

UNIVERSIDAD DE VALENCIA

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

La figura jurídica de la excedencia voluntaria

TESIS DOCTORAL

Presentada por

José Benet Escolano.

Dirigida por

Dr. D. Ángel Blasco Pellicer.

Valencia 2012

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. La excedencia voluntaria no causal y su origen histórico: la relación particular de la excedencia voluntaria no causal y la excedencia funcionarial.

Las primeras manifestaciones de la excedencia voluntaria trataban sobre supuestos relacionados con funcionarios que veían extinguida su plaza por razones de organización del servicio, quedando obligados a cesar en su puesto¹. Se trataba de excedentes o funcionarios sobrantes que, por razón de reducción o supresión de plantillas, no continuaban en su puesto de trabajo, de manera que durante la situación de excedencia se les continuaba abonando parte de sus retribuciones², con una pequeña salvedad, como era la situación a la que quedaba expuesto el funcionariado público, ya que los derechos públicos adquiridos por éstos siempre cedían ante las necesidades organizativas de la Administración Pública, necesidades que obligaban a reformar las plantillas o, en su caso, a realizar

¹ PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, página 11. Se trata de una idea básica pero clave a la hora de entender el verdadero significado y origen de la excedencia voluntaria y su relación con la excedencia funcionarial. En el mismo sentido, GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Excedencia voluntaria común y derecho a indemnización derivada de expediente de regulación de empleo”, *Relaciones laborales*, 2000, núm. 1, página 1099, cuando afirma que la excedencia es el resultado de una evolución que ha ido paulatinamente ganando protagonismo en el Derecho del Trabajo debido a que la primitiva utilización de ésta en el ámbito de la función pública sirvió de antecedente para la expansión posterior al ordenamiento laboral, donde la ampliación de funciones y ámbito de aplicación ha sido también una constante, pasando de una virtualidad originaria limitada sobre colectivos profesionales específicos y para supuestos determinados.

² PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia Laboral y Funcionarial*, Montecorvo, Madrid, 1983, páginas 93 y 97.

supresiones de las plazas que correspondían a tales trabajadores públicos³. Estas primeras manifestaciones tienen su hábitat natural en la segunda mitad del siglo XIX, y, como ya he dicho, estaban dirigidas a reducir o, incluso, a suprimir plazas de plantillas de personal al servicio de la administración, por razones de organización de servicio.

Todo indica que el término “*excedencia*” fue utilizado por vez primera en el Proyecto de Ley de 20 de mayo de 1862, cuyo capítulo IV configuraba unas “*pensiones de excedencia*” a las que se tenía derecho, cumplidos quince años de servicio, si el destino era suprimido o, en su defecto, si el funcionario era cesado en el cargo por mandato del Gobierno. Y aún hay más, puesto que existieron Leyes de Presupuestos que, con posterioridad, y preocupadas por los efectos económicos de la situación social y económica que vivía la época, volvieron a utilizar la expresión en su sentido etimológico⁴.

El análisis cronológico de la figura jurídica nos lleva a la Ley de Bases de fecha 22 de Julio de 1918 (Estatuto de Maura), regulación que otorgó a la

³ PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia Laboral y Funcionarial*, op. cit., página 50. En opinión de este autor, la primera utilización que se hace del término “*excedencia*” tiene lugar en el Proyecto de Ley de fecha 20 de Mayo de 1862, mediante el cual se crearon las primeras pensiones del Tesoro Público, aunque a criterio de PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., página 11, fue en la Ley de bases de 17 de Julio de 1857 cuando se fijó que en los casos de reducción de servicio se le mantendría al trabajador el derecho a percibir las dos terceras partes de su sueldo.

⁴ Así fue y así queda acreditado en el Boletín Jurídico Administrativo, Apéndice al Diccionario de la Administración Española, 1890, páginas 379 y ss., así como en los artículos 31 y ss. De la Ley de 30 de Junio de 1892 (DAE, 1892, páginas 309 y ss.). En el mismo sentido, la excedencia acostumbraba a dar cobertura a la situación mencionada en los reglamentos propios de los Cuerpos especiales de los funcionarios (el caso, por ejemplo, del RD 12 de marzo de 1889, el cual estructuraba el Cuerpo de empleados de Correos, o, en su caso, del RD 1 de Septiembre de 1871, que reformó el Reglamento orgánico de 28 de octubre de 1863, del Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos).

excedencia un régimen jurídico mucho más elaborado y una configuración decididamente más similar a la que tenemos actualmente (Base 4ª). Esta norma distinguía dos tipos de excedencias. En primer lugar, hacía mención a la forzosa, considerándola completamente causal (ya fuere por reforma de la plantilla o elección para ocupar un cargo parlamentario), y, en segundo lugar, se hacía referencia a la voluntaria, la cual podía ser solicitada por cualquier funcionario en activo para la atención de sus intereses, teniendo una duración comprendida entre uno y diez años y no otorgando derecho a sueldo, ni al abono de su tiempo a efectos de antigüedad, ascenso o jubilación.

El 27 de noviembre de 1931 entró en vigor la primera Ley del Contrato de Trabajo, la cual se basó tanto en la experiencia sindical del equipo gubernamental que ostentaba el poder, como en los proyectos elaborados años antes por el Instituto de Reformas Sociales. A modo de resumen, cabe destacar que la Ley afectaba al conjunto de los trabajadores y establecía normas obligatorias para la contratación laboral. Su aspecto fundamental se definía por la regulación de los convenios colectivos, negociados entre los representantes de la patronal y los sindicatos, por períodos mínimos de dos años, de obligado cumplimiento para ambas partes. Además de ello, contenía normas en materia salarial, determinaba las condiciones de suspensión y rescisión de los contratos de trabajo, a título de ejemplo, establecía siete días de vacaciones retribuidas al año, así como también establecía que la huelga, bajo ciertas condiciones, no podía constituir causa de despido.

Dicha normativa recogía, en su artículo 90, una serie de supuestos que bien se podrían equiparar a una excedencia laboral voluntaria a pesar de que no se llegara a realizar mención expresa de dicho término. Estamos hablando de situaciones como, por ejemplo, la incapacidad temporal del trabajador, el servicio

militar, el ejercicio de cargo público o descanso por alumbramiento, no llegaron a calificar dichas situaciones de ninguna manera como excedencia, sino como suspensión del contrato de trabajo.

Posteriormente entró en vigor la Ley de Contratos de Trabajo de 1944 la cual seguía sin contener referencia alguna a la “*excedencia*”, sino únicamente destacaba, en su artículo 79, párrafo segundo, (al igual que la Ley de 1931) que la incapacidad temporal del trabajador, el servicio militar, ejercicio de cargo público, o el descanso por alumbramiento no originaba, en ningún caso, la extinción del contrato de trabajo. En cuanto a la concurrencia desleal el artículo 77, apartados c) y g) consideraba como causas suficientes de la extinción de la relación laboral figuras tales como el fraude, la deslealtad o el abuso de confianza en las gestiones confiadas y la realización de negociaciones de comercio o de industria por cuenta propia o de otra persona sin autorización del empresario.

Es evidente que, con la aparición de estas dos Leyes, nos encontramos ante el verdadero nacimiento del régimen jurídico de la suspensión del contrato de trabajo. De hecho, el actual artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores recoge todos los supuestos anteriormente mencionados como causas de suspensión de un contrato de trabajo. El conflicto de fondo surgió cuando diversas Reglamentaciones y Ordenanzas Laborales empezaron a considerar tales supuestos como motivos de excedencia, dejando al margen la institución de la suspensión contractual, convirtiéndose tal circunstancia en la principal fuente del conflicto jurídico.

La excedencia se entendió como una manifestación de la transferencia de una institución típicamente funcionarial al ámbito del Derecho del Trabajo

consolidándose a través de las primitivas Reglamentaciones de Trabajo⁵, transferencia que tenía una primitiva intención, como era el permitir la interrupción prolongada de la prestación de servicios por parte del funcionario, con objeto de que éste atendiese aquellas necesidades o intereses personales que, a su juicio, así lo requiriesen y que la normativa aplicable no tasaba⁶, manifestación que constituye el origen de lo que se conoce hoy en día como el “*fenómeno de migración de normas*”, producido desde la base del derecho funcional hasta la regulación suspensiva contractual del ámbito del Derecho del Trabajo regulada en la actualidad, partiendo de la “*especial*” relación que, desde siempre, han tenido el Derecho Administrativo y el Derecho del Trabajo, ya que ello fue la principal vía a través de la cual el aparato administrativo se convirtió en el cauce legal por donde el Derecho del Trabajo adquirió su verdadera autonomía. Con ello, podemos decir que el Derecho Laboral es una fuerte combinación entre un Derecho Civil especial y un constante y sistemático despliegue de un especial poder por parte del Derecho Administrativo⁷.

En definitiva, la conclusión a la que llega la doctrina es que la naturaleza y las condiciones que marcan las relaciones jurídicas del Derecho del Trabajo se construyen bajo la enorme influencia del Derecho administrativo⁸, utilizando una serie de técnicas y procedimientos que en el propio Derecho Administrativo han

⁵ VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1983, t. IX, volumen 1, página. 99.

⁶ La doctrina señala que tras la aparición de la Ley de Bases de 1918 proliferaron otras disposiciones de distinto rango que, por emplear criterios conceptuales discordantes, dieron lugar a un panorama ciertamente caótico.

⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, Comares, 1998, página 5.

⁸ STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 4 de Junio de 1992 (AS 1992/3413), la cual afirma que “*la excedencia voluntaria delimitada por la doctrina científica y Jurisprudencial, como institución trasplantada al muro laboral desde el Derecho Administrativo por su misma naturaleza Jurídica*”.

encontrado su más lograda y acabada expresión; incidiendo también en la idea de que el Derecho del Trabajo no es solo el contrato laboral puro y duro, puesto que el progresivo crecimiento de las actividades administrativas ha dado origen a relaciones entre la propia Administración y las partes de ese contrato, que si bien es cierto que caen de lleno en el círculo de lo jurídico – administrativo, ostentan un marcado carácter jurídico – laboral el cual procedería a disciplinar esas relaciones. Y es esta idea, reflejada por dichos autores, la que, trasladada al ámbito de la excedencia, nos muestra que esta institución laboral de origen funcionarial es un ejemplo más de los intercambios y trasvases normativos que se producen, cada vez con mayor frecuencia, entre el ordenamiento jurídico administrativo y el laboral, cuando uno de ellos alcanza un mayor grado de protección⁹, con lo que, llegado a este punto, cada colectivo, tanto el del personal laboral o el personal funcionarial, observa con atención los logros del otro y reacciona postulando la difusión y aplicación para sí de esos privilegios¹⁰.

Teniendo claro las relaciones establecidas entre ambos ámbitos jurídicos, así como los provechos que la primera obtiene de la segunda y viceversa, cabe mencionar un hecho esencial, considerado como el primer gran paso de cara a

⁹ ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª edición, Civitas, Madrid, 2002, páginas 15 y 16. El autor se apoya en la idea de considerar ilógico el carácter estanco de ambos compartimiento, tanto el correspondiente al Derecho Administrativo como al Derecho del Trabajo afirmando que *“cualquiera que sea el elemento que se tome como diferenciador, es una tarea condenada al fracaso de antemano. La distinción cardinal entre Derecho público y Derecho privado, con ser la más intensa, en muchos ámbitos no pasa de ser una cuestión de grado o matiz”*.

¹⁰ BORRAJO DACRUZ, E., en su prólogo al estudio de conjunto sobre la excedencia en el Derecho español realizado por PEDRAJAS MORENO, A., en su obra *La excedencia laboral y funcionarial*, op. cit., páginas 22 y 23.

eliminar la dispersión normativa que afectaba de pleno a la idea que se tenía de excedencia¹¹.

El dato histórico de mayor relevancia y que supuso la más clara intención legislativa hasta ese momento de aunar esfuerzos con la finalidad de regular en una sola norma la figura jurídica de la excedencia se concretó con la aparición de la Ley de Relaciones Laborales de 1976¹².

¹¹ Dispersión normativa resumida por GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 4, en la que realiza un viaje histórico centrándose en el traslado normativo de la excedencia desde sus inicios, con la primera regulación del concepto jurídico, plasmada en la *Ley del Contrato de Trabajo de 1931*, en la que pone como ejemplo la regulación que se hizo sobre la incapacidad temporal del trabajador por razón del servicio militar, ejercicio de cargo público o por razón de alumbramiento, sin que se llegase a calificar de ninguna forma o, por otra parte, la introducción del concepto “*suspensión temporal del empleo*”, supuesto jurídico que se encuentra integrado en la actualidad como una de las causas de suspensión del contrato de trabajo, continuando el camino hasta el “*peaje histórico*” de la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, considerada como una continuación estricta de la normativa anterior con un mínimo nivel de desarrollo, en la que, por supuesto, tampoco aparecía una regulación clarificadora de la excedencia, (por lo que fue objeto de numerosas críticas, precisamente debido a esa falta de “*valentía jurídica*” a la hora de regular nuevas situaciones que estaban apareciendo y marcando, de manera decisiva, la realidad política y jurídica de la época). En opinión del auto, la cual comparto, estamos hablando del pre – nacimiento del germen de la suspensión puesto que, y es un hecho irrefutable, el actual artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores recoge la mayoría de estos supuestos como causas de suspensión del contrato de trabajo aunque también pone de relieve que multitud de Reglamentaciones y Ordenanzas consideraban estos supuestos como causas de excedencia, ignorando absolutamente la suspensión como institución jurídica, lo que dio lugar al comienzo de una “*batalla legal y conceptualmente tormentosa*” entre ambas instituciones, la suspensión del contrato de trabajo y la excedencia.

¹² Tal regulación, como no podía ser de otra manera, ha tenido una evolución normativa hasta llegar a la que tenemos actualmente, la cual podría recogerse en tres puntos fundamentales: (i) El Estatuto de los Trabajadores, aprobado por la Ley 8/1980, de 10 de Marzo; (ii) en los convenios Colectivos, a pesar de que, tal y como dice RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, Cóllex, Madrid, 1995, página 8, “*se ha confirmado que los mismos no salvan las lagunas y contradicciones existentes en el Estatuto*”; y, (iii), por último, en las Reglamentaciones y Ordenanzas Laborales, teniendo en cuenta lo previsto en la Disposición Transitoria Sexta del Estatuto de los

Esta novedosa normativa¹³, un tanto dispersa por otra parte, contenía una regulación en la que se podían distinguir los primeros supuestos de excedencia. Más detalladamente, en el artículo 25.4 del citado texto legal se establecía el derecho a la “*excedencia*” para cuidado de hijos no superior a tres años; y por otro lado, el artículo 26 regulaba la “*excedencia voluntaria*” fijando una antigüedad en la empresa de, al menos, dos años, en relación con el ejercicio de dicho derecho, sin hacer referencia, ni por consiguiente diferenciación alguna, de las causas que pudieran motivarla, no estableciendo una duración mínima para su disfrute, pero sí máxima, la cual se fijó en cinco años, remitiéndose para otras situaciones a las Ordenanzas Laborales y convenios colectivos; por último, el artículo 18.1 establecía, también por primera vez, el término “*suspensión*”, al referirse a la situación de crisis laboral o económica como causa de suspensión o extinción del contrato¹⁴. Cabe destacar que el artículo 46 de la Ley del Estatuto de los

Trabajadores, redacción dada por la reforma que llevó a cabo el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. En el mismo sentido, MONGE RECALDE, J.L.: *La Excedencia Laboral en la Jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1987, página 38, cuando afirma que “*la Ley de Relaciones Laborales del año 1976 se limitó prácticamente a denominar el concepto de excedencia voluntaria pero sin llegar a profundizar en él, estableciendo los plazos de antigüedad y duración, remitiéndose en todo lo demás (en relación al alcance, incompatibilidades y demás circunstancias), a lo establecido en las ordenanzas laborales y convenios colectivos*”. El autor destaca este hecho como la gran diferencia entre el espíritu que animó al legislador de la Ley de Relaciones Laborales, caracterizado por una actitud de mera consagración del régimen existente disperso en diversas ordenanzas y convenios colectivos, y el impulso innovador del que hizo gala el legislador del Estatuto, cuyo propósito integrador y unitario quedó fuera de toda duda, con independencia de que el éxito le acompañase en mayor o menor medida.

¹³ RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L.: “La regulación de la Excedencia Voluntaria, desde la Ley y el Convenio. Algunos problemas conceptuales”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2005, página 222. La autora señala que a pesar de que el propio artículo 26 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 reguló por primera vez el régimen jurídico de la excedencia voluntaria, muchos trabajadores ya tenían reconocido ese derecho en sus normas profesionales.

¹⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit, página 5. El autor hace un lógico hincapié en el carácter disperso que contenía esta nueva regulación, que parecía limitarse a

Trabajadores del año 1980, constituyó el punto de encuentro de un conjunto de situaciones ordenadas con carácter disperso en la Ley de Relaciones Laborales de 1976, que pasaron a ser agrupadas bajo la rúbrica de “*excedencias*”¹⁵.

Al hilo de lo comentado anteriormente, cabe destacar que la necesidad de llevar a cabo esta migración normativa ha sido siempre objeto de un gran debate doctrinal, pues, según una parte de la doctrina científica, la salida que se debía haber buscado, ante tanta confusión y dispersión conceptual¹⁶, tendría que haber ido encaminada a una ampliación de las causas de suspensión de trabajo y no a la inserción de una figura jurídica de nuevo cuño como fue la excedencia, ya que no hay que olvidar, que la excedencia era un supuesto equiparable a las causas existentes de suspensión del contrato de trabajo así como también que el concepto “*suspensión*” se correspondía con la situación del funcionario que es separado del servicio por razones disciplinarias¹⁷.

recoger lo anteriormente existente en las Ordenanzas y Reglamentaciones, sin ni siquiera plantearse una reglamentación sistemática de estos fenómenos. También otro dato interesante es que la Ley de Relaciones Laborales de 1976 hace referencia al concepto “*excedencia voluntaria*” pero en ningún caso en relación a la excedencia forzosa, la cual será regulada por primera vez en el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

¹⁵ TORTUERO PLAZA, J.L.: “Las Excedencias: en torno al artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores”, *Documentación Laboral*, 2000, página 961.

¹⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, es uno de los autores que más ha incidido en la dispersión que ha traído consigo la migración y posterior introducción de la excedencia dentro del ámbito del Derecho del Trabajo, señalando que “*el carácter disperso de la regulación que la Ley de Relaciones Laborales realiza sobre la excedencia no parece limitarse a recoger lo anteriormente existente en las Ordenanzas y Reglamentaciones, sin ni siquiera plantearse una ordenación sistemática de estos fenómenos*”. De otro lado, esta regulación tan sólo consagra la excedencia voluntaria, no haciendo alusión alguna a la forzosa, que sólo aparece por primera vez a través de la regulación del Estatuto de los Trabajadores de 1980.

¹⁷ PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, *op. cit.*, página 12. En su opinión, hubiera bastado, sin ningún tipo de duda, con una simple ampliación de las causas suspensivas del contrato de trabajo. También se manifiesta en el mismo sentido GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*,

A juicio de otros autores¹⁸, y en línea con lo comentado anteriormente, la excedencia se podría configurar como la envoltura formal de un proceso típicamente suspensivo, argumentando que el trasvase de la excedencia al Derecho del Trabajo era un esfuerzo innecesario, ya que era posible la obtención de los mismos efectos a través de una institución consolidada en su seno: la suspensión del contrato de trabajo, para cubrir idénticos objetivos¹⁹.

