



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de (...), mediante escrito de 3 de junio pasado, con registro de entrada en Diputación el día 4 del mismo mes, solicita de este Departamento se emita un informe jurídico acerca del derecho de reincorporación a su puesto de trabajo de una empleada pública, actualmente en *excedencia voluntaria* (sic) para el cuidado de un hijo, desde el pasado 15 de octubre de 2008.

La trabajadora en cuestión, contratada temporalmente con la categoría de Coordinadora de Ludoteca en mayo de 2004, en régimen laboral, y cuya excedencia estaba prevista hasta el 15 de octubre de 2009, ha solicitado el reingreso en un escrito de fecha 27 de mayo de 2009, dando a entender, tal vez, que desea volver al trabajo antes del transcurso íntegro del plazo de un año inicialmente previsto.

Como el servicio al que estaba adscrita la referida trabajadora ha sido objeto de una reorganización que dificulta la reincorporación a su anterior puesto de trabajo, el Sr. Alcalde solicita nuestra opinión sobre la interpretación que ha de darse a determinados preceptos, en concreto, los artículos 85 y 92 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y 46 del Estatuto de los Trabajadores (ET), que le permitan, antes de tomar una determinación, armonizar las obligaciones del Ayuntamiento con los derechos de la trabajadora.

INFORME

PRIMERO.- En primer lugar, y en lo que a los artículos 85 y 92 del EBEP¹ se refiere, y puesto que su redacción es meridiana, simplemente confirmar la interpretación efectuada por el Sr. Alcalde. En efecto, la excedencia, al igual que las restantes situaciones administrativas descritas en el art. 85, se refieren solamente a los funcionarios de carrera; por ende, hay que aplicar a la trabajadora en régimen

¹ **LEY 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público**

Artículo 85. Situaciones administrativas de los funcionarios de carrera.

1. Los funcionarios de carrera se hallarán en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Servicio activo.
- b) Servicios especiales.
- c) Servicio en otras Administraciones Públicas.
- d) Excedencia.
- e) Suspensión de funciones (...).

Art. 92. Situaciones del personal laboral.

El personal laboral se registrará por el Estatuto de los Trabajadores y por los Convenios Colectivos que les sean de aplicación.(...)



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



laboral objeto de este informe la previsión contenida en el art. 92, es decir, el Estatuto de los Trabajadores (art. 46), ya que el I Convenio Marco Estatal de Acción e Intervención Social no ha entrado en vigor y no existe un convenio colectivo municipal.

SEGUNDO.- Del tenor de la consulta se infiere que el Ayuntamiento sigue dando la consideración de voluntaria a la excedencia por el cuidado de los hijos, cuando hace muchos años que perdió tal carácter². El equívoco origina, a nuestro juicio, la mayor parte de las dudas planteadas por el Sr. Alcalde, y que este informe va a tratar de disipar. Así, como el art. 46³ contempla tres tipos de excedencias, con

² El art. 5 del (derogado) Decreto 2310/1970 dispuso por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico que el alumbramiento daba derecho a la mujer trabajadora a obtener –entonces sí- una “excedencia voluntaria” por un período mínimo de un año y máximo de tres para atender a la crianza de sus hijos, sin remuneración alguna. La expresa consideración de esta excedencia como voluntaria únicamente confería a su titular una mera expectativa de reingreso, que quedaba supeditada a la posibilidad de “solicitar el reingreso en la empresa, que deberá destinarla a la primera vacante que se produzca de igual o similar categoría”. Años después, la Ley 4/1995, estimó conveniente “extender el régimen de excedencia forzosa...a todo el período de excedencia establecido para atender el cuidado de los hijos” (Exposición de Motivos). De esa forma, el art. 46.3 del ET de 1980 quedó redactado en idénticos términos al ET vigente: “*Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente*”. A partir de entonces - STSJ Aragón de 2 de noviembre de 1999- la naturaleza jurídica de la excedencia por cuidado de hijos, experimenta “ope legis” una mutación: ya no es una mera excedencia voluntaria, puesto que el legislador se ha pronunciado en el sentido de que se trata de una excedencia forzosa.

³ Artículo . 46. Excedencias.

1. La excedencia podrá ser voluntaria o forzosa. La forzosa, que dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, se concederá por la designación o elección par aun cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo. El reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público.

2.El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia.

3. Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque éstos sean provisionales, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

La excedencia contemplada en el presente apartado, cuyo período de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

efectos distintos en el derecho a la reserva de puesto de trabajo -mecanismo que permite al trabajador reincorporarse una vez finalizada la excedencia, bien automáticamente, bien de forma condicionada-, para facilitar una mejor comprensión de las peculiaridades propias de la excedencia por el cuidado de los hijos a tratar en el siguiente punto, se van a analizar en éste previamente las excedencias voluntaria y forzosa:

2.1. La excedencia voluntaria es configurada en el art. 46.2 ET como un derecho que el trabajador puede ejercitar sin especificar causa; únicamente se requiere el cumplimiento de un mínimo de antigüedad en la empresa.

El período de excedencia voluntaria no se computa a efectos de antigüedad y no existe derecho a la reserva de puesto de trabajo, sino *“un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”* (art. 46.5 ET). Se trata, pues, de un derecho potencial o expectante, condicionado a la existencia de vacantes en el momento de la solicitud de la reincorporación (STS 25-10-2000); eso quiere decir que la empresa ha podido cubrir el puesto de trabajo que el excedente dejó libre con todo tipo de contrataciones (salvo interinidad, pues ésta exige como requisito que el trabajador sustituido tenga *“derecho a reserva del puesto de trabajo”* (art. 15.1.c) ET). Por ese motivo, si la denegación del reingreso solicitado tiene como causa la falta de vacante, el empresario no incumple ninguna obligación (STS 3 junio 1985).

Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo período de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.

El período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

No obstante, cuando el trabajador forme parte de una familia que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa, la reserva de su puesto se extenderá hasta un máximo de 15 meses cuando se trate de una familia numerosa de categoría general, y hasta un máximo de 18 meses si se trata de categoría especial.

4. Asimismo podrán solicitar su paso a la situación de excedencia en la empresa los trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo.

5. El trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa.

6. La situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que allí se prevean.



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



2.2. La excedencia forzosa está prevista en el art. 46.1 para el cargo público que no pueda asistir al trabajo. El reingreso debe ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público y, a diferencia de la voluntaria, lleva dos efectos aparejados: reserva del puesto de trabajo y cómputo de la antigüedad.

La reserva del puesto de trabajo implica el derecho del trabajador a reincorporarse inmediatamente, sin necesidad de esperar a que exista una vacante en la empresa y, en principio, la reincorporación ha de efectuarse en el mismo puesto de trabajo que se ocupaba con anterioridad a la excedencia. La negativa del empresario a la readmisión debe considerarse como despido y ha de ser impugnada como tal (STS 7-3-1990).

TERCERO.- El tercer tipo de excedencia regulado en el precepto (art. 46.3) es la motivada por el cuidado de hijos (y familiares) que, en el actual ordenamiento, se articula como una modalidad de excedencia forzosa sobre la que operan algunas reglas particulares, en beneficio del trabajador. Su fin último es conciliar la vida familiar con la laboral y tiene una duración no superior a tres años, a contar desde la fecha de nacimiento (o de resolución judicial o administrativa, en caso de adopción o acogimiento).

El cuidado del hijo es el elemento finalista que explica la intensidad de la protección reconocida, que incluye obligaciones para el Ayuntamiento y derechos para la trabajadora, fija o temporal, tales como: reserva del mismo puesto de trabajo, al menos durante un año, y de otro puesto equivalente en todo caso; ejercicio indistinto o simultáneamente por el padre o la madre; disfrute fraccionado del derecho; reconocimiento del cómputo de la antigüedad; asistencia a cursos de formación profesional; situación asimilada al alta; cómputo del período como cotizado a la seguridad social a efectos de la mayoría de las prestaciones; protección reforzada en materia de nulidad del despido, etc.

La excedencia por cuidado de hijos -y pasamos a dar respuesta concreta a las preguntas formuladas por el Sr. Alcalde- da derecho a la reincorporación de la trabajadora en los siguientes términos:

Durante el primer año tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo y esta reserva lleva implícita la obligación del Ayuntamiento a que la reincorporación se produzca automáticamente al puesto que tenía con anterioridad a la excedencia. Precisamente para facilitar la sustitución de la trabajadora con derecho a reserva del



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

puesto de trabajo, y que su reincorporación se pueda producir sin problemas, existe el contrato de interinidad (art. 15.1.c ET), que el Ayuntamiento suscribió (o debió haber suscrito) y que, además, está expresamente bonificado por ley⁴ para este tipo de excedencias. No procede, por tanto, la negativa del Ayuntamiento en base a que no hay plaza vacante, porque no es otro, sino el “suyo”, el de Coordinadora de Ludoteca en el centro en que estaba antes de la excedencia, el puesto al que la trabajadora tiene derecho a reincorporarse y el Ayuntamiento la obligación de reservarle (o de haberle reservado).

