa”, *Actualidad Laboral*, n1 22, 2009.

<sup>99</sup> Rec.3741/2008.

durante este período, pues se descuidaría al hijo recién nacido, perdiéndose el objeto o finalidad de la excedencia. Según el Tribunal, no tendría mucho sentido cesar en la prestación de trabajo para cuidar a los hijos y a continuación comenzar a trabajar en una empresa diferente, y admitir la posibilidad de una nueva prestación de trabajo supondría desequilibrar la posición del empresario que ha de soportar la suspensión de la relación.

Frente a esta posición jurisprudencial consideramos que el ejercicio de otra actividad profesional no siempre impedirá que el trabajador/a se ocupe del menor o del familiar a cargo, ya que por las diferentes circunstancias en las que se desarrolle el nuevo empleo - más cerca del hogar familiar, con un horario mejor o un turno más adecuado o a tiempo parcial, etc.- pueden permitir el logro del fin incluso desarrollando una actividad laboral. A nuestro juicio, la imposibilidad de trabajar durante el periodo de excedencia podría generar una situación de discriminación hacia la mujer, que se vería doblemente perjudicada: por un lado, teniendo que abandonar su trabajo habitual, con la pérdida de posibilidades reales de promoción en la empresa, de salario y de condiciones laborales que ello conlleva, y por otro, impidiéndole que durante ese tiempo pueda buscar otro empleo que impida su salida del mercado de trabajo y le garantice otra fuente de recursos que supla la pérdida de ingresos que provoca el abandono temporal de su puesto de trabajo.

Otro tema de interés en estas modalidades de excedencias que ha sido objeto de análisis por el Tribunal Constitucional, es el contenido del derecho a la “reserva de puesto de trabajo”. La sentencia del Tribunal Constitucional 233/2007, de 5 de Noviembre<sup>100</sup> se pronuncia en torno a si “reserva de puesto” significa desarrollo exacto de las mismas tareas, o bien, cabe alguna matización al respecto. A estos efectos el Tribunal examina, por un lado, si la variación en el puesto de trabajo ofertado a la trabajadora le ocasiona una minusvaloración o un perjuicio laboral y, por otro lado, si existen intención empresarial de discriminar.

En primer lugar, no considera que exista perjuicio profesional si el trabajo que se le encarga no es de categoría inferior. A juicio del Tribunal la asignación a la trabajadora de otras funciones, que ya realizaba anteriormente aunque de forma esporádica, no puede considerarse lesiva de ningún derecho, puesto que esta decisión empresarial se considera que está dentro del marco de las facultades organizativas con que cuenta el empleador (art. 20.1 LET). En segundo lugar, el empresario no tiene intención de discriminar y su decisión no le ocasiona tampoco perjuicios que se puedan encuadrar en la prohibición de discriminación del art. 14 CE. La decisión empresarial no lleva aparejado un trato peyorativo en las condiciones de trabajo -perjuicio de carácter salarial, horario o turno- o una limitación o quebranto de los derechos o expectativas económicas o profesionales de la trabajadora, por lo que no se puede hablar de situación discriminatoria.

En consecuencia, el otorgamiento de tareas diferentes a la trabajadora tras una excedencia sólo resultaría discriminatorio si llevase aparejado un trato peyorativo en las condiciones laborales o una limitación o quebranto de los derechos o expectativas económicas o profesionales de la trabajadora en los términos expuestos. Sólo se hablará

---

<sup>100</sup> Rec.6219/2005.

de vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo cuando se acredite la existencia de una motivación discriminatoria conectada con el derecho ejercitado, y se haya producido una devaluación o un deterioro de las condiciones de trabajo de la trabajadora que quepa relacionar con el disfrute del derecho a la excedencia para el cuidado de su hijo.

## 5.2.EXCEDENCIA FORZOSA

Como ya hemos señalado con anterioridad, los únicos supuestos que pueden dar lugar a una excedencia forzosa son el ejercicio de cargo público representativo o el ejercicio de funciones sindicales de ámbito provincial o superior cuando se trate de un sindicato más representativo, siempre que el tiempo que se dedique a la actividad supere el 20% de su tiempo de trabajo efectivo o el desempeño del puesto de trabajo resulte incompatible con el ejercicio de tal deber -art. 37.3.d) ET-, lo que obligaría al trabajador, si así lo decidiera el empresario, a elegir entre su trabajo habitual y el cargo público.