Dicho cuanto antecede, no podemos obviar que la excedencia es una figura jurídica compleja cuya interpretación es realmente difusa, y ello partiendo de un hecho básico, como es el trasvase de una figura típicamente funcionarial al Derecho del Trabajo, un paso fácil de realizar pero difícil de asimilar en gran medida por la potente heterogeneidad con la que se trató el proceso migratorio dificultando, de manera clara la calificación jurídica y la delimitación de su régimen legal, conllevando una serie de consecuencias que hacen de la confusión el modelo a seguir.

op. cit., página 5, cuando afirma que la suspensión tiene una mayor raigambre laboral que la excedencia aunque ello también debido a su íntima conexión de aquella con el Derecho Administrativo, sobre todo en el caso de la suspensión disciplinaria.

¹⁸ PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial*, *op. cit.*, página 33; LÓPEZ GANDÍA, J.: “Las relaciones colectivas en el empleo y la Constitución Española”, en *Revista del Derecho Público*, nº 83/1981, página 399. Todos ellos aportan sus propios criterios a la hora de valorar la necesidad de una ampliación de las causas suspensivas del contrato de trabajo a fin de recoger la figura jurídica conocida como excedencia voluntaria.

¹⁹ Aunque, a pesar de todo lo dicho anteriormente, y según el punto de vista de PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial*, *op. cit.*, página 12, tampoco se habría tenido en cuenta que el Derecho Administrativo descartó cobijarla bajo la expresión “suspensión”, simplemente por sus connotaciones negativas, ya que en él se corresponde con la situación del funcionario que es separado del servicio por razones disciplinarias.

Así pues, estamos hablando de dos instituciones tremendamente similares, como son la excedencia y la suspensión.

De todas maneras, entiendo que en el ámbito del Derecho del Trabajo, no existía una figura jurídica concreta y sólida que pudiera dar solución a las prerrogativas que la institución de la excedencia planteaba, razón por la cual no considero idónea la “puerta” que ha abierto gran parte de la doctrina, incidiendo de manera persistente en el desarrollo y alcance de la figura jurídica de la suspensión del contrato de trabajo, excepto si la crítica se remite al contexto histórico concreto del que estamos hablando, ya que no hay que olvidar que en el momento que comenzó esta migración normativa, la institución laboral de la suspensión no estaba totalmente consolidada²⁰.

Pero es más, durante esa época, es decir, durante el primer tercio del siglo XX, se produjo en el área de la actividad laboral un constante intervencionismo de la Administración Pública, no siendo en absoluto extraño los supuestos en los que el antecedente de una norma laboral tenía su origen en una regulación proveniente de la Administración Pública.

Con todo ello, lo que realmente se buscaba era, al fin y al cabo, una mayor estabilidad en el empleo.²¹

²⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 6. No comparto plenamente la opinión del autor en el sentido de afirmar que la institución no estuviera “totalmente consolidada”. Pienso que la figura jurídica de la excedencia carecía totalmente de regulación y desarrollo, siendo esta falta de claridad uno de los motivos por los que se procedió al tan comentado “trasvase normativo”.

²¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 7, el cual sostiene que la figura jurídica de la excedencia voluntaria se introdujo en el ordenamiento jurídico laboral con la mentalidad de que sus efectos, de cara a conseguir una mayor estabilidad en el empleo, serían mucho

En referencia a la primera de las causas citadas - intervencionismo público-estimo que resulta una idea acertada, y más todavía si tenemos en cuenta las circunstancias sociales, políticas e históricas de aquella época. Aunque no obstante, cabría plantearse la siguiente cuestión: ¿por qué con posterioridad al momento en que las Reglamentaciones de Trabajo y las Ordenanzas Laborales consolidaron la migración normativa de la excedencia al Derecho del Trabajo no se llevó a cabo una ampliación de las causas suspensivas del contrato de trabajo?.

Dando respuesta a dicho interrogante, considero que ese hubiera sido el momento adecuado para formalizar normativamente tales causas, pues el tiempo se dilapidó en modelar y ajustar una figura extraña en nuestro Ordenamiento Jurídico Laboral, que hubiera dado sus frutos, sin lugar a dudas, si se hubiese actuado de una manera mucho más atrevida y se hubiera dado un paso más para su

más positivos que negativos, aunque luego opina que no llegó a cumplir tal propósito calificándolo de espejismo. En cambio, admite que, en términos comparativos con la institución jurídica de la suspensión del contrato de trabajo, se dotó de una mayor extensión a dicha estabilidad en el empleo, todo ello porque la migración normativa contribuyó a mantener la vigencia del contrato – una conclusión muy importante – y a obstaculizar la facultad del empresario de optar por la extinción del contrato durante el tiempo que durase la situación de excedencia voluntaria de la que gozaba el trabajador. En mi opinión, está claro que la palabra obstaculización es la más apropiada para definir lo que se logró con la inserción de una figura con una más que confusa naturaleza jurídica, metida con pinzas en base a las circunstancias político – históricas de la época. Estoy convencido de que, estirando un poco más la regulación legal ofrecida por la causa suspensiva del contrato de trabajo, el nivel de desarrollo y posterior aplicación a los problemas laborales y de empleo que existían, no digo que se hubieran acabado, pero sí se habrían combatido con mucha más eficacia. En el mismo sentido se pronuncia ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria, op. cit.*, páginas 26 y 27, en relación a la idea de buscar y entender las causas principales que motivaron ese “*fluido*” normativo que se produjo desde un Derecho típicamente funcional hasta el ámbito del Derecho Laboral, pronunciándose de nuevo en la creencia de que la fuerte intervención estatal en la elaboración de las bases de trabajo, resaltando que dicha labor tuvo un carácter mucho más intenso que si habláramos de la manera en la que se regularon las reglamentaciones y ordenanzas posteriores.

inclusión en el modelo jurídico que proponía la “*suspensión del contrato de trabajo*”.

Es por ello, que la expansión de la Institución ha venido acompañada de una progresiva modificación de los contornos de su régimen jurídico, ampliados sucesivamente hasta componer los rasgos jurídicos esenciales que consigna la legislación laboral de carácter general²².

Hoy en día, existen evidentes similitudes entre el contenido jurídico que define a una y a otra figura, esencialmente en el caso de la excedencia por cuidado de hijos. La equiparación de derechos en ambas ramas, es evidente, aunque no obstante, más que centrarnos en los paralelismos existentes entre ambos conceptos, considero de interés remitirnos a los detalles básicos que las diferencian.

El elemento diferencial más importante radica en el carácter del derecho que acompaña a ambas figuras.

La excedencia laboral tiene un marcado acento subjetivo, tanto en la modalidad forzosa como en la voluntaria; mientras que en el ordenamiento funcional, la excedencia funcional se considera como un derecho más propio de la Administración que del trabajador funcionario; así pues, el recurso de la excedencia voluntaria, admitiendo que efectivamente es un derecho del funcionario, se encontraría subordinado a las necesidades del servicio²³.

²² GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Excedencia voluntaria común y derecho a indemnización derivada de expediente de regulación de empleo”, *op. cit.*, página 1099.

²³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 8. El autor manifiesta que en la función pública la excedencia forzosa se considera básicamente como una respuesta a

En este sentido, las líneas de evolución de la figura de la excedencia no siempre han ido de la mano, y ello por la especial regulación en la que se basa cada una de ellas.

En el caso de la excedencia funcionarial, su regulación viene contenida en normas estatales, de carácter legal y reglamentario, ya que la estructuración jurídica de este tipo de excedencia viene predeterminada por sus propios estatutos.

El entorno jurídico de la excedencia laboral tendría otra vertiente, ya que es fruto de la negociación colectiva puesto que, a través de los Convenios Colectivos – que tienen rango de Ley y por ello obligan a las partes firmantes, según el artículo 3.1 b) del Estatuto de los Trabajadores– organizan su contenido y completan su régimen legal, llegando incluso a crear nuevos supuestos de excedencia, estableciendo un nuevo régimen jurídico y efectos derivados de éste.²⁴

Esta doble escala reguladora, tanto a nivel organizativo como jurídico, consagra la idea expuesta por SALA FRANCO²⁵, en el sentido de enfrentar la unilateralidad del régimen estatutario con la bilateralidad del régimen laboral.

la necesidad de reducción o supresión de plantilla definiéndolo, en mi opinión de manera muy acertada, como “*la imposibilidad de prestación de servicios por causa imputable a la propia administración*”. En cuanto a la mención que realiza sobre el concepto de excedencia voluntaria en el sector público funcionarial, concreta su idea en el caso de la excedencia voluntaria de interés particular.

²⁴ ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 32.

²⁵ SALA FRANCO, T.: *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública*, Institución Nacional de Administración Pública, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1989, página 50.

Como consecuencia de cuanto antecede, el funcionario público se atiene a cuanto dispone su Estatuto, y no tiene siquiera la mínima posibilidad, de decidir nada con lo establecido en el mismo no pudiendo oponerse a su contenido, ni cuando éste le fuera favorable ni, incluso, perjudicial, quedando a merced de él, independientemente de las implicaciones positivas o negativas que pueda acarrear hacia su situación personal. En cambio, el trabajador asalariado se debe atener a lo dispuesto en su convenio colectivo, pero siempre con la llave de la negociación colectiva bajo el brazo, pudiendo a través de dicha negociación, modificar los efectos originarios de dicha normativa convencional, haciendo uso de su fuerza como prestador de servicios, protegido indudablemente por el Ordenamiento Jurídico Laboral, que arranca “*ab initium*”, de nuestra Constitución.

Siguiendo con la línea iniciada anteriormente, cabe decir que los efectos que se desprenden de una y otra situación son radicalmente opuestos.

En el caso del trabajador por cuenta ajena que solicita una excedencia, sea cual sea el grado de la misma, la principal consecuencia radica en la exoneración total y absoluta de obligaciones, entendiendo éstas como la no existencia de prestación de servicios por parte del trabajador y la no obligación de remuneración al excedente por parte del empresario²⁶.

La situación en la que hoy en día se encuentra aquel funcionario público que tenga intención de colocarse en situación de excedencia voluntaria no difiere en exceso de la que pueda tener un trabajador por cuenta ajena, si bien con pequeños matices, como por ejemplo, las diferentes modalidades de excedencia dispuestas en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado

²⁶ En el mismo sentido, ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 33. La autora confirma “*el consiguiente cese de la retribución que, como contrapartida a sus servicios, recibe de la persona física o jurídica por cuenta de quien los presta*”.

Público y, más concretamente, en su artículo 89.1, el cual contempla diversas modalidades de excedencias, algunas de ellas ni siquiera mencionadas en el Estatuto de los Trabajadores²⁷. Por supuesto, la regla básica de la figura jurídica se mantiene y la Ley incide en señalar que quienes se encuentren en situación de excedencia por interés particular no devengarán retribuciones, ni les será computable el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación²⁸.

²⁷ En este sentido, el mencionado artículo 89.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público establece cuatro modalidades de excedencia, desglosadas en las siguientes: **(a)** excedencia voluntaria por interés particular; **(b)** excedencia voluntaria por agrupación familiar; **(c)** excedencia por cuidado de familiares; y, **(d)**, excedencia por razón de violencia de género.

²⁸ Excepto en los supuestos de funcionarias públicas víctimas de violencia de género. En este tipo de situaciones, aparte de que durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran, siendo computable dicho período a efectos de antigüedad, carrera y derechos del régimen de Seguridad Social que sea de aplicación, es importante apuntar que durante los dos primeros meses de esta excedencia, la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo.

II. Conceptualización y encuadramiento: aspectos críticos.

1. Naturaleza jurídica de la Excedencia Voluntaria.

Nuestro aparato legislativo laboral no ha conseguido dar con la tecla adecuada que ajuste y estructure el modelo jurídico de la excedencia, en general y, de la excedencia voluntaria, en particular. No se ha conseguido situar a la institución en un encuadramiento jurídico definitivo. Los considerables esfuerzos que se han hecho, tanto por parte de la doctrina científica, la doctrina judicial y la jurisprudencia, han sido loables y, en ocasiones, bastante eficientes a la hora de dotar de un verdadero posicionamiento contextual a esta figura jurídica, aunque, no obstante, ello no es óbice para poder afirmar que la confusión que rodea al precepto es considerablemente amplia.

A grandes rasgos y de manera introductoria, conviene fijar las variantes que existen para definir la naturaleza jurídica de la institución: **a)** la primera vendría dada por la adscripción de la excedencia voluntaria común a la figura más genérica de la suspensión del contrato; **b)** la segunda, la equiparación a la interrupción de la prestación de servicios; **c)** la tercera, su identificación con la extinción del contrato; y, **d)** una última posibilidad consistiría en otorgar a la excedencia voluntaria una posición autónoma en atención a los caracteres singulares que la componen, justificando el rechazo de su eventual equiparación con cualquiera de las instituciones laborales enumeradas en las opciones precedentes²⁹.

²⁹ GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Excedencia voluntaria común y derecho a indemnización derivada de expediente de regulación de empleo”, *op.cit.*, página 1100.

La visión unitaria con la que desde siempre se ha tratado a la excedencia forzosa y voluntaria, la suspensión, la extinción o, incluso, a las interrupciones periódicas de servicios o permisos, ha sido una constante a lo largo de los últimos tiempos. Y ello no es de extrañar, sobre todo si tenemos en cuenta una nota en común definitoria de todas ellas: el hecho de que nos encontramos ante instituciones que atacan el principio de libre resolución del contrato ante la ausencia de cumplimiento de la contraprestación por parte del trabajador, logrando con ello la finalidad absoluta y real objeto del fundamento de todas ellas: la estabilidad en el empleo³⁰. Aunque hay que tener claro que tal finalidad adquiere un matiz especial puesto que, en el fondo, no se busca una estabilidad en el puesto de trabajo propiamente dicho, sino algo mucho más amplio, como es la estabilidad en la relación contractual vinculante entre el trabajador y el empresario³¹. Y no es de extrañar tal razonamiento de fondo, pues la posibilidad que se concede al trabajador de solicitar una excedencia voluntaria observa una razón fundamental, que no es otra que la de mejorar su calidad de vida con otro empleo, encontrar nuevos horizontes laborales, o alcanzar nuevas cotas sociales, pero con una salvaguarda importante: el mantenimiento de la vigencia contractual de la relación.

En definitiva, durante el tiempo que dure la situación de excedencia voluntaria, la relación contractual empresario – trabajador se mantiene viva.

³⁰ Postura adoptada por VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., páginas 29 y 30.

³¹ PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial*, op. cit., página 153. A colación del asunto, cabe resaltar la STS de 17 de Noviembre de 1983 (RJ 1983/5608), en la que se pone de relieve que el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores responde a un principio de defensa del empleo, al establecer frente al derecho expectante del excedente la obligación empresarial de atribuirle la primera plaza apropiada que se produzca, una vez nacido su derecho sobre la misma.

2. Excedencia voluntaria y extinción del contrato de trabajo: análisis de la teoría causal.

Desde sus orígenes se ha defendido que la excedencia voluntaria podría tratarse de un supuesto de extinción de contrato de trabajo, si bien en caso de vacante y posterior reingreso, se retomaba una nueva relación laboral. El punto de partida lo encontramos en la regulación de la excedencia voluntaria consagrada por primera vez de manera rigurosa, en la Ley de Relaciones Laborales de 1976. La normativa se limitó a regular un marco de carácter mínimo para la institución, no profundizando demasiado y dejando a un lado los principales problemas que suscitaba dicha figura jurídica, dando lugar a una compleja confusión en torno a la propia configuración de la institución. Su naturaleza jurídica quedaba en entredicho con la escasa regulación del texto legal de 1976 y su configuración jurídica, en relación a las consecuencias laborales generadas en la relación contractual entre las partes, no fue realizada detenidamente.

El principal apoyo en el que se basa una parte de la doctrina científica, se sustenta en la redacción y contenido del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, cuando nos dice que *“el trabajador excedente voluntario conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría profesional a la suya”*. O lo que es lo mismo, durante el tiempo que dure la excedencia voluntaria, no se lleva a cabo ningún tipo de prestación, lo que refuerza la idea de que, en realidad, nos encontramos ante una auténtica extinción del contrato de trabajo. Y es precisamente la redacción del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores lo que da pie a pensar que la suspensión del contrato de trabajo es una circunstancia que tiene plena efectividad en la figura jurídica de la excedencia forzosa puesto que, en clara línea diferencial, la excedencia

voluntaria únicamente contempla un derecho preferente al reingreso establecida en torno a una vacante y que, por ende, una vez concluido el tiempo de la excedencia, ésta pudiese no existir por haberse cubierto o, en su caso, amortizado el puesto de trabajo. Es en este caso cuando la suspensión se convertiría en pura ficción y, consecuentemente, sería desplazada pues sería en ese preciso momento cuando estaríamos hablando de una extinción del contrato de trabajo ya que ese derecho preferente únicamente garantizaría una expectativa meramente ilusoria de reincorporarse a la empresa³². Así pues, y siguiendo en esta línea de argumentación, no sería extraño pensar que en el instante en que el trabajador no hiciera efectivo su derecho y no solicitase el reingreso en tiempo y forma pertinente, no se produciría realmente una extinción propiamente dicha de su derecho y, por ende, de su relación contractual, sino que, en realidad, tendría lugar un decaimiento de ese derecho³³. Por tanto, y en base a esta idea, no se produciría en ningún momento un abandono del puesto de trabajo y, por consiguiente, el trabajador no tendría derecho a ejercitar acción alguna en pos de defensa de sus intereses ante un posible despido. Por otra parte, se trataría de una extinción “*atípica*”, ya que en caso de que el trabajador ejercitara su derecho y procediera al reingreso en la empresa, se crearía una nueva relación laboral posterior³⁴.

³² MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2007, página 437. También, a colación de tal idea, hacemos referencia a la Sentencia dictada por el TSJ de Castilla y León de fecha 11 de septiembre de 1992 (AS 1992/4135), en la que se afirma que “*se produce una automática paralización de todos los efectos del contrato y tan sólo se conserva un eventual derecho de reingreso en la empresa y rehabilitación del vínculo laboral, lo que supone una extinción provisional del mismo*”.

³³ Línea argumental mantenida por VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, páginas 49 y 50.

³⁴ VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, *op. cit.*, página 105, donde manifiesta que “*no queda más remedio que aceptar que en la situación de excedencia estamos ante un claro supuesto de extinción de la relación contractual y su sustitución por una relación jurídica diferente. Se trataría de un supuesto atípico de extinción del contrato, por cuanto conlleva como resultado el nacimiento de esa otra*

Esta idea fue principalmente defendida por VIDA SORIA, con la única finalidad de lograr justificar la improcedencia de la prohibición de concurrencia desleal en materia de excedencia voluntaria, ya que al no existir ni obligación principal ni accesoria entre trabajador y empresario, no habría vínculo alguno entre partes, salvo ese tenue derecho al reingreso al cual se refiere el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, el contrato de trabajo no existiría, ya que sólo restaría un posible derecho equiparable a alguna de las preferencias de empleo que existen en nuestro derecho positivo y, por consiguiente, el trabajador podría realizar cualquier actividad sin preocuparse si es o no competitiva, ya que ninguna relación le uniría con el empresario³⁵.

Otro argumento que se utilizó para defender el carácter extintivo de la excedencia voluntaria fue la carencia de causa. La figura jurídica de la excedencia voluntaria, al no encontrarse enumerada en ninguna de las causas de suspensión establecidas en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, no otorga el derecho a la reincorporación efectiva al puesto de trabajo reservado y, por tanto, el tiempo que dure la situación de excedencia voluntaria en la que se encuentre el trabajador se considera, a efectos legales, como una extinción contractual del vínculo que une a empresario con trabajador, con independencia de que, si la readmisión se produce alguna vez, el trabajador recupere la antigüedad que tenía en la empresa en el momento de abandonarla³⁶. En su momento, y tal y como ya

relación jurídica ulterior, que obliga al empresario a volver a contratar al que fue trabajador con él, cuando se dan unos determinado supuestos o condiciones”.