Pero, además, puesto que dentro de la duración máxima prevista, la trabajadora puede disfrutar fraccionadamente de la excedencia, no está de más que el Ayuntamiento sepa que, tras ese primer año (y hasta el máximo de tres previsto para esta situación), *“la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente”*. Es decir, durante los dos años siguientes, se mantiene el derecho a la reserva del puesto y la obligación del Ayuntamiento de admitir su reincorporación inmediata, sin esperar a que exista vacante, pero ya no referido al puesto ocupado en el momento de iniciarse la excedencia. La norma permite ofrecer otros puestos distintos, dentro de los límites de la movilidad funcional: el grupo y la categoría profesional equivalente. Por tanto si, hipotéticamente, la trabajadora decidiera reincorporarse transcurrido ese primer año, y en el Ayuntamiento de (...) no hubiera un puesto vacante de Coordinadora de Ludoteca y sí de Ludotecaria, y, siempre que ambos puestos pertenecieran a la misma categoría

⁴ ET.- Disposición Adicional Decimocuarta. Sustitución de trabajadores excedentes por cuidado de familiares

Los contratos de interinidad que se celebren para sustituir al trabajador que esté en la situación de excedencia a que se refiere el artículo 46.3 de esta Ley, tendrán derecho a una reducción en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes en las cuantías que se especifican a continuación, cuando dichos contratos se celebren con beneficiarios de prestaciones por desempleo, de nivel contributivo o asistencial, que lleven más de un año como perceptores:

- a) 95 por 100 durante el primer año de excedencia del trabajador que se sustituye.
- b) 60 por 100 durante el segundo año de excedencia del trabajador que se sustituye.
- c) 50 por 100 durante el tercer año de excedencia del trabajador que se sustituye.

Los citados beneficios no serán de aplicación a las contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y las que se produzcan con estos últimos.

Las contrataciones realizadas al amparo de lo establecido en esta disposición se regirán por lo dispuesto en el artículo 15.1 c) de esta Ley y sus normas de desarrollo. (es decir, el contrato de trabajo de duración determinada, previsto para sustituir a trabajadores con derecho a reserva en el puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución)



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



profesional (Animadora Sociocultural) y se respetaran sus derechos económicos, se podría adscribir a esta trabajadora al puesto de Ludotecaria.

En cuanto a si, a partir de su solicitud de incorporación, el Ayuntamiento tiene la obligación de decretar el ingreso en un plazo determinado, nada hay previsto expresamente; pero, a nuestro juicio, la trabajadora tiene el derecho de decidir el momento de su reincorporación y el Ayuntamiento la obligación de posibilitarla. El fin teleológico de la norma es la atención al niño, sin por ello menoscabar la relación laboral de la madre, y para que esa finalidad se cumpla, se van dando cada vez más facilidades a la conciliación de la vida laboral y familiar. Además de poder disfrutar de la excedencia de forma fraccionada, la Ley concede a la madre el derecho a elegir su duración dentro de los límites legales, articulándolo como considere más conveniente. Entre otros aspectos, la madre puede:

- No ejercitar el derecho a excedencia o ejercitarlo disfrutando solo una parte de la duración máxima. Esa renuncia de parte de la duración puede efectuarse, bien anticipando el final de la excedencia, bien retrasando su inicio. Es decir, en el caso del cuidado de hijos, el período de disfrute puede iniciarse y terminarse en cualquier momento de los tres años siguientes al nacimiento del niño (SAN 8-3-1990)

- No habiendo establecido la norma plazo mínimo de disfrute, no parece que pueda imponerse uno (SAN 31-3-1997).

- Si la trabajadora opta por una duración inferior al máximo podrá prorrogar la excedencia hasta llegar a dicho máximo (STSJ Cataluña 19-11-1999).

Finalmente hay que señalar que, en las actuales circunstancias, el hecho de no readmitir a esta trabajadora en excedencia por cuidado de hijos alegando que no hay vacante o cualquier otra causa tendría la consideración, por aplicación del art. 55.5⁵ ET, de despido nulo; nulidad que implicaría la obligación, por parte del

⁵ ET Artículo 55. Forma y efectos del despido disciplinario.

1. El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.(...)

5. Será nulo el despido 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 derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: (...)

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a), y el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis y 5 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, **o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46;** y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



Ayuntamiento, de readmitir a la trabajadora a su puesto de trabajo, y pagarle los salarios que hubiera dejado de percibir.

Es cuanto tengo el deber de informar, advirtiéndole que la opinión jurídica recogida en el presente Informe se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, y no sule en modo alguno a otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo a 22 de junio de 2009

derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.

6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.