Estamos ante una modalidad de suspensión en la que la persona mantiene la “reserva de su puesto de trabajo” durante todo el tiempo que permanezca en excedencia, de igual forma que ese periodo le computará a efectos de antigüedad, así como los 30 días siguientes al momento en el que cese en el cargo, que son los que se le concede la norma para reincorporarse. Esta peculiar causa de suspensión no se configura sólo como un derecho del trabajador sino también del empresario, que puede obligar al trabajador a elegir entre continuar con la actividad pública o sindical y su trabajo.

Uno de los debates que ha suscitado esta causa suspensiva es el contenido del concepto “cargo público”. Al respecto se han pronunciado algunas sentencias del TS recientes a las que nos referiremos después, aunque en la sentencia de 20 de Septiembre 2000<sup>101</sup> ya se decía que el art. 46.1 del E.T. reconocía que la excedencia forzosa se concederá por la designación o elección para un cargo público que no será nunca el permanente burocrático de carrera, sino el político temporal o amovible al que se accede por elección, designación o nombramiento de la autoridad competente. No todos los trabajos que se pueden desempeñar como cargo público como, por ejemplo, el de gerente de una sociedad anónima de capital público, reciben la calificación de “cargo público”<sup>102</sup>. Debe tratarse de un trabajo de naturaleza política, temporal y amovible al

---

<sup>101</sup> Rec. 3631/1999.

<sup>102</sup>En la Sentencia del TS de 18 de Septiembre de 2007 –Rec. 2432/2006-, el Tribunal deniega el derecho de la trabajadora a acceder a esta figura porque debe entenderse como “cargo público” “no el permanente burocrático de carrera, sino el político temporal o amovible al que se accede por elección o por designación o nombramiento de la autoridad competente, se llegaba a la conclusión, en el caso allí debatido, en supuesto que no es extrapolable al de autos, pues se trataba de una persona nombrada asesor Técnico del Grupo Socialista en las Juntas Generales de Guipúzcoa, de que tratándose de un cargo político de naturaleza pública temporal amovible, y no de un nombramiento hecho directamente y por propia iniciativa por el grupo político tenía derecho a la excedencia forzosa; la aplicación al caso de autos, de lo que debe entenderse como cargo público a los efectos debatidos, nos lleva a la conclusión de que en el presente caso, el nombramiento de la actora como Gerente de una sociedad anónima, aunque su capital sea en su totalidad municipal, con la que además suscribió un contrato laboral especial de alta dirección, no implicaba el nombramiento para un cargo público que posibilite la aplicación de lo dispuesto en el art. 46-1 del E.T., y le permita acceder a la excedencia forzosa, ya que no es un cargo político, temporal, amovible al que se accede por elección o nombramiento de una autoridad competente,

que se accede por elección o nombramiento de una autoridad competente, no bastando con la naturaleza pública del capital de la empresa en la que el trabajador o trabajadora va a desempeñar su actividad.

A fin de determinar que tipo de cargos serían susceptibles de justificar el acceso a una excedencia forzosa hay que decir que el TS en la sentencia de 13 de Noviembre de 2007<sup>103</sup> afirma que la finalidad de esta modalidad de excedencia no es facilitar que los trabajadores incorporados a las Administraciones Públicas por designación política desarrollen de manera privilegiada una doble carrera profesional, sino evitar la ruptura o el impedimento de la carrera profesional anterior como consecuencia del desarrollo temporal de cargos políticos en el sentido más propio de la expresión. El interés protegido en la excedencia forzosa no es sólo el del trabajador designado, que habrá que coordinar con otros trabajadores y el de la empresa de origen, sino también el interés público en que la vinculación laboral no sea obstáculo para el desempeño de los cargos políticos oficiales.

No se encontrarían dentro de esta acepción los empleos de gestión o asesoramiento, aunque se trate de puestos de confianza, que llevan a cabo una labor de apoyo a quienes desempeñan cargos políticos. Para el desempeño de estos cargos técnicos de apoyo están previstas en el ordenamiento laboral otras situaciones como la excedencia voluntaria –art.46.6 ET- y la suspensión del contrato por mutuo acuerdo -45.1 ET-.