³⁵ Tal y como afirma CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Madrid, M.T., 1977, Colección Tesis Doctorales, páginas 160 y 161.

³⁶ SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Editorial Pirámide, Madrid, 1980, páginas 150 y 151. El autor manifiesta que, ya por el mero hecho de la calificación que el Estatuto de los Trabajadores otorga a la excedencia atribuyéndole el carácter de

he comentado anteriormente, este sector doctrinal llegó a considerar a la excedencia voluntaria como una extinción “*atípica*” del contrato de trabajo, que tenía como resultado el nacimiento de una ulterior relación jurídica que obligaba al empresario a volver a contratar al que fue trabajador suyo, cuando se dieran determinadas condiciones³⁷. Además de ello, no se consideraba realmente necesario una declaración expresa de extinción de la relación contractual en el

voluntario, se la reconduce a la categoría de extinción del contrato de trabajo con derecho condicionado a la readmisión.

³⁷ Teoría postulada por VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., página 50. El autor incide en que la relación contractual desaparece durante el tiempo que dura la excedencia voluntaria con una principal consecuencia: la sustitución de dicha relación contractual por un derecho peculiar del trabajador, en los términos expresados por el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores. El autor, en la misma obra, (páginas 105 y 106), alude a la sustitución de aquella relación jurídica por otra real, perfecta y condicionada a la existencia de plaza cuando la excedencia finalice, y a que se solicite el reingreso en tiempo oportuno que uniría al empresario con el trabajador, y cuyo objeto no es estrictamente laboral, sino previo: un derecho a ser contratado, perteneciente a la categoría genérica de los “*derechos aplazados*” o “*derechos en formación*”, y una obligación de contratar. En los mismos términos se expresan VILLA GIL, L. E. y SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *Caracterización general de la suspensión del contrato de trabajo*, en AA VV: *El Derecho del Trabajo en España*. Madrid, IESS, 1981, páginas 285 y 286, a la vista de la configuración de la excedencia en las reglamentaciones y ordenanzas. Indican que, cuando el plazo concedido al trabajador para ejercitar su derecho de preferencia se agota, lo que se extingue no es el contrato, sino otra cosa muy diferente (aquí viene la verdadera cuestión que se discute, prácticamente, a lo largo del capítulo dedicado a la extinción del contrato de trabajo del trabajador que se sitúa en excedencia voluntaria), como es la extinción de ese mismo derecho, contenido en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, ya que es la misma excedencia voluntaria la que envuelve, per se, la extinción del contrato de trabajo, del vínculo contractual que une al trabajador con el empresario, resaltando que tal extinción se produce por causas no imputables a ninguna de las partes, o dicho en otras palabras, estamos hablando de la extinción pura de la relación contractual preexistente al momento de solicitud y concesión de la excedencia voluntaria, con un derecho condicionado a la readmisión, tal y como afirma SUÁREZ GONZÁLEZ.: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, op.cit., página 152 y MONTOYA MELGAR A., GALIANA MORENO J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V., y RÍOS SALMERÓN, B., en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 1995, cuando coinciden en afirmar que el excedente voluntario sólo posee una expectativa “*sine die*”, y por ello mismo resulta cuestionable si lo que existe es mera suspensión o verdadera extinción con derecho preferente al reingreso.

caso de que el trabajador no solicitase a tiempo el reingreso, pues se argumentaba que el contrato de trabajo ya había sido resuelto previamente o, dicho en otras palabras, si transcurrido el plazo de excedencia voluntaria y producida una vacante el trabajador no fuera llamado no podría considerarse despido, ya que el contrato no se encontraría suspendido sino extinguido.

Este enfoque que determinados autores otorgan a la excedencia voluntaria equipara tal situación a alguna de las preferencias de empleo que existen en nuestro derecho positivo³⁸. Por ello, tal vez tratando de fundamentar dicha idea sobre alguna situación similar en nuestro ordenamiento jurídico, se ha hecho referencia a la preferencia absoluta para reincorporarse a la empresa que se reconoce a los trabajadores que cesaron en su relación contractual por declaración de invalidez permanente total o absoluta, si recuperasen su plena capacidad laboral, o quedasen afectos de una incapacidad permanente parcial³⁹. En este último supuesto, el reingreso del trabajador en la primera vacante que se produzca, en su categoría o grupo profesional, adecuada a la capacidad laboral que conserva, no se consideraría continuación de la relación anterior – ya extinguida – sino el inicio de una nueva.

³⁸ Este enfoque doctrinal considera a la excedencia voluntaria como una extinción del contrato de trabajo y las posibles consecuencias que generaría dicha situación para la esfera jurídica – contractual del trabajador. Hacemos referencia a la obra de CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo, op.cit.*, página 160. Algunas de estas preferencias han sido establecidas por la negociación colectiva.

³⁹ Siguiendo lo establecido en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de Mayo y, más concretamente, en los artículos 2 y 3, Cabe destacar que, con anterioridad a su reforma por la Ley 11/1994, el Estatuto de los Trabajadores establecía otro particular supuesto de preferencia para el reingreso del trabajador. El artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores preveía que, en el caso de extinción del contrato por la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo individualizado, si en el plazo de un año se volviera a crear la plaza amortizada, el trabajador despedido tendría preferencia absoluta para ocuparla.

En la actualidad, estas teorías son rechazadas, pues parece obvio que la excedencia voluntaria no puede interpretarse como un supuesto de extinción de contrato de trabajo. A lo largo del tiempo que dure la situación de excedencia, el trabajador conserva un vínculo que le une a la empresa, traducido en un derecho preferente al reingreso otorgado por el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores. Únicamente en el supuesto de que el trabajador incumpliera el requisito de solicitar el reingreso en el plazo adecuado y en la forma correcta, dicho vínculo contractual se vería extinguido. Está claro que la indefinición de la excedencia voluntaria común y el poco acierto con el que el legislador la ha tratado en los últimos tiempos no ha ayudado a solapar los posibles defectos legales que distorsionan algunos de los elementos definidores de la propia institución jurídica.

De entre los argumentos más relevantes, contrarios a considerar la excedencia voluntaria como un supuesto extintivo de la relación laboral, destaco, en primer lugar, el sostenido por MONGE RECALDE⁴⁰, cuando afirma que de ninguna manera es aceptable la tesis que defiende que la excedencia voluntaria supone la extinción de la relación contractual y su sustitución por otra nueva. La razón que justifica tal razonamiento no se apoya únicamente en la calificación de la excedencia voluntaria como suspensión evidente del contrato de trabajo, sino

⁴⁰ MONGE RECALDE, J.L.: *La Excedencia Laboral en la Jurisprudencia*, op. cit., página 61. En el mismo sentido, ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit, página 160. Estamos ante una de las más firmes posiciones contrarias a tal argumento jurídico ya que entiende que el hecho de que el trabajador no solicite en tiempo y forma el reingreso equivale a un abandono del puesto de trabajo que, efectivamente y sin lugar a dudar, conlleva la extinción propiamente dicha del contrato de trabajo, extinción que se produce en ese preciso momento y no en el momento en que el trabajador solicita la excedencia voluntaria. Por otra parte, y para reforzar más su postura en este asunto, alude a la sólida Jurisprudencia existente en torno a la consideración que se tiene de despido en relación a la negativa empresarial a la readmisión del trabajador en la empresa.

fundamentalmente en el dato objetivo de que tal situación no viene expresamente regulada en el artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, y por ello, mal encaminada se dirige aquella doctrina que afirme su existencia cuando ni siquiera venga contemplada en la propia Ley.

A ello se añade otro dato característico, como es el derecho preferente al reingreso, derecho perteneciente a la esfera jurídica del trabajador excedente y que hace que la relación laboral continúe viva, aunque “*adormecida*”⁴¹. Por ello el vínculo contractual en ningún caso se consideraría extinguido sino, simplemente, debilitado o aletargado, sustentando su posición en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores y en el papel clave que juega el derecho preferente al reingreso del que goza el trabajador.

Así pues, y teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, nos encontramos ante una suspensión “*acentuada*”, cuyos efectos van más allá de los producidos en la suspensión genérica⁴².

En resumidas cuentas, la excedencia voluntaria no aparece prevista en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, en el que se enumeran las causas de

⁴¹ El mismo autor hace referencia a varias Sentencias del Tribunal Supremo, que apoyan esta idea y reflexionan acerca de no considerar a la excedencia voluntaria como un supuesto extintivo. SSTs de fecha 7 de Mayo de 1984 (RJ 2972) y 18 de Septiembre de 1984 (RJ 1984/4429).

⁴² MONGE RECALDE J.L.: *La Excedencia Laboral en la Jurisprudencia, op. cit.*, páginas 61 y 62. El autor, una vez expuesto su punto de vista acerca de la imposibilidad de considerar a la excedencia voluntaria como una extinción del contrato de trabajo, construye una definición científica del concepto, aclarando el perfil que debe adoptar la figura jurídica: “*la situación anormal de una relación laboral originada por la voluntad de las partes, caracterizada por la exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo, aunque muy débil, del vínculo jurídico, conservando el trabajador excedente 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*”.

suspensión del contrato de trabajo, así como tampoco viene regulada en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, el cual procede a clasificar una serie de causas que dan lugar a una extinción del contrato⁴³. Y es precisamente la no inclusión de esta figura dentro de los preceptos anteriormente señalados lo que ha originado la discusión acerca de su naturaleza jurídica, dando lugar a dos posiciones diferentes.

La primera, una posición minoritaria, que consideraría posible la equiparación de la excedencia voluntaria a la figura jurídica de la extinción contractual. Y la segunda, una posición mayoritaria, cuyo fundamento principal residiría en la utilidad que se debe hacer del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, dando lugar a varias alternativas pero nunca incluyendo a la extinción del contrato como posible modelo comparable a la figura jurídica de la excedencia voluntaria. Dicha suspensión del contrato se observaría desde una perspectiva singular, acompañada de unos efectos específicos *“por cuanto el vínculo contractual se mantiene aunque debilitado”*⁴⁴.

⁴³ En el mismo sentido, y haciendo un énfasis especial en la correcta conceptualización de la excedencia voluntaria en base a la no inclusión de ésta, tanto en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, regulador de las causas de suspensión del contrato, como en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, regulador de las causas de extinción del contrato, se expresa GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Excedencia voluntaria común y derecho a indemnización derivada de expediente de regulación de empleo”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2001, página 1106, cuando afirma que parece desacertado considerar la excedencia voluntaria como una causa extintiva de la relación laboral con derecho condicional a la readmisión, cuando semejante catalogación no tiene cobertura normativa en los supuestos de extinción que enumera el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, exclusión de la cualidad de causa extintiva que refuerza, a sensu contrario su consideración, bien como categoría autónoma o bien como causa suspensiva de la relación laboral. Manteniendo el mismo hilo argumental nos encontramos a BOTANA LÓPEZ, J.M.: “Tendencias actuales de la Jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002, página 277.

⁴⁴ Tradicionalmente, se ha defendido que la excedencia voluntaria forma parte de ese género institucional de las causas de suspensión del contrato de trabajo, como reiteradamente lo tiene reconocido la Jurisprudencia en las SSTs de fecha 23 de Marzo de 1983 (RJ 1983/1179), 8 de Octubre de 1983 (RJ

Estamos hablando de una posición mayoritaria aunque no absoluta ya que, como más adelante desarrollaremos, también existe una ligera confusión en relación con otras figuras jurídicas que merecen nuestra atención y consecuente análisis, como por ejemplo, el paralelismo existente con una interrupción temporal o periódica de prestación de servicios.

La principal corriente doctrinal, según la cual la excedencia voluntaria no es equiparable a la extinción del contrato de trabajo, se basa en el contenido del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores y en la preferencia que se reconoce al excedente para reingresar en algunas vacantes manifestando que, pese al tenor literal de dicho artículo, el trabajador no conserva tan sólo ese derecho ya que ambas partes contractuales mantienen determinadas obligaciones y derechos de carácter accesorio, compatibles con la interrupción del trabajo y del pago de salarios, que precisamente permitirán que puedan restablecerse todos los efectos propios de la relación que les vincula⁴⁵.

5080), 20 de Septiembre de 1984 (RJ 1984/4440), 30 de Octubre de 1985 (RJ 1985/5248), 21 de Abril de 1986 (RJ 1986/2213), 14 de Enero de 1987 (RJ 27), 28 de Abril de 1987 (RJ 1987/2818), 23 de Julio de 1987 (RJ 1987/5721), 22 de Septiembre de 1987 (RJ 1987/6263), 25 de Enero de 1988 (RJ 1988/45), 6 de Octubre de 1989 (RJ 1989/7123), 21 de Febrero de 1992 (RJ 1992/1047) y 26 de junio de 1998 (RJ 1998/5790) y la doctrina judicial contenida en la STSJ de Cataluña de fecha 11 de abril de 2002 (AS 2002/1788) y la STSJ de Extremadura de fecha 31 de marzo de 2004 (AS 2004/1291), entre otras.

⁴⁵ ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 154. La autora hace especial hincapié en la interpretación que se debe otorgar al significado de “sustitución de la relación laboral”, pues resalta como elemento central de su teoría, que en ningún caso se va a producir una sustitución de la relación laboral previa por una nueva, sino que el trabajador conserva los derechos que hubiera adquirido así como también que “es un efecto comúnmente admitido que el tiempo de servicios que entonces se inicia se suma al que tenía reconocido antes de acceder a la excedencia”. Es por ello que afirma rotundamente que la excedencia voluntaria no se puede considerar como una extinción del contrato de trabajo por más que guarde con ella algunas semejanzas, las cuales no pueden obviarse. Sus diferencias, traducidas en el mantenimiento del vínculo laboral sin ruptura, no permiten aplicar de forma maquina las reglas establecidas para la extinción con el objeto de cubrir las lagunas que se observen en la regulación de

Básicamente, éste es uno de los principales pilares sobre el que se apoya la doctrina que niega, de manera rotunda, la naturaleza extintiva de la excedencia voluntaria; aunque habría que tener en cuenta otro punto clave, como es el hecho de que el pase a la excedencia voluntaria únicamente posibilitaría la expectativa de volver a la empresa si se produjera una circunstancia específica, cual es la existencia de vacante de igual o similar categoría. Así pues, una parte de la doctrina⁴⁶ ha entendido que el transcurso de cinco años sin haberse producido vacante supondría para el trabajador la pérdida de todo derecho y la consecuente extinción del contrato, aunque bien es cierto que la mayor parte de la doctrina así como de la jurisprudencia⁴⁷ sostienen todo lo contrario, cuando afirman que el excedente voluntario debe comunicar al empresario su deseo de reingresar en la empresa y, si en ese momento no existieran las vacantes adecuadas, el derecho de reingreso seguiría vigente, subsistiendo el vínculo laboral.

dicha excedencia, sin acomodarlas a sus singulares características. En el mismo sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit, página 27 y PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial*, op. cit., página 288, cuando vuelven a incidir en el contenido del artículo 46.5 de Estatuto de los Trabajadores (el trabajador “solo” conserva un derecho preferente al reingreso). Ambos autores nos comentan que dicho precepto no puede ser interpretado en el sentido de que desaparezcan el resto de derechos o deberes secundarios del trabajador; todo lo contrario, ya que lo que significa realmente es que el legislador ha querido poner un agudo énfasis al distinguir entre el derecho de reserva, propio de la suspensión y el simple derecho preferente al reingreso, corolario de la excedencia voluntaria.

⁴⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria”, *Relaciones Laborales*, número 14, 1997, página 1.

⁴⁷ Es interesante conocer la postura Jurisprudencial del Tribunal Supremo en torno a este asunto, la cual queda reflejada en sus Sentencias de fecha 21 de Marzo, 31 de Mayo y 14 de Junio de 1984 (RJ 1593, 3099 y 3331, respectivamente). El Tribunal Central de Trabajo, en Sentencia de fecha 29 de Mayo de 1985, establece que “*se mantienen vivas sus expectativas de reingreso hasta que se produzca la vacante, pues su ahora manifiesta voluntad de reincorporarse impide que las vacantes que se produzcan con posterioridad puedan ser ofertadas o cubiertas por personas distintas del excedente, de forma que sólo la negativa de éste a ocuparla daría lugar a la resolución de su contrato de trabajo hasta entonces en suspenso*”.

La excedencia no encaja con ninguno de los supuestos de extinción regulados en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, ni siquiera en el supuesto de la dimisión, ya que los regímenes jurídicos de ambas figuras son totalmente diferentes. La prueba de ello es que hay determinados derechos y obligaciones que permanecen, y por lo tanto la relación laboral no se ha extinguido⁴⁸. A tenor de lo manifestado por diferentes autores⁴⁹, contrarios a considerar la excedencia voluntaria como un supuesto de extinción de contrato de trabajo, tampoco parecería correcta la interpretación que los defensores de la naturaleza extintiva de la excedencia voluntaria realizan del adverbio “solo”, reflejado en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el derecho preferente al reingreso que conserva el trabajador. Este apartado del precepto debería ser necesariamente conectado con el primero, en el que se

⁴⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., páginas 26 y 27. A mayor abundamiento, y según el autor, el hecho de que al no solicitarse el reingreso en tiempo no sea necesario la declaración de extinción del contrato es equivalente al resto de supuestos de abandono del trabajador, en los que nunca ha sido exigible que el empresario exprese formalmente que considera extinguido el contrato. Ya que, en claro posicionamiento común mantenido con la mayoría de la doctrina científica, si se tratase de una extinción propiamente dicha del contrato de trabajo eso nos obligaría a plantearnos la necesidad de concertar un nuevo contrato para que el trabajador se reincorporase al puesto de trabajo, situación que, por supuesto, no se produce en los supuestos de excedencias voluntarias pues el trabajador va a mantener los derechos que tenía con anterioridad a la solicitud de la excedencia voluntaria (como por ejemplo, la conservación de la antigüedad que tenía en la empresa anteriormente a la solicitud de excedencia voluntaria, el mantenimiento de su categoría profesional o, cuanto menos, equivalente, así como también, el reconocimiento del mismo salario – a no ser que éste haya sido incrementado ya que, en caso de ser así, percibiría una suma superior –).

⁴⁹ PEDRAJAS MORENO, A., en su obra *La excedencia laboral y funcional*, op. cit., página 290 y MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “Las causas generales de suspensión: ¿númerus clausus?”, *ponencia aportada al curso sobre la suspensión del contrato de trabajo*, organizado por el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

recogen los efectos de la excedencia forzosa. Ello implica únicamente que el excedente voluntario no mantiene su plaza reservada, a diferencia del forzoso⁵⁰.

Una parte de la doctrina judicial ha venido sopesando la posibilidad de considerar a la excedencia voluntaria como un *“tertium genus”*, con sustantividad propia dentro del contrato de trabajo a la que, en todo caso, habría que atribuirle los efectos suspensivos de la relación laboral, constituyendo una denominación específica y una forma más de manifestación de suspensión contractual atribuyéndole unos efectos específicos, en parte distintos a los de toda suspensión del contrato de trabajo, pero en la que el vínculo contractual se mantiene aunque debilitado⁵¹.