En la citada sentencia del TS se ofrece una acepción estricta de "cargo público" que incluye, por una parte, los cargos representativos o electivos y, por otra, los cargos de designación política que participan en las decisiones de Gobierno mediante el desempeño personal de los distintos órganos de las Administraciones públicas. Dentro de este campo de aplicación se encuentran numerosos cargos orgánicos (Ministros, Subsecretarios, Secretarios Generales, Directores Generales, cargos equivalentes de las Administraciones autonómicas o municipales, Delegados del Gobierno, Directores o Delegados provinciales, etcétera) pero no los empleos de gestión o asesoramiento.

### **5.3.EXCEDENCIA VOLUNTARIA**

El trabajador podrá disfrutar de una excedencia voluntaria cuando demuestre una antigüedad en la empresa de al menos un año<sup>104</sup> y la solicite para un periodo no inferior a cuatro meses ni superior a cinco años. Las razones por las que se puede pedir no están tasadas, de forma que pertenecen a la esfera privada de la persona, que podrá

---

sino que la relación constituida con la sociedad anónima, que la nombró Gerente, concertando una relación laboral especial de alta dirección, es privada, y se rige por la L.S. Anónima, aunque el capital sea público, cuestión distinta”.

<sup>103</sup> Rec. 3187/2006.

<sup>104</sup> En torno a las diferentes interpretaciones a las que puede dar lugar esta exigencia de antigüedad puede verse, M.<sup>a</sup> LUISA RODRÍGUEZ COPÉ, “La regulación de la excedencia voluntaria desde la ley y el convenio. Algunos problemas planteados”, *Relaciones Laborales*, nº 3, 2005. La autora afirma a este respecto que el legislador al hablar de antigüedad en la empresa quiso referirse al tiempo durante el que el trabajador ha permanecido vinculado a la empresa con independencia de que durante ese período prestase o no sus servicios, es decir, aunque hubiera tenido suspendido su contrato por alguna causa. A juicio de la autora esta solución responde al espíritu protector propio de las normas laborales.

esgrimir cualquier motivo, sin posibilidad de denegación por parte el empresario que estará obligado a concederla en cualquier circunstancia, siempre que el trabajador cumpla con los requisitos legalmente establecidos. Ahora bien, “tiene derecho a que se le *reconozca* la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria”, pero requiere un pronunciamiento empresarial autorizante expreso –art.46.2 ET-.

La parquedad de la norma reguladora de esta figura origina dudas en torno a la forma que debe adoptar la comunicación, el periodo previo con el que debe efectuarse, la persona a la que debe ir dirigida, el tiempo que tiene la empresa para contestar, la antelación con la que hay que preavisar al empresario de la intención de volver a la empresa una vez finalizado el periodo de excedencia o si es posible alterar su duración de forma unilateral, ya sea para alargarla o para acortarla, una vez concedida.

Algunas de estas cuestiones las resuelve la negociación colectiva que podrá desarrollar esta figura respetando siempre los mínimos legalmente establecidos. Ello significa que no podrá la norma colectiva acotar o limitar los motivos o razones que justifiquen el recurso a las excedencias voluntarias, sin embargo, esta es una práctica habitual pese a su dudosa legalidad<sup>105</sup>. Si partimos de que para acceder al disfrute de la excedencia la ley no exige la concurrencia de ninguna causa específica previamente tasada, no parece lógico que sean las normas colectivas las que fijen los motivos de la solicitud<sup>106</sup>.

Otras dudas han sido resueltas por la jurisprudencia, que se ha pronunciado en torno a la imposibilidad de alterar de forma unilateral el periodo de excedencia concedido. El trabajador que reúna los requisitos legalmente establecidos tendrá derecho al periodo de excedencia que elija pero una vez autorizado por el empresario no podrá alterarlo de forma unilateral. El legislador reconoce el derecho a excedencia para que el trabajador pueda atender sus intereses personales, laborales o familiares, pero una vez concedida la excedencia por el período solicitado, el empresario tiene derecho a organizar sus propios intereses en función del período por el que el trabajador optó, y ese derecho quebraría si tuviera que someterse a variaciones ulteriores unilateralmente decididas por el trabajador excedente.

A este respecto, el TS afirma en su sentencia de 11 de Diciembre de 2003<sup>107</sup> que aceptar la posibilidad de que un trabajador en excedencia pueda solicitar una prórroga de la ya concedida con anterioridad equivaldría materialmente a aceptar la posibilidad

---

<sup>105</sup> La sentencia del TSJ de Madrid de 3 de Noviembre de 2008 –Rec. 4224/2008- expone las diferencias entre la suspensión del contrato y la excedencia voluntaria teniendo en consideración que no ha habido una petición de excedencia voluntaria basada únicamente en el interés del trabajador - que no tiene por qué justificarse - teniendo una antigüedad mínima de un año, ni un acto de la empresa de reconocimiento de la excedencia solicitada, sino un mutuo acuerdo de ambas partes de suspensión del contrato por pasar el trabajador a prestar servicios a empresa participada, regulándose los efectos de la suspensión con minuciosidad en el contrato, y previéndose el derecho a la reincorporación en la empresa con el respeto de la antigüedad total en el caso - entre otros - de cese del trabajador en la empresa participada por propia voluntad durante el primer año de prestación de servicios.

<sup>106</sup> M.L.RODRIGUEZ COPÉ, “La regulación de la excedencia voluntaria desde la ley y el convenio. Algunos problemas planteados”, op. cit., p.6.

<sup>107</sup> Rec. 43/2003.

de obtener una nueva excedencia aunque formalmente aparezca como una continuación de la primera, y ello no parece compatible con las previsiones legales, si se tiene en cuenta, como antes se ha dicho, la excepcionalidad de que en un contrato sinalagmático se acepte la posibilidad de su suspensión por la voluntad exclusiva e injustificada de una de las partes.

También ha matizado la jurisprudencia las condiciones que debe reunir el trabajador cuando éste pertenece a la Administración Pública, al que se le exige que no sea “indefinido no fijo de plantilla”. El TS en las sentencias de 29 de Noviembre de 2005<sup>108</sup> y de 3 de Mayo de 2006<sup>109</sup> afirma que el estatuto del trabajador “indefinido no fijo” se aproxima al de interino por vacante ya que la existencia del vínculo depende de la provisión del puesto desempeñado a través de los procedimientos legales; en ese momento, el contrato se extingue en virtud del artículo 49.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, sin que sea aplicable lo previsto en los artículos 52 y 53 del mismo texto legal. La naturaleza de este vínculo y su provisionalidad llevan a la conclusión de que no puede aplicarse al mismo la institución de excedencia voluntaria.

El Tribunal justifica esta decisión, en primer lugar, en que la excedencia funciona como una garantía de la estabilidad y esta garantía no existe para el trabajador “indefinido no fijo” que tiene un estatuto precario como consecuencia de su irregular contratación, pues la Administración está obligada a proveer la plaza de acuerdo con los procedimientos reglamentarios de selección. Además, la excedencia voluntaria se caracteriza por otorgar al trabajador fijo excedente únicamente “un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría” y este derecho, que puede otorgarse, al trabajador no puede concederse al “indefinido no fijo”, porque la relación de éste está vinculada exclusivamente al puesto de trabajo que ocupa. Por ello, sólo podría reingresar en la vacante de su puesto de trabajo, nunca en otras, e incluso para aquélla tampoco podría reconocerse este derecho del artículo 46.5 ET, pues precisamente lo que tiene que hacer la Administración es proveer dicha vacante por los procedimientos reglamentarios en orden a asegurar que la cobertura se produzca respetando los principios de igualdad, mérito y publicidad, de forma que la preferencia está excluida.

En torno a los efectos de esta modalidad de suspensión del contrato existe un interesante debate abierto relativo a las notas que definen el “derecho preferente al reingreso” que tienen los excedentes voluntarios, en tanto en cuanto algún sector de la doctrina afirma que este derecho puede no ser ejercido si el empresario hubiera amortizado la plaza del excedente. Frente a lo que sucede en la “excedencia forzosa” en la que está expresamente previsto la “conservación del puesto” (art.46.1 ET) para la excedencia voluntaria sólo hay un “derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”. Pese a la diferencia de trato que parece otorgarle la norma a la excedencia voluntaria tenemos que recordar que el art. 48.1 ET dice expresamente que al cesar las causas legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo

---

<sup>108</sup> Rec. 3796/2004.