Es por ello que el carácter extintivo de la excedencia voluntaria ha quedado marginado por una gran parte de la doctrina en general, en el sentido de afirmar

⁵⁰ ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia Laboral Voluntaria, op. cit.*, página 151. La autora señala que, en relación con dicha idea y aunque en sí mismo sea un dato de relativa importancia, la ubicación del artículo 46.2 dentro de la sección del Estatuto dedicada a la *“suspensión del contrato”*, pondría de manifiesto la intención del legislador de que ésta sea su naturaleza, pese a su omisión en el artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores a la vez que hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de Septiembre de 1984 (RJ 1984/4481), calificándola como inexacta, cuando critica la afirmación realizada por el Tribunal cuando dice que *“el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores enumera, como una de las causas de suspensión del contrato de trabajo, la situación de excedencia del empleado, que conserva un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa (artículo 46 del Estatuto del mismo Estatuto)”*. La catedrática incide en el error de bulto en el que incurre la sentencia y manifiesta que aquel precepto se limita a considerar expresamente como causa de suspensión a la excedencia forzosa, no así a la voluntaria. En esta misma línea nos encontramos con otra sentencia, también muy curiosa a la par que desacertada en su contenido, del Tribunal Supremo de fecha 3 de Octubre de 1990 (RJ 1990/17526) cuando señala que la situación de excedencia voluntaria no implica una extinción del contrato laboral, sino su suspensión, encuadrable en el apartado a) del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores. En el mismo sentido, cabe mencionar la STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 25 de Enero de 1991 (AS 1991/614).

⁵¹ Tal y como indica la STSJ de la Región de Murcia de fecha 2 de Octubre de fecha 1992 (AS 1992/5046).

que la excedencia voluntaria resulta equiparable a un motivo de suspensión, al crearse, de manera plena, una situación suspensiva del contrato de trabajo, la cual genera una interrupción de las prestaciones laborales principales, continuando el vínculo laboral establecido entre ambas partes, y llegando a la conclusión de que las mismas reglas que regulan la situación de excedencia voluntaria, principalmente contenidas en el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, “*garantizan por consiguiente la no extinción del contrato de trabajo*”⁵². En este sentido, determinados autores también han considerado a la situación de excedencia voluntaria como una situación de “*pendencia*” de la relación laboral, irreductible al régimen jurídico de la suspensión, ya que si englobáramos a este tipo de excedencia dentro de los supuestos de suspensión del contrato de trabajo supondría aceptar que habría al menos dos clases de suspensión⁵³.

3. Excedencia voluntaria y suspensión del contrato de trabajo.

En esta ocasión, haremos referencia a la excedencia voluntaria y a su posible encuadramiento dentro del régimen jurídico de la suspensión del contrato de trabajo. En este aspecto, analizaremos las diferentes posturas que la doctrina, a lo largo de los últimos años, ha ido manteniendo en torno a esta cuestión y

⁵² STC de fecha 3 de Octubre de 1994 (RTC 1994/262). El Tribunal Constitucional también ha adoptado una firme postura en relación a considerar que la excedencia voluntaria es una figura que implica la supervivencia del vínculo contractual que une a ambas partes.

⁵³ Postura adoptada por VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., página 28. En base a tal hipótesis, el autor diferencia dos tipos de suspensión de contrato de trabajo: la primera, de naturaleza ordinaria, la suspensión propiamente dicha, cuyos efectos serían los señalados en el artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores; y la segunda, de naturaleza especial, la excedencia, respecto de la cual se aplicaría lo dispuesto por el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores y ss. Dicho autor mantiene que el desacierto normativo no afecta a la configuración unitaria de la suspensión del contrato de trabajo, a la que se debe proceder prescindiendo de las referencias legales a las excedencias.

extraeremos los puntos de vista más importantes de los diferentes autores, las consecuencias jurídicas que implicaría el optar por una rama doctrinal u otra, así como también un exhaustivo seguimiento de la línea jurisprudencial y judicial más consagrada.

Encontrado dentro del Estatuto de los Trabajadores y, más concretamente, en la Sección Tercera “*Suspensión del contrato*”, el artículo 45.1 enumera las diversas causas de suspensión del contrato de trabajo, y, correlativamente, su apartado segundo, regula los efectos derivados de tal suspensión contractual.

Por otro lado, cabe destacar que en el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores se regula específicamente los supuestos de suspensión del contrato con derecho de reserva de puesto de trabajo.

Entre las causas de suspensión del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, se establece la excedencia forzosa, no sucediendo lo mismo con la excedencia voluntaria, la cual no aparece expresamente enumerada en dicho artículo, siendo el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, dentro de esa misma Sección Tercera, el que procede a tal ordenación. El artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores, tras establecer, a modo de introducción, que la excedencia podrá ser forzosa o voluntaria, pasa al apartado segundo, en el que se trata únicamente a la excedencia voluntaria, estableciendo las circunstancias que debe reunir el trabajador para situarse en excedencia voluntaria, pero no regulando sus efectos, dejando esta tarea para el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, en el que se afirma que “*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*”.

La redacción y ordenación del articulado en general es caótica, pues la regulación y efectos de la excedencia forzosa se concentran en el artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores, donde se hace una vaga referencia a la excedencia voluntaria. Correlativamente, en el apartado segundo, se profundiza un poco más en el concepto e idea general de excedencia voluntaria, aunque luego se produce un giro radical e inesperado, ya que es el artículo 46.5 el que regula, “*supuestamente*”, los efectos de la excedencia voluntaria, y digo “*supuestamente*” porque no hay ningún signo claro que evidencie la relación que hay entre el apartado segundo y el apartado quinto del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores.

La estructura general del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores contempla una inadecuada sistemática a la vez que una profunda dispersión jurídica. La figura jurídica de la excedencia voluntaria es la que peor parada ha salido de toda esta historia. Su articulado es muy confuso y ha originado errores interpretativos realmente graves, pues los problemas que ya de por sí rodean a cualquier figura jurídica compleja, se acrecientan más aún si cabe con redacciones tan confusas y carentes de una estructura ordenada, como ocurre en el presente caso.

¿Se debería considerar a la excedencia voluntaria como causa de suspensión de un contrato de trabajo o no? El diferente tratamiento existente entre los regímenes jurídicos que marcan las pautas de la excedencia voluntaria común no causal, contemplada en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, y el de la suspensión del contrato de trabajo, encuadrada en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, encuentra su justificación esencial en la distinta valoración que merecen los intereses en juego de una u otra. Así pues, el interés que está en la base de la situación de la excedencia voluntaria común es genéricamente de

carácter personal o profesional del trabajador excedente voluntario, bastando, en principio, para hacerlo con la mera voluntad unilateral del propio trabajador excedente. En cambio, el artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores enumera una serie de causas específicas de impedimento o incompatibilidad con el trabajo por parte del propio trabajador, o bien causas que dependen del funcionamiento de la empresa o de la propia voluntad conjunta del trabajador y empresario⁵⁴.

Por tanto, la figura jurídica de la excedencia voluntaria encontraría su origen en una causa propia y personal, basada en la situación personal de cada empleado que, cumpliendo una serie de requisitos, desea ejercitar su derecho y acceder a una situación de excedencia voluntaria. En cambio, la figura jurídica de la suspensión del contrato de trabajo se apoya en una causa previamente establecida por la norma legal, y de ese modo su operatividad depende por completo de que la situación del empleado se encuentre dentro de cualquiera de esas causas. Por tanto, la imposibilidad de que una causa de suspensión contractual se reconduzca a una situación de excedencia voluntaria es evidente.

Considero necesario reafirmarme en tal postura, pues el artículo 45.1 k) del Estatuto de los Trabajadores es el único precepto, dentro de las causas de suspensión del contrato de trabajo, que menciona de manera expresa la posibilidad o derecho de todo trabajador de utilizar una excedencia, en este caso la forzosa, para conseguir una suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto.

⁵⁴ BOTANA LÓPEZ, J.M.: “Tendencias actuales de la Jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral”, *op. cit.*, página 276. El autor matiza que esta potente corriente Jurisprudencial no siempre ha tenido una absoluta aceptación, como bien puede observarse en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de Octubre de 1990 (RJ 1990/7526), en la que la excedencia voluntaria es causa de suspensión perfectamente susceptible de ser encuadrada en el artículo 45.1 a) del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante lo anterior, también sería acertada la opción de considerar a la excedencia voluntaria como una auténtica suspensión del contrato pero si bien con unos efectos específicos y autónomos que vienen reflejados por lo dispuesto en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, aludiendo al derecho preferente otorgado al trabajador para reingresar en la empresa siempre que exista o se produzca vacante de igual o similar categoría profesional. Esta argumentación se basaría en las siguientes claves: **(i)** clave sistemática, puesto que la excedencia voluntaria se regula dentro de la misma sección del Estatuto de los Trabajadores que lleva por epígrafe “*Suspensión del contrato*”; **(ii)** la circunstancia de que el excedente voluntario no tenga derecho a reserva de puesto de trabajo es sólo un efecto normal, pero no esencial de la suspensión (ya que el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores contempla la posibilidad de que la citada reserva pueda faltar también en otras causas de naturaleza suspensiva); **(iii)** los efectos que derivan de la situación de excedencia voluntaria, plasmada en las diferentes obligaciones, tanto de buena fe como de prohibición de competencia desleal, impuestas por determinados convenios colectivos a los empleados que la soliciten. Es obvio que dicha imposición carecería de sentido alguno si no estuviésemos hablando de una suspensión del contrato; **(iv)** la figura del despido, mecanismo que se activa como medio de defensa del trabajador excedente voluntario. La existencia de esta posibilidad de defensa jurídica no es sino otra prueba rotunda de que nos encontramos ante una suspensión, posibilidad que surge ante una rotunda, incondicional y evidente negativa empresarial a reconocer el vínculo contractual del trabajador excedente tras haber éste realizado, en tiempo y forma, la correspondiente solicitud de reingreso a la empresa (jurisprudencia pacífica mantenida por la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo, tendencia Jurisprudencial de la que la hablaremos más adelante); **(v)** por si había alguna duda, la excedencia voluntaria tampoco se puede entender como un supuesto de mera interrupción de la relación laboral como vacaciones, permisos retribuidos,

etc., ya que en tales casos se mantiene la obligación retributiva del empresario; y, (vi), por último, se rechaza de plano, tal y como ya hemos comentado anteriormente en repetidas ocasiones, la posibilidad de equiparar la situación que se produce a raíz de la solicitud de la excedencia voluntaria con el régimen jurídico establecido para la extinción del contrato de trabajo, pues esta tesis no se podría aceptar porque, entre otras muchas razones, dicha causa no figura en la lista del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores y porque, en el momento en el que cesa la situación de excedencia voluntaria, no se concierta un contrato “*ex novo*”, sino todo lo contrario, se mantiene el contrato que tenía el trabajador excedente voluntario que tenía estipulado con la empresa con anterioridad a la solicitud de la excedencia y ello englobando al mantenimiento de conceptos tales como la antigüedad, salario, derechos a favor del trabajador pactados en contrato individual entre el empleador y el empleado, etc.

Así pues, podría plantearse la idea de que la excedencia voluntaria es un supuesto suspensivo del contrato de trabajo, con un régimen jurídico específico, ya que el período transcurrido en excedencia voluntaria no computa a efectos de antigüedad y solo supone un derecho preferente del trabajador al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría profesional a las que se produjeran en la empresa.

Es por ello por lo que una gran parte de la doctrina científica⁵⁵ y judicial⁵⁶ ha entendido que la excedencia voluntaria representa un supuesto de suspensión

⁵⁵ Con posterioridad a la promulgación de la Ley 8/1980, han defendido esta posición multitud de autores, entre otros: PEDRAJAS MORENO, A., en su obra *La excedencia laboral y funcionarial*, *op. cit.*, páginas 134 y 435; CRUZ VILLALÓN, J.: “La doctrina Jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria”, *Revista de Política Social*, núm. 145, 1985, páginas 222 - 224; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.: “Otros tipos de excedencia: voluntaria, por nacimiento de hijos y por ejercicio de funciones sindicales”, *Revista*

Española de Derecho del Trabajo, núm. 7, 1981, páginas 310 y 311, el cual sostiene que “en la excedencia voluntaria se mantiene el vínculo jurídico entre las partes, por lo que el trabajador no queda relevado del deber de buena fe equivalente a lealtad con la empresa, aunque tal afirmación es ciertamente discutible ya que, tal y como ha venido manteniendo la Jurisprudencia en los últimos tiempos, tal lealtad a la empresa (extraída por analogía del artículo 5 a) y d) del Estatuto de los Trabajadores) únicamente viene impuesta con carácter obligacional en el supuesto de que así se prevea en Convenio colectivo”; MONGE RECALDE, J. L.: *La excedencia laboral en la Jurisprudencia*, op. cit., páginas 59 y ss.; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., páginas 17 y 18; RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 18; SAGARDOY BENGOCHEA J.A., DEL VALLE PILAR J.M., GIL Y GIL J.L., y GETE CASTRILLO, P.: *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2006; ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., páginas 157 y ss.

⁵⁶ En este mismo sentido, tanto la doctrina judicial como jurisprudencial han aportado su granito de arena y han defendido en innumerables ocasiones la idea de equivalencia entre el régimen jurídico de la excedencia voluntaria y el de la suspensión del contrato de trabajo en relación a los efectos y consecuencias que ambas producen; las resoluciones judiciales más relevantes y que conforman los pilares jurídicos que han ido estructurando dicho principio de equivalencia, entre otras, SSTS de fecha 23 de Marzo de 1983 (RJ 1983/1179), 8 de Octubre de 1983 (RJ 1983/5080), 20 de Septiembre de 1984 (RJ 1984/4440), 30 de Octubre de 1985 (RJ 1985/5248), 21 de Abril de 1986 (RJ 1986/2213), 14 de Enero de 1987 (RJ 1987/27), 23 de Julio de 1987 (RJ 1987/5721), 22 de Septiembre de 1987 (RJ 1987/6263), 25 de Enero de 1988 (RJ 1988/45), 6 de Octubre de 1989 (RJ 1989/7123), 23 de Octubre de 1989 (RJ 1989/7319), 20 de Noviembre de 1989 (RJ 8201), 22 de Febrero de 1990 (RJ 1990/1136), 22 de Octubre de 1990 (RJ 1990/2326), 23 de Marzo de 1990 (RJ 1990/2337) así como también la STSJ de la Región de Murcia de fecha 1 de Octubre de 1992 (AS 1992/5045), STSJ de Aragón de fecha 17 de Noviembre de 1993 (AS 1993/4806), SSTSJ de Galicia de fecha 27 de Febrero de 1992 (AS 1992/733), 6 de Julio de 1993 (AS 1993/3404) y 22 de Mayo de 2001 (AS 2001/951); STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 19 de Mayo de 1992 (AS 1992/2472), STSJ de Castilla y León (Valladolid) de fecha 13 de Julio de 1993 (AS 1993/3439), SSTSJ de Cataluña de 5 de Enero de 1994 (AS 1994/136) y 28 de Febrero de 1994 (AS 1994/604); STSJ de Extremadura de fecha 24 de Enero de 1994 (AS 1994/49), STSJ de Andalucía (Málaga) de fecha 26 de Marzo de 1994 (AS 1994/1112), STSJ de Cantabria de fecha 11 de diciembre de 2006 (AS 2007/2433) y STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 28 de marzo de 2007 (JUR 2007/231053). Según ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., páginas 157 y ss., de la lectura de las resoluciones judiciales se desprende que, aunque ciertamente la excedencia voluntaria no viene citada expresamente como causa de suspensión en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, a diferencia de la forzosa, debe considerarse que esa es su naturaleza. Tras esta afirmación, y con objeto de determinar sus

del contrato de trabajo, sin que representase ruptura del vínculo laboral. Aunque, por otra parte, cabe decir que existen determinadas excedencias de carácter especial que, a pesar de que su naturaleza jurídica, se componen de elementos propios de una auténtica excedencia voluntaria, no siendo consideradas como tales. Tal es el caso de la situación de excedencia por incompatibilidad, que no es otra cosa que una modalidad de la excedencia voluntaria, la cual no supone una suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto sino que el excedente conserva solo un derecho preferente al reingreso condicionado a la existencia de vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera en el futuro⁵⁷. Los efectos que desprenden una y otra son muy semejantes aunque ello no equivale a afirmar que son exactamente idénticos, ya que emanan unos efectos parcialmente diferentes, básicamente referidos al reingreso o reincorporación al puesto de trabajo, o al hecho de que no compute todo este periodo a efectos de antigüedad.

Todo ello hace que, efectivamente, la excedencia voluntaria tenga un régimen jurídico específico pero no por ello independiente del que pueda tener la

efectos, pone de relieve la STS de fecha 30 de Octubre de 1985 (RJ 1985/5248), la cual indica que “*es claro que dicha excedencia viene a debilitar el vínculo y reducirlo a la mínima expresión*”. Sobre la asimilación de las excedencias y la suspensión del contrato de trabajo en las Sentencias del Tribunal Supremo previas a la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, vid. VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo, op. cit.*, página 102. Un análisis de las Resoluciones del Tribunal Central de Trabajo, de las que se desprende esta tesis, (cito a modo de ejemplo unas cuantas Sentencias de dicho Tribunal, de fecha 11 de Febrero de 1997, 1 de Marzo de 1988, 15 de Marzo de 1988, 19 de Octubre de 1988 y 29 de Enero de 1987), se encuentra en CRUZ VILLALÓN, “La doctrina Jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria, *op. cit.*, páginas 222 - 224. El autor indica que nuestros Tribunales han llegado a esta tesis desde una perspectiva más pragmática que teórica, atendiendo más a las consecuencias concretas en los derechos y deberes del trabajador que a una interpretación de carácter genérico de la legislación positiva.

⁵⁷ STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de fecha 31 de Mayo de 2003 (JUR 2003/88395).

institución suspensiva⁵⁸. El trabajador excedente voluntario conserva únicamente un derecho preferente al reingreso, sometido a la condición suspensiva de que exista o se produzca una vacante para el mismo aunque hay que destacar que el hecho de que una obligación esté condicionada no significa la inexistencia de un

⁵⁸ A estos efectos, cabe hacer mención a la jurisprudencia mantenida a lo largo de la década de los años 60 y 70 ampliamente comentada por PEDRAJAS MORENO, A., en su obra *La excedencia laboral y funcionarial, op. cit.*, páginas 436 y 437 y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines”, en VV.AA. “La suspensión del contrato de trabajo”, *Cuaderno de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid*, 1995, páginas 31 y 32, la cual fue origen de las corrientes Jurisprudenciales actuales. Por otra parte, y más recientemente, pueden analizarse la STS de fecha 21 de Febrero de 1992 (RJ 1992/1047), la cual entiende que “*la excedencia voluntaria es un motivo de suspensión del contrato de trabajo y, por tanto, le otorgan plena operatividad en los términos del artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores, aunque no afectando a su vigencia, que permanece*”; la STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 14 de Febrero de 1996 (AS 1996/1066) entiende la figura jurídica de la excedencia voluntaria como un supuesto suspensivo que genera una interrupción de las prestaciones laborales principales. Las reglas del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores “*garantizan por consiguiente la no extinción del contrato de trabajo*”. Otra sentencia interesante en este sentido y que remarca el carácter suspensivo de la excedencia voluntaria frente a otras posibles figuras similares, es la STSJ de Galicia de fecha 3 de Abril de 1996 (AS 1996/1953), donde se afirma que lo característico de la excedencia voluntaria, a diferencia de la forzosa, es que aún constituyendo una suspensión del contrato no existe un derecho automático de reserva de puesto de trabajo; en la misma línea argumental se expresa la STSJ de Castilla y León de fecha 30 de Abril de 1996 (AS 1996/1994) que contempla la situación de excedencia voluntaria como un supuesto de suspensión del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, pero haciendo hincapié en la supervivencia del vínculo jurídico laboral, por más que el trabajador quede exonerado de la obligación de trabajar y la empresa de la recíproca de remunerar el trabajo; otra sentencia a tener en cuenta sería la aportada por el TSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 4 de Junio de 1992 (AS 1992/3413), la cual mantiene que la excedencia voluntaria, delimitada por la doctrina científica y jurisprudencial como institución trasplantada al muro laboral desde el Derecho Administrativo por su misma naturaleza jurídica, no determina la extinción del contrato de trabajo, sino que sólo suspende su efectividad, con la característica de toda suspensión, cual es la de dejar de producir efectos hasta que se reanude la relación.

vínculo entre las partes, ni que en tanto la condición se cumpla, nada pueda ser exigible entre las mismas⁵⁹.