<sup>109</sup> Rec.1819/2005.

reservado, en todos los casos del art. 45.1 ET, excepto en los apartados a) y b), que habrá que estar a lo que pacten las partes.

En esta modalidad de excedencia la clave está en determinar el contenido del “derecho preferente al reingreso” tras la finalización del periodo de excedencia, porque una interpretación muy amplia del concepto, como la que se hace en la jurisprudencia del TS de 14 de Febrero de 2006<sup>110</sup> y de 21 de Enero de 2010<sup>111</sup>, puede dejar vacía de contenido esta institución. En ellas se señala que este derecho 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 que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso. En esta línea se ha llegado a sostener que no puede calificarse como despido el hecho de que en el momento en el que el excedente solicite su reincorporación, no existan dichas vacantes y la empresa no conteste a su petición o, directamente, la rechace -STS 21 Diciembre 2000<sup>112</sup>-.

El TS ha sostenido que "si la excedencia voluntaria común no comporta para el empresario el deber de reservar al trabajador excedente el puesto de trabajo desempeñado con anterioridad, ello quiere decir que el empresario puede disponer de la plaza vacante, bien contratando a otro trabajador para el desempeño de la misma, bien reordenando los cometidos laborales que la integran, bien incluso procediendo a la amortización de la misma"<sup>113</sup>. Lo que significa, desde el punto de vista del trabajador, que el derecho "expectante" del excedente voluntario común sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando el mismo puesto de trabajo u otro similar o equivalente se encuentra disponible en la empresa, sin que ésta esté obligada por la ley a la reserva de la plaza, por lo que la decisión del empresario de disponer de la vacante producida por la excedencia del actor en la forma expresada, ha de considerarse ejercicio lícito, correcto y no abusivo de sus facultades de organización y dirección del trabajo. A nuestro juicio, esta tesis jurisprudencial vacía de contenido este derecho al permitirle al empresario amortizar la plaza sin causa justificada.

Ahora bien, esta tesis no está generalizada entre la doctrina que cuestiona el citado razonamiento jurisprudencial. De forma acertada la profesora CASAS BAAMONDE afirma que la amortización de vacantes cuando haya excedentes voluntarios plantea complejos problemas aparentes porque “la mera existencia de vacante producida por una excedencia no quiere decir que sea aquella amortizable, la amortización no puede

---

<sup>110</sup> Rec.4799/2004.

<sup>111</sup> Rec. 1500/2009.

<sup>112</sup> Rec.856/2000.

<sup>113</sup> En este asunto en concreto, dos trabajadoras que estaban contratadas a tiempo parcial, tras el pase del actor a la excedencia, aunque no tenían la misma categoría de éste, han sido incorporadas a la plantilla de la empresa "para suplir la ausencia de aquel" en lo que a su trabajo ordinario se refiere; pues no cabe olvidar que en hechos probados consta que el actor "realizaba las mismas tareas que el resto de los trabajadores de la sección"; o lo que es igual, todos los trabajadores en la sección realizan las mismas tareas, con independencia de la categoría de cada uno de ellos. Consigue probarse que el puesto de trabajo que desempeñaba el actor no ha sido conservado o reservado para él, sino que fue, en parte, cubierto con la contratación de las dos trabajadoras a tiempo parcial para realizar el trabajo ordinario del actor; y en parte, amortizado, al haber reasignado a los tres Profesionales Coordinadores que existen en la sección, las labores de coordinación que el actor compatibilizaba con su trabajo ordinario.

perjudicar el derecho expectante de los trabajadores en excedencia o no hay en rigor vacante amortizable si hay trabajadores en excedencia”. Así pues, estamos de acuerdo con la citada autora en que para amortizar los puestos de trabajo de trabajadores en excedencia voluntaria habrá que estar a lo que disponen los arts. 51 y 52 c) ET, ya que realmente lo que estaría haciendo el empresario que “amortiza la vacante” es despidiendo al excedente y ello sólo se podría hacer si existe causa que lo justifique<sup>114</sup>. El empresario debe ofrecer vacante al trabajador que se quiere reincorporar tras una excedencia, después de hacer las gestiones oportunas para extinguir el contrato que tuviera el sustituto o para reorganizar las tareas en la empresa, pero antes o después deberá ofrecer el puesto de trabajo, ello a menos que lo haya amortizado por alguna de las vías legalmente admitidas del 51 o 52 c) ET. Precisamente porque no hay “reserva de puesto” tendrá que esperar el tiempo necesario hasta que se lleven a cabo las citadas gestiones, pero ello no significa que no se reincorpore nunca, en cuyo caso estaríamos ante un despido.

En esta línea se manifestaba el TS hace años en una sentencia de 7 de Mayo de 1984, al indicar que los requisitos esenciales de la suspensión, como son: la temporalidad de la situación, la no prestación del trabajo y su no remuneración y la continuidad o pervivencia del contrato que, por la concurrencia de una causa suspensiva sufre tan solo una especie de "aletargamiento", no pueden convertir a la excedencia voluntaria en una forma de extinción del contrato, ya que la suspensión del contrato se diferencia de la extinción en que ésta última afecta a la propia existencia de la relación laboral, mientras que la suspensión sólo a la ejecución actualizada de sus prestaciones constitutivas.

A las citadas tesis doctrinales y jurisprudenciales hay que añadir que el fundamento de la suspensión contractual está en el respeto al principio de “estabilidad en el empleo” que exige causa suficiente para despedir, sólo será amortizable la plaza del excedente voluntario por las razones legalmente admitidas: económicas, técnicas, organizativas, de producción o fuerza mayor. Porque sólo en estos casos sería legítimo que el excedente voluntario perdiera su expectativa de reingreso en la empresa, en este sentido se ha pronunciado el TS a propósito de la innecesariedad de pagar indemnización a los trabajadores excedentes voluntarios que se vean incluidos en un ERE –sentencia de 29 de Noviembre de 2006<sup>115</sup> y de 13 de Noviembre de 2006<sup>116</sup>-. En estos casos estima el Tribunal que sería el trabajador que se contrató para ocupar el puesto de trabajo en excedencia el que tendría derecho a la indemnización por la pérdida del mismo cuando éste se amortice, y no quien estando en situación de excedencia por propia decisión no ha podido reingresar en la empresa precisamente porque ha cesado la actividad de ésta en la que había prestado servicios inicialmente.

---

<sup>114</sup> La posición de estos autores es bastante clara respecto a la necesidad de amortizar vacantes por las vías del 51 o 52 c) ET, pero siguiendo la jurisprudencia del TS acaban admitiendo que las expectativas de reingreso se prorrogan de forma indefinida, lo que generaría una importante inseguridad jurídica al trabajador, atendiendo a la jurisprudencia existente al respecto estos autores admiten que la vacante del trabajador haya sido ocupada por un trabajador preferente o por un trabajador designado mediante concurso o por ascenso “no fraudulento”.

<sup>115</sup> Rec. 4464/2005.

<sup>116</sup> Rec. 4489/2005.

El reingreso en la empresa tendrá que ser solicitado por el trabajador y esta solicitud deberá ser atendida en tiempo, en tanto en cuanto el empresario que se retrase deberá abonar al trabajador daños y perjuicios. Ahora bien, ¿desde cuando debe considerarse la existencia de daños y perjuicios?. Cuando finaliza la excedencia voluntaria el trabajador solicita su readmisión que puede ser admitida o no por el empresario, en caso negativo el devengo de la indemnización no será el de la fecha de petición de reingreso efectuada por el trabajador, sino aquella en que interponiéndose la papeleta de conciliación se ejercita la acción. Cuando no existe en la empresa vacante idónea disponible, no basta con que el trabajador muestre su interés por integrarse en la empresa, para generar derecho al resarcimiento de daños, se requiere que exista una obligación exigible -STS 9 de Junio 2009<sup>117</sup>-.

Cuando la empresa si dispone de plaza de igual o similar categoría a la suya, una readmisión tardía por parte de la empresa da derecho al trabajador a reclamar por el concepto de daños y perjuicios los salarios devengados durante el tiempo del retraso y otros superiores si llegaran a acreditarse. El día de inicio del cómputo de los salarios indemnizatorios coincidirá con la fecha de la solicitud de readmisión -STS 19 de Junio 2007<sup>118</sup>-.