La jurisprudencia ha definido a la excedencia voluntaria como “*un supuesto de suspensión de contrato de trabajo, caracterizado por producir unos efectos específicos, parcialmente distintos de los de aquella, manteniéndose el vínculo o la relación contractual, bien que debilitada y reducida a la mínima expresión, de modo y manera que no subsiste, durante la misma, derecho a salario ni prestación de trabajo, ni se cuenta el tiempo de su vigencia para una posible antigüedad en la empresa, ni subsisten los deberes éticos, quedando los derechos reducidos a un ingreso preferente si existe o se produce vacante*”⁶⁰.

La doctrina judicial más reciente ha considerado a la excedencia voluntaria como un “*tertium genus*”, es decir, una figura jurídica con sustantividad propia dentro del contrato de trabajo a la que, en todo caso, habría que atribuirle los

⁵⁹ PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcional, op. cit.*, página 439 y CRUZ VILLALÓN, “La doctrina Jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria”, *op. cit.*, página 224. Ambos autores coinciden en la misma idea cuando señalan que en la teoría general de los contratos nada impide condicionar una vicisitud de la relación obligacional, o el ejercicio de un derecho, al acaecimiento de un hecho incierto en cuanto al momento de su cumplimiento, por cierto en cuanto a que efectivamente sucederá en algún momento, por muy remoto que se sitúe en el tiempo.

⁶⁰ STS de fecha 15 de Junio de 1983 (RJ 1983/3013). El pilar jurídico sobre el que se sustentó esta resolución judicial ha sido un soporte importante sobre el cual la posterior Jurisprudencia, emanada del Alto Tribunal a lo largo de los últimos veinticinco años, ha ido edificando sus Fundamentos Jurídicos de Derecho en torno a la cuestión de considerar o no a la excedencia voluntaria como un auténtico supuesto de suspensión del contrato de trabajo. El aspecto clave de dicha resolución radica en la definición que aporta sobre el concepto excedencia voluntaria y el acercamiento que realiza entre ambas instituciones jurídicas. Podríamos decir que estamos ante una definición básica, originaria, primaria y de un marcado carácter clasista. Como se ha indicado, el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores es claro al respecto: el excedente voluntario conserva sólo, pero siempre con carácter mínimo, un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría que se produzcan en la empresa.

efectos suspensivos de la relación laboral. Con ello, se constituiría una denominación específica y una forma más de manifestarse la suspensión del contrato de trabajo. Es decir, se trataría de un supuesto de suspensión del contrato de trabajo con unos efectos específicos, en parte distintos a los de toda suspensión del contrato de trabajo, pero en la que el vínculo contractual se mantiene aunque debilitado. Y dentro de tales efectos específicos, consecuencia a su vez del carácter contractual del propio vínculo, destacan los propiamente diferenciadores de la excedencia forzosa y especialmente los relativos a la existencia o no de causa tasada, reserva o no de puesto de trabajo, cómputo o no de la antigüedad y la normativa aplicable mientras se disfruta⁶¹. La enumeración de causas de suspensión es una enumeración tasada o exhaustiva, en la que figuran numerosos avatares o incidencias atinentes bien a la vida personal o profesional del trabajador, bien al funcionamiento de la empresa. El denominador común de las causas de suspensión es, con excepción de la enunciada en el primer renglón de la lista (“*mutuo acuerdo de las partes*”), el acaecimiento sobrevenido de una incompatibilidad, incapacidad, imposibilidad o impedimento para la ejecución del trabajo⁶².

Así pues, la suspensión del contrato de trabajo, regulada en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, se configuraría como una vicisitud de la relación

⁶¹ STSJ de la Comunidad Foral de Navarra de fecha 27 de Mayo de 2002 (AS 2002/1839), STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 19 de julio de 2004 (AS 2004/2976), STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 21 de febrero de 2006 (AS 2006/2735), STSJ de Castilla la Mancha de fecha 22 de junio de 2006 (AS 2006/2173), STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 30 de diciembre de 2010 (JUR 2011/120323), STSJ de Andalucía (Granada) de fecha 12 de enero de 2011 (AS 2011/1497) y STSJ de Cataluña de fecha 25 de marzo de 2011 (JUR 2011/189138).

⁶² STS de fecha 25 de Octubre de 2000 (RJ 2000/9676) y SSTSJ de la Comunidad Foral de Navarra de fecha 31 de Enero de 2001 (AS 2001/1041) y 17 de Junio de 1999 (AS 1999/2075) y STSJ de Castilla la Mancha de fecha 9 de Noviembre de 2006 (JUR 2006/84750).

contractual en la que el trabajador tendría derecho a conservar el puesto de trabajo y el empresario el deber de reservar el mismo. A lo largo de la situación suspensiva el puesto de trabajo podría ser desempeñado por otro trabajador de la empresa o por otro trabajador contratado para ocuparlo. Pero la relación contractual en suspenso recuperaría su plenitud en el momento en que desapareciese la causa suspensiva.

Una de las causas de suspensión del contrato de trabajo contempladas en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores es la excedencia forzosa en relación con lo dispuesto en el artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores. La excedencia forzosa se caracterizaría, en dicho precepto, como una causa de incompatibilidad material con el trabajo o imposibilidad de la ejecución del trabajo y el rasgo más destacado de su regulación es el derecho del excedente forzoso “*a la conservación del puesto*”.

Sustancialmente distinto es el régimen jurídico previsto para la excedencia voluntaria. Ciñéndonos a lo que venimos definiendo como una excedencia voluntaria común, la causa de la misma no es objeto de especificación en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, que se limita a reconocer el derecho del trabajador “*con al menos una antigüedad en la empresa de un año*” a que “*se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria*”. Ello equivale a decir que cualquier interés personal o profesional del trabajador puede justificar esta modalidad de excedencia, siempre que sea compatible con las exigencias de la buena fe contractual. En buena parte de los casos los períodos de excedencia se utilizan por los trabajadores como medio legítimo de promoción o experiencia profesional en otro trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena⁶³.

⁶³ STS de fecha 6 de noviembre de 1997 (RJ 1998/733).

El núcleo principal del régimen jurídico de la excedencia voluntaria se encuentra en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, donde se afirma que 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*”. Se trata, sin duda, de un derecho profesional distinto al que se reconoce en las situaciones suspensivas del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores. Evidentemente, no es lo mismo un derecho preferente al reingreso, condicionado a la existencia de vacantes, que un derecho incondicional a la reserva del puesto. De ahí que la jurisprudencia haya apreciado diferencias sustanciales entre las situaciones de excedencia voluntaria común y excedencia forzosa, y haya calificado con frecuencia el derecho al puesto de trabajo del excedente voluntario común como un derecho potencial o expectante, y no como un derecho ejercitable en el acto o momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso⁶⁴.

Así pues, el mero hecho de que el trabajador excedente voluntario no tenga derecho a la reserva de su puesto de trabajo – tal y como ocurre en situaciones de excedencia forzosa – , no obstaría a esa calificación suspensiva, puesto que la reserva sería solamente un efecto normal, pero no esencial de la suspensión; el efecto esencial y básico es el ya indicado en el artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores – exoneración recíproca de las obligaciones de trabajar y de remunerar dicho trabajo –, circunstancia que también afectaría obviamente a la excedencia voluntaria. Y no hay que olvidar que el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores contempla la posibilidad de que la mencionada reserva de puesto de trabajo pueda faltar también en otras causas de naturaleza suspensiva.

⁶⁴ STS de fecha 27 de Abril de 1998 (RJ 1998/4245).

En definitiva, la excedencia voluntaria común podría definirse como “*una relación jurídica real (no potencial), perfecta (que no requiere ulteriores elementos para ser exigible) y condicionada (a que haya plaza al finalizar la excedencia y que se solicite dentro de un tiempo la reincorporación) que une al empleador (sujeto pasivo, que ve limitadas sus normales facultades de contratación) con el trabajador (sujeto activo que ostenta un poder jurídico) y cuyo objeto no es estrictamente laboral (trabajo – salarios), sino previo: un derecho a volver a ser contratado y una obligación de contratar*”. Nos encontramos ante una definición muy técnica, la cual abarca una gran parte de los elementos que conceptúan en toda su amplitud a la suspensión del contrato⁶⁵.

Por mi parte, entiendo que la excedencia voluntaria común de carácter no causal es una cesación temporal no periódica de prestación de servicios por parte del trabajador, no retribuable por el empleador, la cual puede acontecer en los casos dispuestos en la Ley, entre los cuales se encuentra aquel que tiene su origen en la exclusiva voluntad del trabajador que cumpla determinados requisitos de carácter temporal, ya sean los previstos en la misma Ley o en el Convenio Colectivo de aplicación.

Dicha definición produciría una serie de efectos, entre otros, el de mantener en suspenso el contrato indefinidamente en tanto en cuanto no se produjese vacante en puesto de igual o similar categoría, y todo ello partiendo de la base de que tal suspensión contractual no sería invariable e inamovible, de tal manera que el derecho de reincorporación del trabajador tendría una limitación temporal, como es la obligación de reincorporarse antes de concluir el periodo de excedencia, no

⁶⁵ STSJ de Andalucía (Málaga) de fecha 12 de Noviembre de 1999 (AS 1999/3705).

exigiéndose plazo de preaviso alguno en el Estatuto de los Trabajadores (sin perjuicio de lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación).

Dicho cuanto antecede, considero que el empresario debería conocer la voluntad de reingresar por parte del trabajador. Únicamente cumpliendo esta premisa sería cuando se activase el derecho preferente de reingreso dando lugar a dos posibles consecuencias: la primera de ellas sería el reingreso del empleado en la empresa en un puesto de igual o similar categoría; la segunda, y en defecto de la anterior, el paso del trabajador a una situación de derecho expectante en el caso de que no existiesen vacantes que se ajustaran a su situación profesional.

Por ello, el hecho de que la excedencia voluntaria no lleve aparejado un derecho a la reserva de puesto de trabajo no sería un obstáculo para pensar que no tuviera efectos suspensivos reales, ya que ello supone un rasgo puramente accidental frente a lo verdaderamente significativo, que es el mantenimiento de la relación de trabajo, demostrado por la persistencia de los derechos y obligaciones de carácter accesorio más que por otro factor⁶⁶.

La Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo⁶⁷ ha venido sosteniendo que el derecho de reingreso expectante derivado de una situación de excedencia voluntaria parece revelar que, a pesar de que no se trate de un derecho de reserva

⁶⁶ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “Las causas generales de suspensión: ¿númerus clausus?”, *op. cit.*, página 2, cuando señala que la reserva de puesto de trabajo es sólo un efecto natural, pero no esencial, de la suspensión del contrato, es decir, que no exista reserva de plaza no es obstáculo para la calificación suspensiva de la relación contractual. Nos vamos a lo de siempre, a la imposición que existe por parte de multitud de convenios colectivos en relación al cumplimiento de ciertos deberes de buena fe mientras dure la situación de excedencia voluntaria, tales como el deber de no competencia desleal, etc.

⁶⁷ STS de fecha 6 de noviembre de 1997 (RJ 1997/733).

de puesto, tampoco se trataría exactamente de una expectativa de derecho. Sería un derecho cuya concreción de su ejercicio estaría por determinar en el tiempo⁶⁸.

Aunque, obviamente, y para sostener tal argumento, se parte de una base elemental, como es el mantenimiento, durante el periodo que dure la excedencia voluntaria, de la relación contractual entre empleado y empleador⁶⁹. Ello es un hecho claro y evidente, así pues multitud de circunstancias lo acreditan. El trabajador, ante la negativa del empresario a su reincorporación en la empresa, está en su perfecto derecho de ejercitar la acción por despido o, en cambio, ante la denegación empresarial a su reingreso alegando falta o inexistencia de vacantes, puede actuar en defensa de su derecho y ejercitar la acción de reingreso en la empresa⁷⁰. Pero es que hay muchos más, como así lo demuestra el hecho de que la

⁶⁸ GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Excedencia voluntaria común y derecho a indemnización derivada de expediente de regulación de empleo”, *op. cit.*, página 1.104. El autor afirma que la trascendencia del derecho de reingreso expectante derivado de la situación de excedencia voluntaria se reafirma con la imposición de ciertos deberes de buena fe sobre el trabajador excedente voluntario mediante previsiones establecidas en este sentido por numerosos convenios Colectivos, como por ejemplo en materia de prohibición de competencia desleal. La constatación de la existencia de estas obligaciones relativiza la tesis mantenida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 25 de Octubre de 2000 (RJ 2000/9676), cuando identifica la situación de excedencia voluntaria común como “*un mecanismo flexible utilizado siempre a instancia del trabajador y en su beneficio propio, en la mayoría de ocasiones como medio de promoción o expectativa profesional desarrollada en trabajo diferente, ya sea por cuenta propia o ajena*”. La Sentencia llega a la conclusión de que el hecho de que no haya una concreción causal de las situaciones que facultan el acceso a la excedencia voluntaria, dejando su ejercicio al servicio del interés personal o profesional del trabajador, cumplidos determinados requisitos, no excluye que su utilización pueda servir a intereses distintos, aún cuando su efecto resulte menos visible.

⁶⁹ En el mismo sentido, RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, página 12, señalando que la finalidad del legislador al regular las causas de suspensión es la permanencia en el tiempo del vínculo contractual, razón por la cual aparece una figura intermedia entre las simples interrupciones y la extinción del contrato de trabajo.

⁷⁰ RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, página 16.

no solicitud de reincorporación en tiempo y forma supone una auténtica y palpable extinción del contrato⁷¹.

No obstante lo anterior, existe una parte de la doctrina⁷² que opina que estos razonamientos no son lo suficientemente sólidos, ya que en todo caso estaríamos hablando de una “*envoltura formal de una auténtica suspensión del contrato de trabajo*” y no de una suspensión en sí.

Existen desde luego unos distintivos básicos que nos ayudan a comprender mejor la ubicación de ambas figuras jurídicas a la hora de conocer donde se encuentran sus límites conceptuales así como también profundizar mejor en el grado de autonomía de una respecto de la otra⁷³. Y precisamente ese es el motivo principal por el cual se ha considerado realmente desafortunado que el artículo 45 k) del Estatuto de los Trabajadores no haga alusión alguna a la excedencia voluntaria, ya que el hecho de que esta institución no comporte derecho de reserva de plaza y sí una reincorporación condicionada a la existencia de una vacante tan solo implica una mayor incertidumbre respecto a si el trabajador finalmente

⁷¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 29 y 30. El autor razona que todos estos datos no hacen otra cosa que asimilar la excedencia voluntaria a la suspensión del contrato de trabajo, añadiendo un detalle formal, como es la intención del legislador de regular esta figura dentro de una sección del Estatuto de los Trabajadores cuya rúbrica se dedica a la “*Suspensión del contrato*”.

⁷² VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, en AA.VV., op. cit., página 48.

⁷³ RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., páginas 13 - 16. Realiza una espléndida correlación de las diferencias existentes entre ambas figuras, centrándose en los puntos más conflictivos y que pueden dar lugar a una mayor confusión. Ordena y centra los aspectos definitorios de una y otra institución jurídica.

logrará o no hacer efectivo su derecho consiguiendo el reingreso en la empresa en un puesto de trabajo de igual o similar categoría⁷⁴.

Con todo ello, cabe destacar los siguientes puntos: **(i)** el excedente voluntario no conserva el derecho a ocupar exactamente el mismo puesto de trabajo (se entiende con ello misma plaza, misma categoría profesional, etc.) tal y como expresa el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, sino únicamente el derecho de ocupar una vacante de “*igual o similar categoría profesional a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa*” (con todo lo que ello supone, es decir, no conserva el mismo horario, el mismo turno de trabajo, etc.); **(ii)** el tiempo transcurrido de excedencia voluntaria no se computa a efectos de antigüedad, a diferencia de lo que ocurre en las demás causas de suspensión⁷⁵; **(iii)** en relación con el período vacacional, la excedencia voluntaria no computa a efectos del devengo del derecho a las vacaciones ni repercute en principio, en el régimen jurídico del derecho a periodo vacacional, mientras que la forzosa sí⁷⁶. En este sentido, el artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores establece claramente que la excedencia forzosa computa a efectos de antigüedad, y por tanto, deberá ser tenido en cuenta dicho periodo en todos los supuestos en que la antigüedad debe tenerse en consideración, entre ellos se encuentran las vacaciones anuales

⁷⁴ En el mismo sentido se expresa CRUZ VILLALÓN, J.: “La doctrina Jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria”, *op. cit.*, página 224.

⁷⁵ Como así sucede, por ejemplo, con la excedencia forzosa, regulada en el artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores, donde el trabajador conserva su puesto de trabajo y el cómputo de la antigüedad de su vigencia, o también con las excedencias por cuidado de hijos y excedencias por cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad (artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores), en las cuales el tiempo transcurrido en excedencia será computable a efectos de antigüedad y el derecho a reserva de puesto de trabajo será ostentado por el trabajador durante el primer año de excedencia. Todo ello considerando a tales excedencias como auténticas causas de suspensión del contrato de trabajo.

⁷⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las vacaciones anuales retribuidas: Algunos aspectos de su régimen jurídico”, *RPS*, núm. 131 (Julio/Septiembre 1981), página 263.

retribuidas⁷⁷. Es una idea que clarifica mucho el doble sentido que tiene el hecho de que el trabajador conserve la antigüedad durante el tiempo que dura su situación de excedencia forzosa, implicando a aspectos más allá de los meramente retributivos (a mayor antigüedad en la empresa mayores van a ser, por ejemplo, los complementos que reciba el trabajador, en función de lo establecido en el convenio colectivo o en el mismo contrato individual⁷⁸); (iv) otra diferencia importante radicaría en el factor causal. El régimen jurídico de la excedencia voluntaria se activa por propia voluntad del trabajador, mientras que la suspensión del contrato se produce en base a la concurrencia de una serie de causas, todas ellas enumeradas en el artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores; en último lugar, (v) una característica a tener en cuenta y que marcaría un claro trazo distintivo entre ambas figuras, residiría en la reincorporación del trabajador a la empresa. Así pues, en la suspensión del contrato, se produce un reingreso automático, una vez concluye el hecho obstativo que interrumpió la relación

⁷⁷ PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial*, op. cit., página 368. En el mismo sentido, CHARO BAENA, P.: *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral*, Madrid (Ed. Ministerio de Trabajo), 1993, página 457, la cual afirma que “*el tiempo de duración de la excedencia forzosa se computará a efectos de la duración vacacional en aquellos supuestos, en los que la duración de las vacaciones se amplía en función de la antigüedad del trabajador en la empresa*”. Es una idea que clarifica el doble sentido que implica el hecho de que el trabajador conserve la antigüedad durante el tiempo que dure su situación de excedencia forzosa, englobando a aspectos más allá de los meramente retributivos (a mayor antigüedad en la empresa mayores van a ser, por ejemplo, los complementos que reciba el trabajador, en función de lo establecido en el convenio colectivo o en el mismo contrato individual).