Tras la solicitud de reingreso por parte del trabajador éste se puede encontrar con el silencio de la empresa, por lo que habrá que distinguir, claramente, entre: la situación de negativa rotunda e irrevocable de la empresa al reingreso solicitado por el trabajador, que supondría la voluntad de ruptura del vínculo jurídico-laboral que mantiene con el mismo; y la situación de simple omisión de respuesta a la solicitud de reingreso o de aplazamiento de este último para el momento en que se produzca vacante adecuada para la categoría y puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador excedente. Para el primer supuesto, se entiende que la acción a ejercitar es la de despido, en tanto que para el segundo de los supuestos expuestos se considera que la acción a ejercitar es la del reconocimiento del derecho al reingreso.

En definitiva, el reconocimiento al excedente de un “derecho preferente al reingreso” hace de esta forma de suspensión del contrato la más débil de todas, en tanto en cuanto es la que menos garantías de reincorporación en la empresa le otorga al trabajador.

Ante esta falta de garantías, ciertos deberes contenidos en el art. 5 ET, que permanecen mientras está en suspenso la relación laboral deberán matizarse, como el deber básico del trabajador de no concurrir deslealmente con la actividad empresarial, tal como enuncia el apartado d) del art. 5 ET<sup>119</sup>. Ello pese a que ni la normativa vigente ni la naturaleza de la excedencia voluntaria exoneran al trabajador de la prohibición de concurrencia desleal, como viene siendo interpretado de forma constante por el TS. El excedente voluntario sólo tendrá vetadas aquellas actividades auténticamente

---

<sup>117</sup> Rec. 3322/2008.

<sup>118</sup> Rec.2160/2006.

<sup>119</sup> N. CISCART BÈA Y R. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, “Prohibición de concurrencia y excedencia voluntaria”, *Aranzadi Social*, 1998.

concurrentes<sup>120</sup>, aquellas que constituyan una deslealtad al empresario, no puede ampliarse de modo excesivo la noción de concurrencia, de modo tal que se llegue a considerar incurso en la prohibición la realización de cualquier actividad, sólo estarán prohibidas aquellas que supongan un perjuicio real, no meramente potencial porque una concepción que no tenga su encaje en las anteriores premisas conllevaría una colisión con un principio de superior valor, como es el de la libertad de trabajo<sup>121</sup>.

El deber de no concurrencia desleal exigirá evitar cualquier peligro confirmado para el interés empresarial, entendiendo que no por el simple desarrollo del quehacer profesional en la misma actividad económica se esté concurriendo deslealmente, debe existir un nexo causal entre la actuación del excedente voluntario y la producción del perjuicio empresarial. Por tanto, la competencia se valora como desleal, bien porque la perfección profesional que el trabajador adquirió en su relación laboral es utilizada en contra de su principal, o bien, porque el puesto que el trabajador desempeña en la empresa conlleve, por su categoría o función, conocer datos internos de ésta que constituyan una potenciación de la actividad competitiva, y por ello mismo, una deslealtad en la libre concurrencia del mercado -STS de 8 de Marzo de 1991-.

Así pues, habrá que descartar aquellos criterios que avalan la mera hipótesis de los perjuicios para hablar de concurrencia desleal<sup>122</sup>, ello significaría vetar al excedente voluntario en el sector productivo en que venía prestando sus servicios. Una reconducción hacia la deslealtad de la conducta conlleva argumentaciones que sustentan que todo trabajo en actividad similar implica concurrencia desleal, habida cuenta que la jurisprudencia parte de la presunción de lesividad de la concurrencia en actividades análogas<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> Sobre este tema puede verse: M.<sup>a</sup> LUISA RODRÍGUEZ COPÉ, “La regulación de la excedencia voluntaria desde la ley y el convenio. Algunos problemas planteados”, op. cit. p.6.