⁷⁸ A modo de ejemplo, cito el convenio colectivo de Comercio de Minoristas, Mayoristas, Exportadores de Calzado, Marroquinería, Artículos de Piel y de Viaje, aprobado mediante Resolución de fecha 1 de enero de 1996 y, más concretamente, lo establecido en su artículo 25 en materia de derechos retributivos de los trabajadores en función de la antigüedad que ostenten éstos: “*con el fin de mantener al personal vinculado a la empresa, única fórmula de propugnar una eficacia que ha de redundar en beneficios de la misma y a su prosperidad, se disfrutará de los cuatrienios correspondientes, en la cuantía del 5% del salario del convenio por cada una y tendrá carácter de acumulativos, no siendo este concepto absorbible ni compensable en ningún caso*”.

contractual, mientras que en la excedencia voluntaria el trabajador únicamente conserva un derecho preferente al reingreso en el caso de que existan o se produzcan vacantes de su misma o similar categoría profesional. El trabajador, con la vacante en la mano, se reincorpora a la empresa con el mismo carácter que tenía la relación contractual anterior a la solicitud de la excedencia (antigüedad en la empresa, categoría profesional, salario determinado, etc.).

Dicho esto, y a modo de detalle, una vez que el trabajador hubiera manifestado su voluntad de reincorporarse, las vacantes que se produjeran con posterioridad no podrían ser ofertadas o cubiertas por personas distintas del excedente. De esta última descripción realizada por los Tribunales se extraerían una serie de características, a cada cual más relevante: la temporalidad, no prestación de servicios, no remuneración, vigencia aletargada o adormecida del contrato y, finalmente, el derecho preferente al reingreso⁷⁹.

Desde mi punto de vista, hay una conclusión evidente: la figura jurídica que mejor se amolda a las características de la excedencia voluntaria es la suspensión del contrato de trabajo. En resumidas cuentas, para rechazar la asimilación a cualquier otra forma jurídica se ha optado por equiparar la excedencia voluntaria a una institución caracterizada por mantener el vínculo contractual⁸⁰, con lo cual se

⁷⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 29 de Noviembre de 1985 (RJ 1985/5888), 1 de Junio de 1987 (RJ 1987/4086) y STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 18 de Enero de 1991 (AS 1991/1009), las cuales destacan dichas características que, de manera genérica, acompañan al concepto de excedencia voluntaria. Por otra parte, la STS de fecha 7 de Mayo de 1984 (RJ 1984/2972), descarta totalmente que la diferencia de efectos entre la excedencia voluntaria y la forzosa convirtiese a la primera en una forma de extinción, ya que si ese derecho se conserva es precisamente porque el contrato de trabajo subsiste

⁸⁰ ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 31. En base a la opinión del autor, la excedencia voluntaria no puede considerarse incluida dentro de la institución

evitan mayores problemas conceptuales de fondo. Tal y como dice PEDRAJAS MORENO⁸¹, la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria no puede equipararse plenamente a la de la suspensión del contrato pero, en cambio, sí puede afirmarse la autonomía de la excedencia voluntaria, pudiendo considerarse que es una más dentro de esa familia de figuras jurídicas que permiten la interrupción de la obligación de prestar trabajo sin solución vincular.

Queda claro que la excedencia voluntaria no se debe equiparar sin más a la figura de la suspensión del contrato de trabajo, pero tampoco puede ser reducida o limitada a un mero derecho preferente al reingreso, aunque este derecho y su especial problemática se erija en la circunstancia más peculiar y particular de esta situación⁸². La excedencia voluntaria quedaría configurada como un derecho potestativo que la Ley atribuye al trabajador, como expresión de su libertad y derecho al trabajo, cuando éste ha adquirido una determinada antigüedad en la empresa.

En esta línea, considero que la principal condición que marca la diferenciación básica entre una institución, en este caso la excedencia voluntaria, y otras de posible comparación, más allá de encuadramientos concretos o de pervivencia de obligaciones secundarias o accesorias a lo largo del periodo de

suspensiva, pero si puede formar parte del conjunto de mecanismos interruptivos de la prestación de trabajo, lo cual implicaría que la excedencia voluntaria tampoco podría considerarse como un supuesto de suspensión del contrato de trabajo.

⁸¹ PEDRAJAS MORENO, A., en su obra *La excedencia laboral y funcional, op. cit.*, página 439. ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria, op. cit.*, página 33, incide en señalar que entre la autonomía de la excedencia voluntaria y la posición de aquellos que estiman que la excedencia es un caso de suspensión especial con su propio régimen jurídico, no hay tanta diferencia.

⁸² RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria”, *op. cit.*, páginas 166 y ss.

excedencia voluntaria, reside en un elemento clave, que siempre ha hecho las veces de distribuidor y organizador de cada una de las figuras jurídicas que integran nuestro ordenamiento jurídico: la causalidad.

El artículo 45 de nuestro Estatuto de los Trabajadores tasa una serie de causas que colocan al trabajador que incurra en alguna de ellas en una posición contractual de carácter suspensivo. Son esas causas las que originan la suspensión de un contrato de trabajo, con derecho a reserva de puesto de trabajo⁸³. Exactamente igual sucede con el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, que fija un número concreto de causas que van a determinar el momento en el que un contrato de trabajo se considere plenamente extinguido.

La institución jurídica de la excedencia voluntaria carece de causa que la origine ya que el propio sistema jurídico laboral español otorga a todo aquel trabajador que cumpla con una serie de requisitos, la posibilidad, plena y sin objeciones, de proceder al ejercicio de un derecho integrado plenamente en su esfera jurídica. Con ello, el trabajador que desee ejercitar tal opción legal no tiene que justificar causa alguna en la comunicación que le traslada al empresario, bastando una simple manifestación de su voluntad de proceder al ejercicio del derecho. Únicamente tiene lugar una comunicación en la que se pone de manifiesto la intención de ejercitar un derecho, y un reconocimiento, en la que se expresa una conformidad “*formal*” ante dicha petición⁸⁴.

⁸³ En relación con lo dispuesto en el artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, en cuyo contenido se afirma que “*al cesar las causas legales de suspensión (causas enumeradas por el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, obviamente), el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado, en todos los supuestos a que se refiere el apartado 1 del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores excepto en los señalados en los párrafos a) y b) del mismo apartado y artículo, en que se estará a lo pactado*”.

⁸⁴ El tratamiento con el que el legislador ha dado forma al contenido y estructura del precepto es tremendamente confuso, de tal manera que la confusión, tanto sistemática como teleológica, que ha

Ello me lleva a afirmar que la excedencia voluntaria goza de un papel propio y destacado dentro de nuestro ordenamiento jurídico laboral. Su principal diferencia, respecto al resto de instituciones jurídicas anteriormente comentadas, encuentra su apoyo en la inexistencia total de causa a la hora de ejercitar el derecho. Con ello, las diversas controversias y consecuencias de los efectos entre unas y otras instituciones jurídicas, ocupan, claramente, un papel meramente secundario, que tal vez, eso sí, pueden ayudar en cierta manera a desgranar los detalles y pequeñas discordias que puedan quedar en el tintero pero que, de ninguna manera, pueden llevarnos a la duda de observar a la excedencia voluntaria como una figura jurídica de carácter suspensivo. La figura de la excedencia voluntaria se puede asimilar a la suspensión del contrato de trabajo, pero nunca identificar con ésta.

En conclusión, la excedencia voluntaria se conceptuaría como una institución cuyas características básicas se ajustaría a lo establecido por la norma legal respecto a una suspensión del contrato de trabajo, a pesar de que, desde un punto de vista exclusivamente formal, no coincidiese plenamente con ésta.

4. Excedencia voluntaria y Excedencia forzosa.

La excedencia forzosa es una institución jurídica que aparece regulada en el artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores. Históricamente, dicha figura, se ha considerado como una auténtica causa de suspensión del contrato de trabajo⁸⁵. El supuesto de hecho que puede dar lugar a la misma es la designación o elección del

producido, hace que la conflictividad que ha provocado tal redacción sea una fuente generadora de innumerables situaciones problemáticas, las cuales veremos más adelante.

⁸⁵ De lo que no hay ningún tipo de duda, pues el artículo 45.1 k) del Estatuto de los Trabajadores enumera como causa estricta de suspensión del contrato el supuesto de excedencia forzosa.

trabajador para un cargo público que imposibilite su asistencia al trabajo. Sus efectos básicos, además de la exoneración de prestación de servicios por parte del empleado y de remuneración de dicho trabajo por parte del empleador, ya comentados anteriormente y que claramente caracterizan a cualquier suspensión del contrato que se precie, son la conservación del puesto de trabajo y del cómputo de la antigüedad de su vigencia. El artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores se establece en concordancia con el artículo 48.3 del Estatuto de los Trabajadores, el cual afirma que *“en los supuestos de suspensión de la prestación del servicio por ejercicio de cargo público representativo o funciones sindicales de ámbito provincial o superior, el trabajador deberá reincorporarse en el plazo máximo de treinta días naturales a partir de la cesación en el servicio, cargo o función”*.

Por otra parte, la excedencia voluntaria viene regulada por el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, el cual se manifiesta en el sentido de reconocer al trabajador que ostente una determinada antigüedad en la empresa destinataria de su prestación de servicios el derecho a tener la posibilidad de situarse en excedencia de carácter voluntario, siempre respetando unos límites temporales mínimos y máximos estableciendo un margen temporal determinado para volver a ejercitar el mismo derecho en la misma empresa⁸⁶.

En base a esta definición aportada por el Estatuto de los Trabajadores de la excedencia voluntaria, se desprenderían dos características esenciales.

⁸⁶ En el mismo sentido ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria, op. cit.*, página 62, cuando afirma que, una vez finalizada la situación de excedencia voluntaria, se exige el transcurso de un tiempo determinado para que pueda ejercitarse de nuevo el derecho a la misma, aclarando que dicho derecho tan solo se ajustaría a lo regulado dentro de la institución jurídica de excedencia voluntaria, quedando fuera de toda aplicación posible en relación a demás figuras similares (tales como suspensión del contrato, excedencia forzosa, interrupción temporal de una prestación de servicios, etc.).

La primera de ellas, conllevaría un vacío de causalidad total. Cualquier motivo⁸⁷ que tuviera el trabajador sería suficiente para que el empresario le reconociese la posibilidad de ejercitar tal derecho⁸⁸. El trabajador no estaría obligado a justificar su decisión de ejercitar el derecho a solicitar tal excedencia voluntaria en base a una causa, de hecho ni tan siquiera está obligado a externalizar dicha causa con el fin de que el empresario conozca al detalle de qué se trata exactamente⁸⁹.

La segunda nota definitoria giraría en torno al efecto que produce dicha figura jurídica, el cual vendría determinado, de manera fundamental, por el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores en el momento que afirma que “*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*”.

Aunque no sea objeto de este estudio, sí conviene mencionar que el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores procede a regular otras tres excedencias

⁸⁷ Por supuesto que la variedad de los motivos es el denominador común de la causa que los genera, pero no está de más hacer referencia a MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ – SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 17ª edición., Tecnos, Madrid, 2008, página 692, donde exponen una serie de motivos a los que, con carácter general, suelen hacer referencia los propios trabajadores, tales como “*las atenciones familiares, asuntos propios, finalidades de estudio o formación y similares*”.

⁸⁸ SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *op.cit.*, página 150. En sentido contrario, y a mi juicio de manera sorprendente por carecer de sentido alguno, se manifiesta ALONSO OLEA, M.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, Civitas, Madrid, página 154, apuntando que cuando concurriese un motivo de tal carácter la concesión de la excedencia no podría condicionarse a las necesidades del servicio.

⁸⁹ MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 437, el cual afirma que ya el hecho de solicitar la excedencia es suficientemente expresivo de su conveniencia.

consideradas “*especiales*”, como son la excedencia por cuidado de hijos, la excedencia por cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad y la excedencia por ejercicio de funciones sindicales. Cabe destacar, a modo de detalle, que el Estatuto de los Trabajadores ni siquiera ha otorgado a ninguna de estas situaciones de excedencia calificativo alguno, lo cual ha provocado diversas discusiones doctrinales acerca de la verdadera naturaleza jurídica de aquéllas⁹⁰. Sin embargo, con el paso del tiempo, la regulación de estas figuras jurídicas, tan híbrida en sus comienzos, ha ido clarificándose poco a poco, creándose un espacio jurídico propio y autónomo, adquiriendo un carácter forzoso⁹¹.

Acto seguido, cabe destacar una amplia corriente doctrinal que equipara la figura de la excedencia forzosa con la suspensión contractual, de modo que se incide en acotar, terminológicamente hablando, el concepto de excedencia.

Así pues, la excedencia voluntaria pasaría a denominarse simple y llanamente “*excedencia*” y las demás figuras (entre ellas la excedencia forzosa) se conceptualizarían como una suspensión del contrato de trabajo. Ello parece ser viable pues es también evidente que el régimen jurídico de la excedencia forzosa

⁹⁰ En opinión de ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria, op. cit.*, página 65, el artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores únicamente procede a la regulación de la excedencia forzosa en base al ejercicio de un cargo público, y por ello podría pensarse, por pura exclusión, que dichas excedencias se podrían encuadrar dentro de las excedencias voluntarias. Idea que comparto y que considero que puede llagar a convertirse en fuente de inagotables conflictos interpretativos.

⁹¹ Así han llegado a ser denominadas expresamente por disposiciones legales complementarias del Estatuto de los Trabajadores, como son la Ley de regulación del permiso parental y por maternidad, y la Ley Orgánica de Libertad Sindical. En opinión de ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria, op. cit.*, página 65, es conveniente poner de relieve que el legislador no aprovechó la oportunidad que le brindaba la reforma emprendida con la Ley 11/1994, de 19 de Mayo, que concluyó con el nuevo Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, para introducir entre sus previsiones las de aquellas normas, y así calificar adecuadamente dichas excedencias.

es del todo equivalente a la suspensión, es decir, se mantiene el derecho a la reserva del puesto de trabajo durante el tiempo que dura tal situación y se computa este período a efectos de antigüedad⁹². Por ello, dicho sector doctrinal siempre ha defendido que lo más acertado hubiera sido utilizar el concepto de “*suspensiones*” para denominar a las excedencias cuyo régimen jurídico se correspondiera con el suspensivo por la concreta causa de que se tratase (ya fuere el ejercicio de cargo público, sindical, cuidado del hijo, etc.), en tanto que la que hoy se conoce como excedencia voluntaria bien pudiera ser llamada, sin más calificativo, excedencia⁹³. Con ello se llega a la conclusión de que la naturaleza de la excedencia forzosa y la naturaleza de la suspensión del contrato de trabajo son naturalezas jurídicas absolutamente coincidentes e incluso se ha llegado a afirmar que la excedencia forzosa no es sino una envoltura formal de la suspensión⁹⁴.

A partir de esta primera introducción sobre la cuestión objeto de estudio, saltan a la luz múltiples diferencias entre la excedencia forzosa y la excedencia voluntaria, como, por ejemplo, en relación a los efectos que generan la una y la otra⁹⁵. No es extraño que se haya insistido en la idea de aceptar la inserción del

⁹² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 17.

⁹³ Es la opinión de ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 37 y 38, en correspondencia con el razonamiento expuesto por VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., página 104; RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria”, op. cit., páginas 11; PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcional*, op. cit., página 444; MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., página 435.

⁹⁴ Tal y como sugiere VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., página 47, “Respecto de los casos que dan lugar a reserva de plaza, etc., evidente es que su naturaleza es la de una suspensión del contrato de trabajo y, por consiguiente es admisible y necesario decir que respecto de ellos la excedencia es, ni más ni menos, que una envoltura formal. De igual opinión es PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., página 12.

⁹⁵ En relación a tales efectos, la opinión general de la doctrina es unánime al respecto, entre otros, ALBIOL MONTESINOS, I.: “Suspensión del contrato”, en AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores*.

concepto excedencia forzosa dentro del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, ya que si bien es cierto que puede tener su lógica como motivo de incompatibilidad material con el trabajo o imposibilidad de la ejecución del mismo, ello no obsta para que deje de ser una referencia que introduzca cierto grado de distorsión entre ambos preceptos, toda vez que el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores aparece bajo el título “*excedencias*”, y no de “*excedencia voluntaria*”, incoherencia no sólo terminológica sino también de contenido, al regular esta última norma ambas modalidades de excedencia – tanto la forzosa como la voluntaria – en un mismo precepto⁹⁶.

Mientras que en la excedencia forzosa el trabajador tiene derecho a la conservación de su antigüedad en la empresa⁹⁷ y a la conservación de su puesto de trabajo⁹⁸, en la excedencia voluntaria no sucede lo mismo, ya que únicamente se reconoce un derecho preferente al reingreso en un puesto de trabajo de igual o

Comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de Marzo, Madrid (Ed. EDERSA), 1991, página 338 y ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1985, núm. 5, página 30. Ambos parten de la premisa de considerar los efectos que desprenden la una y la otra como el principal punto distintivo que separaría ambas instituciones jurídicas.

⁹⁶ GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Excedencia voluntaria común y derecho a indemnización derivada de expediente de regulación de empleo”, *op. cit.*, página 1.100.

⁹⁷ En realidad, la regulación sobre la suspensión no menciona expresamente (como sí lo hace, en cambio, el artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores para la excedencia forzosa) el derecho al cómputo de este período a efectos de antigüedad, pero esta es una posición plenamente asumida por la doctrina más prestigiosa, (por todos VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, Edersa, *op. cit.*, página 81; PEDRAJAS MORENO, A., en su obra *La excedencia laboral y funcionarial*, *op. cit.*, página 366; ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, *op. cit.*, página 148).

⁹⁸ En el mismo sentido, MONGE RECALDE J.L.: *La Excedencia Laboral en la Jurisprudencia*, *op. cit.*, página 57. El autor recalca que en el supuesto de que transcurra el plazo para que el trabajador excedente solicite su reingreso a la empresa se produce un decaimiento de su derecho ya que, de no ser así, carecería de sentido que el legislador hubiese establecido un plazo conminatorio tal como se deduce de la expresión “*deberá ser solicitado*”, extraído del artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores.

similar categoría similar⁹⁹. Esta diferencia se ha considerado la más importante a la hora de centralizar los rasgos característicos de ambas figuras jurídicas, existiendo, por descontado, otros elementos distintivos¹⁰⁰, reflejado, por ejemplo, en el diferente tratamiento que tiene el concepto “*antigüedad*” en ambas instituciones¹⁰¹.

El artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores es muy claro al respecto, al no exigir antigüedad alguna para que el trabajador pueda situarse en situación de

⁹⁹ En el mismo sentido se expresan ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 64; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., página 19, cuando mantiene que “los criterios diferenciadores de ambos tipos de excedencia residen en la reserva de puesto de trabajo más el cómputo de la antigüedad que caracterizan a la excedencia forzosa, en contraposición a la excedencia voluntaria”; MONGE RECALDE, J. L.: *La excedencia laboral en la Jurisprudencia*, op. cit., página 57; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 20.

¹⁰⁰ En opinión de ALONSO OLEA, M.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., página 402, la excedencia voluntaria es la que pide el trabajador sin alegación alguna de causa especial o en virtud de causas genéricas y la excedencia forzosa es la que pide el trabajador en virtud de causas concretas. Por otro lado, también apunta que la excedencia es forzosa cuando es declarada por el empresario siendo voluntaria cuando únicamente puede ser declarada por el trabajador.

¹⁰¹ En el mismo sentido se han manifestado GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 19 y RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 19.

¹⁰¹ Es muy claro aunque con pequeños matices como por ejemplo la enorme indefinición que encontramos en relación al ámbito de aplicación de la excedencia forzosa. El artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que “la excedencia forzosa se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo”. Con ello se crea un vacío legal a la hora de saber en qué momento un trabajador incurre en la causa idónea que le posibilite situarse en excedencia forzosa. La Jurisprudencia, en este caso representada por la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de Marzo de 1990 (RJ 1990/1775), señala que la excedencia forzosa por ejercicio de cargo público, dotada de reserva de puesto de trabajo no es aplicable al “cargo permanente burocrático de carrera”, pues tanto la propia Jurisprudencia como la doctrina especializada han entendido que cargo público no es 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-

excedencia forzosa¹⁰², por lo que se entiende que la modalidad contractual que tenga concertada en ese momento con la empresa es absolutamente irrelevante; no sucede lo mismo en el caso de una excedencia voluntaria, ya que, al contrario que en la forzosa, el requisito básico para que el trabajador pueda ejercitar su derecho nace a partir de ostentar una determinada antigüedad en la empresa (en este caso hablamos de un año), con lo que en este supuesto la relevancia de la modalidad contractual es capital¹⁰³.

Otro criterio distintivo que permitía configurar separadamente a ambas figuras se basaba en la voluntad del trabajador que solicitaba la excedencia. Tradicionalmente, se había pensado que la excedencia se consideraba voluntaria cuando se originaba por deseo del propio trabajador, mientras que cuando dicha excedencia se producía por hechos que no tenían nada que ver con la voluntad de aquél, se traducían en una excedencia forzosa. En la actualidad, esto no es del todo cierto ya que nuestro ordenamiento jurídico laboral no acota o distingue entre ambas instituciones jurídicas por el carácter voluntario u obligatorio que puedan tener, ya que es profundamente aceptado por la mayoría de la doctrina que la

¹⁰² Para la doctrina unificada, el período de la situación de excedencia forzosa por cargo público, no debe ser tenido en cuenta a los efectos de calcular la correspondiente indemnización por despido. Esta doctrina aparece recogida en la STS de fecha 30 de Junio de 1997 (REC 2698/1996) y 26 de Septiembre de 2001 (REC 4414/2000) y establece que, respecto del cálculo de la indemnización correspondiente, el módulo de cuarenta y cinco días de salario que establece el artículo 56.1.a del Estatuto de los Trabajadores actuaría sobre el tiempo de servicios prestados y no sobre la mayor antigüedad reconocida, sin perjuicio de que hubiese un pacto o disposición en contra, tal y como manifiestan las SSTS de fecha 16 de Enero de 1984 (RJ 1984/52) y 30 de Octubre de 1984 (RJ 1984/5349), 20 de Noviembre de 1987 (RJ 1987/8037), 17 de Diciembre de 1987 (RJ 1987/8967) y 28 de Abril de 1988 (RJ 1988/3037), 8 de junio de 1988 (RJ 1988/5252) y 14 de Junio de 1988 (RJ 1988/5290).

¹⁰³ RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 19.

excedencia, ya sea voluntaria o forzosa, se configura como un derecho que pertenece a la esfera jurídica del trabajador y que surge siempre de su voluntad¹⁰⁴.

Ahora bien, para contemplar desde una perspectiva adecuada la cuestión, es necesario hacer referencia al artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores, el cual se configura como la excepción más que evidente a la norma general anteriormente comentada, ya que muestra un supuesto en el que la excedencia no depende única y exclusivamente de la voluntad del propio trabajador siendo el propio empresario el que, en base a su propio criterio, coloca al trabajador en situación de excedencia forzosa¹⁰⁵.

En este sentido, cabe decir que el artículo 37.3 d) del Estatuto de los Trabajadores¹⁰⁶ se expresa en unos términos demasiado genéricos cuando dispone la posibilidad de que el trabajador se ausente del trabajo en aquellos casos en los que deba atender a un deber público inexcusable de carácter público y personal. En este supuesto concreto, y en el hipotético caso de que dicho deber público y personal comporte la ausencia al trabajo en un porcentaje superior al 20% de las

¹⁰⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 18.

¹⁰⁵ Es la opinión mantenida por CAMACHO ORTEGA, J.D, *La excedencia sindical*, Ibidem, Madrid, 1997, página 173. El autor puntualiza que esta posibilidad tan sólo es factible en aquellos supuestos de excedencia forzosa por cargo sindical, pero no en aquellos supuestos de excedencia voluntaria por cargo sindical, ya que el artículo 37.3 d) del Estatuto de los Trabajadores no es de aplicación a los supuestos de excedencia voluntaria.

¹⁰⁶ Artículo 37.3 d) del Estatuto de los Trabajadores, el cual establece que “*el trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, por el tiempo indispensable, para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, comprendido el ejercicio del sufragio activo. Cuando el cumplimiento del deber antes referido suponga la imposibilidad de la prestación del trabajo en más del veinte por ciento de las horas laborables en un período de tres meses, podrá la empresa pasar al trabajador afectado a la situación de excedencia regulada en el apartado 1 del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores*”.

horas laborables dentro de un periodo de tres meses, se interpreta que el empresario estaría capacitado para imponer al trabajador la obligación de colocarse en situación de excedencia forzosa por ejercicio de cargo público apoyándose en la regulación legal contemplada en el artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Por ello, y en mi opinión, el desempeño de un cargo público, al aparecer subsumido en el concepto más amplio de deber inexcusable de carácter público y personal, se ha aplicado, con carácter general a las ausencias producidas en el ejercicio de cargos a los que bien pudiéramos denominar políticos (parlamentarios, alcaldes, concejales, etc.)¹⁰⁷. Así pues, nos encontramos ante supuestos de ejercicio de cargo público que generan ausencias, y si las mismas son de suficiente entidad e imposibilitan la asistencia al trabajo, sería en ese momento cuando se produciría una situación de excedencia forzosa la cual encontraría su origen en una serie de ausencias inexcusables por parte del trabajador reguladas en el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores.

A sensu contrario, también se ha creado una corriente distintiva entre ambas figuras jurídicas cuando se considera que la excedencia forzosa es de obligada concesión por parte del empresario, mientras que en la excedencia voluntaria tal obligación no existe. Esta afirmación es del todo errónea, pues el hecho de que la excedencia voluntaria exija al trabajador el cumplimiento de una serie de requisitos (el primero y esencial, el cumplimiento de la antigüedad de un

¹⁰⁷ MONGE RECALDE, J. L.: *La excedencia laboral en la Jurisprudencia*, op. cit., página 54. El autor puntualiza que “en puridad tales cargos participan de la cualidad del deber público, pero no así de la inexcusable, puesto que, aún cuando las funciones anexas a los mismos lo sean, el acto que les dio origen, es decir, la presentación como candidato, fue libre y voluntario”.

año en la empresa) no debe ser un elemento que intoxique la idea de la obligatoriedad empresarial de conceder tal derecho al trabajador¹⁰⁸.

También encontramos, al analizar ambas instituciones, una diferencia de carácter teleológico. No es ningún secreto que para entender el significado de un concepto jurídico es recomendable conocer con qué objeto se ha creado el mismo y la verdadera finalidad de éste. Obviamente, cada vez que mencionamos la palabra excedencia o suspensión del contrato de trabajo, el trabajador está actuando con una finalidad principal: mantener la estabilidad de su empleo. Yo, trabajador, deseo seguir estando, de alguna manera, “*atado*” o “*vinculado*”, contractualmente hablando, a la empresa para la cual ha venido prestando servicios en los últimos tiempos. La excedencia voluntaria y la suspensión del contrato son elementos que ayudan a mantener dicha estabilidad laboral.

No obstante lo anterior, cabe decir que el grado de protección que ofrece una y otra institución es muy diferente¹⁰⁹, siendo superior en el régimen jurídico de

¹⁰⁸ Tal y como veremos más adelante, el error terminológico en el que incurre el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores es sorprendente, sembrando un camino de dudas con respecto a su significado y finalidad jurídica. El trabajador en ningún caso solicita al empresario una excedencia voluntaria; lo que simplemente hace es ejercitar un derecho, un derecho que le es reconocido, en primer lugar, por la propia Ley del Estatuto de los Trabajadores, y, en segundo lugar, un derecho que puede ser matizado por el convenio colectivo de aplicación. Por otra parte, el empresario nunca concede al trabajador ese derecho o la “*posibilidad de situarse en excedencia voluntaria*” tal y como dice, de manera literal, el Estatuto de los Trabajadores; el empresario únicamente se limita a reconocer u otorgar, de manera expresa, limpia y clara, un reconocimiento al ejercicio que el trabajador ha realizado sobre su derecho, pero de ninguna manera maneja el derecho del trabajador y decide sobre él. El trabajador, siempre que cumpla con todos y cada uno de los requisitos exigidos por la Ley y, por analogía, por su convenio colectivo, está perfectamente capacitado para asumir los beneficios que le correspondan en base al ejercicio de su derecho, salpicado, eso sí, por dicho reconocimiento empresarial, pero nunca cubierto en su totalidad.

¹⁰⁹ En palabras de GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 22, ello es debido, principalmente, al distinto fundamento próximo de ambas figuras. El legislador ha

la suspensión¹¹⁰. Una prueba de ello es que mientras que en la propia institución de la suspensión las causas se encuentran estrictamente establecidas por el legislador en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores¹¹¹, en la excedencia voluntaria no están preestablecidos legalmente. La menor protección de la que goza la excedencia voluntaria está directamente relacionada con el elevado riesgo contractual que soporta el empresario¹¹², que queda sujeto a la voluntad individual

tenido la voluntad de amparar determinadas circunstancias por las que pueda pasar el trabajador durante la vigencia del contrato.

¹¹⁰ En opinión de GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 22, el legislador ha decidido dar un nivel de protección importante cuando el trabajador incurre en alguna de las causas enumeradas en el artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores (por incapacidad temporal, por maternidad, privación de libertad sin sentencia condenatoria), o bien cuando esta imposibilidad se debe a causas empresariales (causas económicas, técnicas, organizativas o productivas). En base a esto, queda claro que el grado de protección ostentado por un trabajador que solicita una excedencia voluntaria no se puede comparar a la situación en la que queda el empleado cuyo contrato ha quedado suspendido, ya que el motivo por el cual se solicita una excedencia voluntaria responde a circunstancias de muy variado tipo como, por ejemplo, mejoras profesionales en otras empresas, razones de carácter familiar, estudios, necesidades de trasladarse geográficamente, etc. Efectivamente, estos supuestos merecen protección pero en menor grado que los relacionados con supuestos que incurran en causas de suspensión de contrato de trabajo.

¹¹¹ MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “Las causas generales de suspensión: *¿numerus clausus?*”, *op. cit.*, páginas 37 y ss. El autor nos recuerda la posibilidad de crear, a través de la negociación colectiva, nuevas causas de suspensión, siendo así que la doctrina laboral ha detectado otras causas legales de suspensión externas a los artículos 45 a 48 del Estatuto de los Trabajadores.

¹¹² El riesgo contractual soportado por el empresario queda compensado por los requisitos que exige el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores para poder solicitar la excedencia voluntaria. El año de antigüedad exigible al trabajador solicitante asegura, en cierta medida, que el empresario haya obtenido un determinado nivel de beneficio o rendimiento de esa contratación laboral. Además de ello, el empresario está en su derecho de contratar a otro empleado que sustituya al excedente voluntario, teniendo incluso la posibilidad de amortizar la plaza e trabajo. El trabajador excedente voluntario tan sólo conserva un derecho preferente de reingreso, de tal manera que, en tanto en cuanto no haya vacante disponible que se ajuste a su misma o similar categoría profesional, quedará en situación expectante, a la espera de existencia de vacante. El listado de técnicas legislativas creadas con el fin de proteger los intereses del empresario son

de aquel trabajador que cumpla una serie de mínimos requisitos legales y desee colocarse en situación de excedencia voluntaria, independientemente de las razones alegadas o expuestas, puesto que ello es absolutamente irrelevante a fin de conseguir el ejercicio del derecho de excedencia voluntaria. En opinión de una parte de la doctrina¹¹³, podríamos estar hablando de una institución de carácter unilateral, debido a que el trabajador puede solicitar la excedencia voluntaria sin alegar causa o motivo alguno, y ello en la medida en que se protege el interés del trabajador a la hora de liberarse de sus obligaciones laborales durante algún tiempo, sin perder, sin embargo, su adscripción o vínculo contractual con la empresa.

En definitiva, la excedencia voluntaria procura que el trabajador pueda atender necesidades personales y desarrollar su personalidad con otras actividades. Y no solamente eso, pues el trabajador, a través de la excedencia voluntaria, puede mejorar sus expectativas de empleo y, a la vez, conservar un pequeño pero intenso derecho de reingreso preferente frente a cualquier otra persona¹¹⁴.

muchas y variadas, tratando de justificar la libertad causal que origina la excedencia voluntaria, pues, en opinión de GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 22, “frente a las causas de suspensión, la excedencia voluntaria es una institución que protege intereses exclusivos y personales del trabajador, que pueden ser incluso contradictorios con los del empresario”.

¹¹³ Doctrina encabezada por RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria”, *op. cit.*, página 10.

¹¹⁴ Según ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, *op. cit.*, páginas 171 y 172, la causa de excedencia voluntaria ha sido configurada con gran amplitud, situación que se ha visto reflejada en otros muchos supuestos de suspensión del contrato instaurado por otros tantos ordenamientos jurídicos, supuestos sujetos a requisitos y efectos diversos. En opinión del autor, el nivel de protección que confiere el Derecho Francés es mayor, pues asegura la reserva de un puesto de trabajo, aunque la duración permitida es inferior a la española (de seis a once meses, en el primero de los permisos citados ex artículo L. 122 – 32 – 12; un año, prorrogable por otro más, en el segundo, artículo L. 122 – 32 – 12; un año o mil doscientas horas, en el tercer supuesto citado, según el artículo L. 931 – 5). Por otra parte, en el Derecho Italiano, no

5. Análisis del artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Una vez realizado un primer análisis sobre el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, lo primero que llama la atención es la deficiente técnica legislativa del articulado. La confusión legal que emana es ciertamente importante. Hoy en día, podemos seguir diciendo que el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores constituye un punto de encuentro de situaciones varias, lo que a su vez refleja el celo del legislador por mantener las estructuras y someterse al precedente normativo¹¹⁵. Esa es la idea fundamental que, a mi modo de ver, debe quedar clara una vez leído este capítulo dedicado al contenido y la estructura del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, precepto en cuyos apartados segundo y quinto se regula el régimen jurídico de la excedencia voluntaria no causal.

Por una parte, el mencionado artículo ya realiza una primera referencia a la excedencia voluntaria en su apartado primero, cuando manifiesta que “*la excedencia podrá ser voluntaria o forzosa.*”¹¹⁶

se encuentra una figura parecida a la excedencia voluntaria, ni que proteja cualquier otro tipo de interés personal del trabajador y menos aún con una duración tan prolongada.

¹¹⁵ TORTUERO PLAZA, J.L.: “Las excedencias (en torno al artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores), *op.cit.*, página 961. El autor incide en apuntar que el precepto siempre ha sido un habitual “*hervidero*” de problemas conceptuales e interpretativos, que han merecido siempre el análisis cuidadoso y detallado de la doctrina científica, y sobre el cual ha recaído un volumen importante de decisiones e interpretaciones judiciales.

¹¹⁶ Aspecto éste criticado duramente por una gran parte de la Doctrina científica, principalmente encabezada por GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo, op. cit.*, página 37, cuando dice reitera una opinión (ya expuesta anteriormente en este Trabajo en el capítulo dedicado a las diferencias entre excedencia voluntaria y excedencia forzosa) cual es señalar que tan sólo existe un supuesto de excedencia que es la voluntaria siendo la forzosa una simple y natural manifestación de la suspensión.

El citado artículo, en su apartado segundo, afirma que “*el trabajador con al menos una antigüedad de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria¹¹⁷ por un plazo no menor a cuatro meses y no superior a cinco años. Este derecho sólo podrá ser ejercitado por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia*”.

Este punto está directamente relacionado con el apartado quinto, el cual dispone que “*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*”. En este caso, cabe resaltar que, a pesar de que solamente se haga referencia al “*trabajador excedente*” y no se afirme a qué trabajador excedente se está haciendo referencia, la jurisprudencia ha entendido que se refiere a la excedencia voluntaria y no a la forzosa, pues, en caso contrario, carecería de sentido la regulación de ésta última en el artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores.¹¹⁸

¹¹⁷ Tal y como recalca MONGE RECALDE, J.L.: *La excedencia laboral en la Jurisprudencia, op. cit.*, página 62 y 63, el proyecto del Gobierno que hablaba de “*derecho a que se le reconozca la situación de excedencia*” fue modificado en los debates de la Comisión de Trabajo del Congreso de los Diputados, merced a una enmienda socialista, que introdujo la expresión “*derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse*” en excedencia. En opinión del autor, la cual comparto plenamente, la nueva redacción no agregó nada, salvo inseguridad, en el texto y más bien parece afectar al estilo que al fondo, pero en todo caso con escasa fortuna porque de atenernos estrictamente a su tenor literal llegaríamos a la conclusión de que una vez reconocida la “*posibilidad*”, sería necesario un nuevo acto de voluntad por parte del trabajador para “*colocarse*” en la situación de excedencia, interpretación ésta a todas luces, y recalco nuevamente que se trata de una opinión del autor, que no comparto.

¹¹⁸ Esta regulación viene siendo criticada por la doctrina científica. Según MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo, op. cit.*, página 47. Dicha regulación aparece en el Estatuto de los Trabajadores sin excesivas preocupaciones sistemáticas e incluso lógicas; y hasta es dudoso que en algunas de las variedades que se presentan como de suspensión lo sean en realidad.

Por otra parte, no hay que olvidar el apartado sexto del artículo 46 incide en el carácter colectivo de la institución jurídica de la excedencia voluntaria (en este caso, aplicable también a la excedencia forzosa), cuando establece que “*la situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y efectos que allí se prevean*”. Sobre este punto hablaremos más adelante.¹¹⁹

Tal y como veremos posteriormente, en el análisis de la excedencia laboral voluntaria se ha dado especial relevancia a varios elementos, como son la problemática de la conclusión del plazo legal o convencionalmente marcado, los requisitos para que se produzca el reingreso del trabajador (en relación a las formalidades a seguir, existencia de vacantes, características de éstas, etc.), la actitud del empresario y del trabajador tras la finalización de la excedencia y los medios con los que cuenta éste último para afrontar la decisión empresarial¹²⁰.

¹¹⁹ En este sentido, y a modo de simple introducción a un tema objeto de posterior desarrollo, ALBIOL MONTESINOS, I.: “Suspensión del contrato”, *op. cit.*, página 341. El autor afirma que el régimen jurídico de la excedencia voluntaria podrá mejorarse por vía de negociación colectiva aunque no podrá establecer mayores limitaciones que las señaladas en el propio artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores.