<sup>121</sup> A juicio de N. CISCART BÈA Y R. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, si se admiten “interpretaciones expansivas se estaría reforzando, a modo de plus, la protección del interés económico del empresario de forma tal que poco margen de actuación dispondría el trabajador en su derecho a la libertad de trabajo y promoción profesional. De ahí, se deriva, la conveniencia de una reconducción del deber exigible al trabajador excedente voluntario en los términos de unos límites pertinentes, lo cual conlleva, a nuestro entender, una modalización de dicho deber atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso; valorándose en especial las características del puesto de trabajo ocupado durante la excedencia voluntaria, así como las del sector de la actividad a que pertenezca”, “Prohibición de concurrencia y excedencia voluntaria”, op. cit. p.3. En un sentido similar se pronuncia A.L. DE VAL TENA, “El incumplimiento del deber de no concurrencia como justa causa de despido disciplinario”, *Aranzadi Social*, 2000 y M.<sup>a</sup> LUISA RODRÍGUEZ COPÉ, “La regulación de la excedencia voluntaria desde la ley y el convenio. Algunos problemas planteados”, op.cit. p.7.

<sup>122</sup> La competencia desleal se producirá cuando las actividades que desarrolle el trabajador se sitúen en el mismo plano en que efectúa las suyas la empresa principal para incidir sobre un mismo mercado y sobre idéntico círculo potencial de clientes.

<sup>123</sup> El Tribunal Superior de Justicia de Asturias en Sentencia de 19 de Abril de 1996 –Rec. 1443/1995- manifestó de conformidad con el artículo 5 d) del Estatuto de los Trabajadores que es deber básico del trabajador no concurrir con la actividad de la empresa pues aunque en nuestro ordenamiento jurídico laboral es lícito el pluriempleo, es decir, la posibilidad de que el trabajador por cuenta ajena se dedique por su cuenta a negocios o actividades o preste servicios para una tercera empresa lo que no cabe es que esta segunda actividad del trabajador concurra o compita ilícita o deslealmente con la empresa y en este caso si bien es cierto que dicha actividad coincide con la propia de la empresa para la que presta servicios y que no media autorización de la misma, es preciso que perjudique a la empresa, bastando con que el

Una interpretación muy amplia del deber de no concurrencia desleal provocaría un importante sacrificio de los intereses profesionales del trabajador y, en raras ocasiones, el excedente voluntario podría desarrollar su actividad profesional o incluso mejorarla. Así por ejemplo, en aquellos supuestos en que la alta especialización del trabajador sólo va a permitirle realizar o enriquecer su patrimonio profesional desarrollando su quehacer laboral en el mismo sector productivo, no lo podría hacer si se considerara desleal cualquier tipo de actividad en el sector del que proviene<sup>124</sup>. Tampoco sería posible que se introdujera la imposibilidad de trabajar durante esta excedencia por la vía del convenio colectivo o que condicionara el reconocimiento empresarial de acceso a la excedencia a que ésta no se solicite para realizar actividad similar o concurrente con la empresa.

En torno a la inexistencia del deber de no concurrencia en la excedencia voluntaria se pronunciaba ya una antigua sentencia del TS de 7 de Mayo de 1984 señalando que “el art. 5 ET en su apartado d), establece como deber básico de los trabajadores "no concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en ésta ley", deber, al igual que los demás enumerados en ese precepto, que contemplan la vigencia y actualidad total del contrato de trabajo, es decir, al trabajador prestando los servicios para los que fue contratado y al empleador satisfaciendo la retribución consiguiente a esa prestación, por tanto, liberado de ello, no obligado a cumplirlo el trabajador cuyo contrato esté suspendido como se infiere del art. 45.2 ET, que dispone que la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, si el trabajador en situación de excedencia voluntaria está exento del deber de no concurrir con la actividad de la empresa, es evidente que el demandante que durante su situación de excedencia voluntaria estuvo trabajando en empresa, de la misma actividad que la de la demandada, no incurrió por esto en la causa de despido tipificada en el art. 54.2 d) ET al no haber transgredido ninguno de los deberes de conducta y cumplimiento de buena fe que el contrato de trabajo impone, que son el soporte y fundamento de esa causa de despido.

---

perjuicio sea potencial y presumiéndose el perjuicio en todo trabajo idéntico o similar si se lleva a cabo en la misma localidad.

<sup>124</sup> N. CISCART BÈA Y R. RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, “Prohibición de concurrencia y excedencia voluntaria”, op. cit., p. 3.