¹²⁰ RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L.: “La regulación de la Excedencia Voluntaria, desde la Ley y el Convenio. Algunos problemas conceptuales”, *op. cit.*, página 223. La autora califica al artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores como “*parco*” e “*impreciso*” basándose en el hecho de que todas las excedencias sean reguladas, precisamente, en un mismo artículo. La confusión terminológica, conceptual y teleológica se acrecienta, dejando al descubierto múltiples dudas que no hacen sino deshilachar aún más si cabe el fino y débil lazo que une a todas ellas. Tal parquedad e imprecisión provoca serias dudas acerca del carácter de la excedencia por matrimonio, la excedencia por cuidado de hijo y la excedencia por el ejercicio de funciones sindicales, es decir, sobre el resto de regímenes jurídicos que conviven en un mismo artículo junto con la excedencia forzosa y la excedencia voluntaria y que, claramente, resultan perjudicadas por la escaso orden que impera a lo largo de la estructura del artículo. El hecho de que los efectos de la excedencia se especifiquen en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, después de la regulación de éstas dos últimas (la excedencia por cuidado de hijo y la excedencia por ejercicio de funciones sindicales), inducen a pensar que éstos serían los efectos comunes a todos los tipos de excedencia, excepto la forzosa. Las

Por último, cabe resaltar el error terminológico sobre el que se mueve el apartado segundo del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores. Toda figura jurídica que se precie vive en un conflicto permanente en el momento que deviene su lógica aplicación a la realidad jurídica del día a día. Pero lo que es impropio y escapa de toda lógica es que esa confusión e imprecisión surja de la torpeza legislativa a la hora de estructurar y diseñar el contenido de un precepto, en este caso, el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores. Vayamos por partes.

El trabajador realmente no solicita al empresario una excedencia voluntaria. Eso sería una suposición totalmente contradictoria con el propio fin impuesto por el texto legal. El trabajador no solicita una situación, sino que posee y ejerce un auténtico derecho, cual es el situarse en una excedencia laboral voluntaria. Es una opción encuadrada dentro de la esfera jurídica del trabajador, elegida libremente, ejercitada y ejecutada. El empleado no solicita una excedencia voluntaria sino que ejercita una opción legal, reconocida por el Estatuto de los Trabajadores. Otra cuestión sería la existencia o no de un reconocimiento empresarial ante el ejercicio de tal derecho. Y hablo de reconocimiento y no de concesión empresarial. El empresario no concede ningún derecho ya que el derecho pertenece al propio

posteriores reformas acontecidas, por ejemplo, en la excedencia por cuidado de hijo, le otorgaron, aún de forma implícita, la condición de excedencia forzosa. La excedencia por ejercicio de funciones sindicales, si bien es reconocida como forzosa, lo que se deduce del apartado 3 del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores, la imprecisión de los términos unida al tenor literal de otros preceptos referidos a la misma cuestión, han generado dudas sobre su verdadera entidad cuando está referida a un determinado colectivo (en concreto, a los trabajadores que ejercen funciones sindicales de ámbito provincial o superior en sindicatos que no tienen la condición de más representativos). La falta de precisión del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores es la nota predominante que lo caracteriza.

empleado¹²¹. El empresario no hace otra cosa que reconocer al trabajador su derecho.

Y dicho reconocimiento debe ser explícito, formalizado por escrito, quedando constancia de que es el empresario quien asume el ejercicio de la opción legal llevada a cabo por el trabajador. En estos casos, se prohíbe que sea el propio trabajador quien se auto – conceda el derecho de ejercitar su excedencia voluntaria, ya que debe esperar el posterior reconocimiento expreso y por escrito del empresario¹²².

Por tanto, nos movemos bajo los términos de “*ejercicio de un derecho*” y “*reconocimiento empresarial*” y nunca, bajo ninguna circunstancia, en torno a términos como “*solicitud*” y “*concesión*”¹²³. Ese grave error conceptual del

¹²¹ Otra cosa distinta sería plantear si efectivamente estamos hablando de un derecho necesario de carácter absoluto o no. Siempre se ha cuestionado si el empresario tiene la obligación o no de reconocer el derecho del trabajador que ha solicitado una excedencia voluntaria, siempre que el trabajador haya cumplido con los requisitos exigibles o si, por el contrario, puede negarse. De esta duda sustancial se deriva otra, como cuál sería el verdadero carácter del derecho a la excedencia, si se trata de un derecho absoluto del trabajador o por el contrario puede quedar supeditado a las concretas vicisitudes que en el momento de la solicitud existen en la empresa, cuestión sobre la que profundizaremos más adelante.

¹²² Entre otras muchas, la STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 29 de Septiembre de 1993 (AS 1993/3946), STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 20 de Septiembre de 1996 (AS 1996/366) y STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 27 de Marzo de 1996 (AS 1996/464).

¹²³ La excedencia voluntaria no se concibe como un derecho inalienable, esto es, que no precisa de una autorización o reconocimiento previo por parte del empresario, tal y como lo ha venido reconociendo la Jurisprudencia más autorizada, representada fundamentalmente por la STS de fecha 5 de Julio de 1990 (RJ 1990/6058), la cual se posiciona en el sentido de considerar la necesidad de un reconocimiento posterior a fin de posibilitar el ejercicio de un derecho, en este caso, el derecho de excedencia voluntaria, reconocimiento o autorización que compete, sin ningún género de dudas, al empleador. Si éste incumpliese el deber de conceder tal excedencia voluntaria, ya sea de manera expresa o tácita, el trabajador podría ejercitar las acciones judiciales de reconocimiento de su derecho, no siendo factible que acudiera a la vía de

articulado es lo que ha llevado – y continúa llevando, por supuesto – a multitud de trabajadores a adoptar una posición errónea. Auto - colocarse en situación de excedencia voluntaria genera consecuencias fatales en la relación contractual entre empresario y trabajador, traducida en el decaimiento del derecho preferente de reingreso ostentado por el empleado. Consecuencia contractual que, desde mi punto de vista, resulta inadmisibles y más aún si tenemos en cuenta que se produce por culpa de una más que limitada eficiencia legislativa.

6. Derecho necesario y derecho dispositivo: el tratamiento convencional de la excedencia voluntaria en relación a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.

La excedencia laboral voluntaria se encuentra regulada en el artículo 46.2 y 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, sin embargo, dicha regulación legal se complementa con aquellas condiciones particulares o requisitos adicionales que pudiera contemplar la norma convencional, dado que el artículo 46.6 del Estatuto de los Trabajadores permite una regulación de carácter convencional que mejore e, incluso, amplíe las perspectivas legales del régimen jurídico de la excedencia voluntaria, abarcando tanto los requisitos como los efectos de las mismas, efectos cuya modificación más utilizada consistiría en conversiones de derechos preferentes de reingreso a reingresos de carácter automático en la empresa originaria, aplicando un régimen similar al fijado para la suspensión del contrato de trabajo o la excedencia forzosa.

hecho de la auto - tutela del propio derecho, y adoptase unilateralmente la decisión de auto - concederse dicha situación de excedencia voluntaria.

En este aspecto, la negociación colectiva tiene una finalidad esencial, basada en la complementariedad, o dicho en otras palabras, fundamentada en mejorar lo establecido en la Ley. Dicha finalidad no sería la única, ya que también se contemplaría la opción de complementar lo establecido por la norma, es decir, completar aquellos aspectos del régimen jurídico de la excedencia voluntaria que no han sido desarrollados por la norma legal¹²⁴. La negociación colectiva se constituye como una pieza básica de regulación y desarrollo de las aspiraciones individuales del excedente voluntario y de ponderación de los intereses en juego entre éste y el empresario.

Con carácter general, debe indicarse que la regulación de las condiciones de trabajo es el resultado de un complejo proceso de articulación entre tres fuentes del derecho: los poderes públicos – incluyendo tanto el legislativo como el reglamentario –, la autonomía colectiva y la autonomía individual¹²⁵.

En este mismo orden de cosas, y en relación con los Reglamentos, cabe diferenciar tres grandes tipos de reglamentos. En primer lugar, los dos reglamentos tradicionales, como son el reglamento general de desarrollo de la Ley o

¹²⁴ Tal y como afirma GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 148, algunos ejemplos de dicha complementariedad serían los referidos a la regulación de la solicitud de la excedencia voluntaria, la regulación del ingreso (forma o plazo de solicitud), la prelación para la adjudicación de vacantes, etc.).

¹²⁵ CASAS BAAMONDE, M^a. E., BAYLOS, A., y BAYLOS GRAU, A.: “Organización del trabajo y autonomía individual: la desregulación del convenio colectivo”, *Relaciones Laborales*, núm. 16, 1988, página 13, apuntan que el cambio en las tradicionales relaciones tripulares en la distribución de funciones normativas entre la Ley, la autonomía colectiva y el contrato se verifica, por un lado, en la crisis y debilitamiento de la disciplina tuitiva del trabajador individual, que se sustituye por la acción normativa del poder autónomo colectivo. También se observa en la disponibilidad de los derechos individuales de los trabajadores por obra de la negociación colectiva, en función de la satisfacción de intereses económicos y sociales.

complementario de ésta, y el reglamento autónomo¹²⁶. A ellos se añadiría el reglamento sectorial, considerado como elemento característico del Derecho del Trabajo¹²⁷.

En opinión de ARGÜELLES BLANCO, la exclusión del reglamento como vía para la regulación de obligaciones o derechos instrumentales relacionados con la excedencia tiene que ver con el deseo de potenciar la negociación colectiva como principal fuente de regulación de las condiciones de trabajo debido, fundamentalmente, a su carácter más flexible¹²⁸ y a su mejor adaptación a las

¹²⁶ En opinión de ARGÜELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, *op. cit.*, página 93, el reglamento no sólo ha perdido el protagonismo que tuvo durante el régimen franquista, cuando era la pieza principal del sistema de fuentes jurídico – laborales, sino que, como colofón de un proceso dilatado en el tiempo de sustitución por los convenios colectivos, se ha privado de eficacia directa a las ordenanzas laborales, singulares reglamentos sectoriales que habían sobrevivido a la entrada en vigor de la Ley 8/1980, de 10 de Marzo. A mayor abundamiento, en la doctrina se ha puesto de relieve cómo las últimas reformas han atribuido rango legal a reglas que tradicionalmente habían tenido rango reglamentario, con la consiguiente pérdida de función. El reglamento ejecutivo tiene un carácter demasiado rígido para que pueda tener presentes las múltiples variables productivas que emanan de la normativa general sobre la que se mueve el Estatuto de los Trabajadores, razón por la cual el legislador ha descartado su idoneidad. Ese proceso, según GARCÍA MURCIA, J.: “El papel del reglamento en materia laboral: algunas reflexiones a la luz de las reformas de 1994”, *Actualidad Laboral*, núm. 36, 1995, páginas 634 y 635, ese proceso supuso la ampliación de de las reservas formales de Ley y la consiguiente reducción del campo de juego de la norma reglamentaria.

¹²⁷ Ha realizado un estudio de los límites de la potestad reglamentaria, con base en la Jurisprudencia, CAMPS RUIZ, L.M.: “Sobre el papel del reglamento en el ordenamiento laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 2, 1991, páginas 7 -34.

¹²⁸ En la misma línea se expresa RODRÍGUEZ COPÉ, M^a. L.: “La regulación de la excedencia voluntaria desde la Ley y el Convenio. Algunos problemas planteados”, *op. cit.*, página 223, cuando resalta el enorme poder que tienen los convenios colectivos a la hora de transformar figuras contempladas desde el texto estatutario para adaptarlas a los casos que la realidad plantea, esencialmente sintetizado en el artículo 46.6 del Estatuto de los Trabajadores que prevé que, a través del convenio colectivo, puedan crearse otras situaciones de excedencia con el régimen y efectos que allí se prevean incidiendo en que la función de

cambiantes necesidades y circunstancias de cada concreto sector productivo, de cada empresa o centro de trabajo. El convenio colectivo es el mejor medio para establecer la regulación, complementaria a la contenida en la Ley, de requisitos formales relativos a la solicitud y concesión de la excedencia voluntaria así como al ejercicio por parte el trabajador de su derecho preferente al reingreso. En este sentido considero acertada la idea sugerida por el autor. El convenio colectivo es un mecanismo adecuado para acoplar y encajar el régimen general contenido en el Estatuto de los Trabajadores al específico ámbito en el que se desarrolla la relación de trabajo, llegando incluso a introducir determinados límites al ejercicio del derecho a la excedencia, siempre que éste no resulte desnaturalizado.

La Constitución Española, que en su artículo 37.1 establece que la Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva, así como la fuerza vinculante de los convenios, guarda silencio sobre la relación que debe existir entre el poder normativo estatal y el de los grupos sociales, y ni siquiera llegar a afirmar con claridad la superioridad del primero sobre el segundo¹²⁹.

Dicho esto, es importante señalar que los preceptos contenidos en el Estatuto de los Trabajadores que regulan la figura jurídica de la excedencia voluntaria, se consideran mínimos de derecho necesario susceptibles de ser

complementariedad anteriormente citada deba llevarse a cabo respetando los límites legales y las pautas de caracterización de la figura jurídica en cuestión.

¹²⁹ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: *Un concepto clásico de la relación entre Ley y convenio colectivo*, en AA.VV. (edición preparada por DURÁN, F.), *Las Relaciones Laborales y la Reorganización del Sistema Productivo*, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros, Córdoba, 1983, páginas 53 y 54.

mejorados¹³⁰ - en ningún momento como un derecho absoluto - ya que ha de ser coherente con otros derechos y deberes de carácter básico con los que pueda concurrir¹³¹. Y con mayor motivo si nos atenemos a lo dispuesto en el propio artículo 46.6 del Estatuto de los Trabajadores, en el cual se prevé la opción de mejorar la situación de excedencia¹³² a través de la negociación colectiva.

Dicha regulación ofrece un gran número de alternativas jurídicas, como por ejemplo, una posible ampliación de las causas de la excedencia forzosa, de tal manera que situaciones que legalmente tendrían que ser consideradas como voluntarias pasaran a beneficiarse de los efectos de la forzosa; una eliminación o reducción de los requisitos para acceder a la excedencia voluntaria; o bien, una ampliación de los períodos de disfrute de la excedencia voluntaria; o bien una disminución de los períodos mínimos de excedencia voluntaria o, incluso, entre otros muchos ejemplos, una reducción del período de espera para volver a disfrutar de una nueva situación de excedencia voluntaria respetando lo establecido en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Por ello, cabría la opción de que la negociación colectiva modificase el requisito de antigüedad y aumentase el tiempo de servicios exigidos al trabajador para que pudiera ejercer su derecho a solicitar una excedencia voluntaria¹³³.

¹³⁰ Tal y como afirman PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral, op. cit.*, página 20 y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.: “Otros tipos de excedencia: voluntaria, por nacimiento de hijos y por ejercicio de funciones sindicales”, *op. cit.*, página 309.

¹³¹ STS de fecha 3 de Octubre de 1990 (RJ 1990/7526).

¹³² Es importante recalcar que el artículo 46.6 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a todos los tipos de excedencias previstas en el Estatuto de los Trabajadores y no únicamente a la excedencia voluntaria o a la excedencia forzosa. Es un precepto que contempla, de manera global, todos los supuestos de excedencias.

¹³³ Es el caso del convenio colectivo de “*LTE internacional Airways*” del año 1995, cuyo artículo 41 establece que “*los pilotos con un tiempo mínimo de dos años de servicio cumplidos en “LTE” podrán*

Aunque con una matización importante al respecto, cual es que estaríamos ante una posibilidad irremediablemente ligada a un régimen jurídico de excedencia voluntaria más favorable al trabajador en su conjunto, ya sea convirtiendo el derecho preferente de reingreso en un puesto de trabajo de igual o similar categoría profesional en un auténtico derecho de reserva de puesto de trabajo o, incluso, estableciendo una reducción en cuanto al tiempo mínimo de disfrute de la

pasar a la situación de excedencia voluntaria, sin derecho a retribución alguna, en tanto no se incorporen al servicio activo”; otro ejemplo significativo sería el convenio colectivo acordado entre “Aviación y Comercio, S.A.” (AVIACO) y sus tripulantes pilotos del año 1995, en cuyo artículo 48 afirma que “los Pilotos con un tiempo mínimo de dos años de servicio en la Compañía podrán pasar a la situación de excedencia sin derecho a retribución alguna, en tanto no se reincorporen al servicio activo”. Este convenio además es también bastante más restrictivo en otros puntos que el Estatuto de los Trabajadores, como por ejemplo en materias relacionadas con la necesidad de motivos debidamente justificados, no concesión de la excedencia solicitada cuando se superase un determinado porcentaje respecto de la flota, grupo laboral, función determinada, etc. Únicamente mejora el régimen legal en lo relativo a la duración mínima posible de la situación de excedencia, reduciéndola a 6 meses. Otro ejemplo sería el convenio colectivo para la empresa “Clínica Virgen Blanca, S.A.” de 2005 cuyo artículo 14 establece que “el trabajador con una antigüedad en la empresa de al menos dos años, tendrá derecho a que se le reconozca la situación de excedencia voluntaria por un periodo de 5 años con el alcance, incompatibilidades y demás circunstancias que se establecen en el Estatuto de los Trabajadores sin que en ningún caso se pueda producir tal situación en los contratos de duración determinada”. El convenio colectivo de la empresa “Pirelli Neumáticos, S.A.”, aprobado mediante Resolución de fecha 6 de octubre de 2002, más concretamente su artículo 26.6. I) establece que “todo trabajador que desee solicitar una excedencia voluntaria deberá tener en la empresa una antigüedad de 3 años”, estableciendo la posibilidad de denegar la concesión de la misma en base a la existencia de una serie de causas, tales como que el excedencia haya disfrutado de una excedencia voluntaria en los últimos diez años o haya recibido una formación especializada a cargo de la empresa o, en su caso, supere un porcentaje determinado en relación con los trabajadores que, en ese momento, estuvieren disfrutando de una situación de excedencia voluntaria. Estas condiciones merecerían el calificativo de gravosas de no ser porque una vez el trabajador haya cumplido con el plazo de preaviso y solicitara adecuadamente el reingreso en la empresa, éste se llevará a cabo, de manera automática, sin esperar a que se produzca la existencia de vacante en un puesto de igual o similar categoría en la compañía.

excedencia voluntaria, fijando un periodo siempre inferior a los cuatro meses mínimos establecidos por la norma legal.

En relación a la posibilidad de aumentar el tiempo de antigüedad exigido por la norma estatutaria, cabe destacar que ello sería posible siempre y cuando se compensara al trabajador de alguna manera, como por ejemplo, incrementándose los derechos que le correspondiesen a fin de que el beneficio jurídico que el empleado percibiera fuera superior al perjuicio que le supusiera dicho aumento de antigüedad. La negociación colectiva es el medio legal utilizado para llevar a cabo tal compensación de derechos laborales.

Incluso en algunos supuestos, el establecimiento de una antigüedad superior a la exigida legalmente podría conllevar que el trabajador tuviera derecho a solicitar una mayor duración para la situación de excedencia voluntaria¹³⁴. Asimismo, el significado que el Estatuto de los Trabajadores otorga al concepto de antigüedad es muy claro al respecto, a pesar de que los artículos 45 a 48 del Estatuto de los Trabajadores no dicen nada acerca de si el período de suspensión ha de computarse a efectos de antigüedad.

No obstante lo anterior, cabe aclarar que cualquier previsión contenida en una norma sectorial o convencional que condicione el ejercicio del derecho de excedencia voluntaria, ya sea limitándolo o restringiéndolo más allá de los términos en que venga reconocido por el Estatuto de los Trabajadores, se debería

¹³⁴ Tal fue el caso del convenio colectivo de “*Telefónica de España, S.A.*” del año 1994, en cuyo artículo se indicaba que si la antigüedad del trabajador en la empresa era al menos de cinco años, podría solicitarse hasta 8 años de excedencia. El IV convenio colectivo de “*Telefónica de España, S.A.*”, aprobado mediante Resolución de fecha 30 de septiembre de 2008, eliminó esa posibilidad, estableciendo el requisito de antigüedad de un año para poder solicitar la excedencia voluntaria.

considerar nula a todos los efectos¹³⁵, teniendo en cuenta la existencia de posibles elementos de carácter peyorativo, los cuales introducen requisitos para el trabajador realmente más gravosos que los establecidos por la propia Ley con el condicionante de acceder a una situación de excedencia voluntaria mucho más ventajosa¹³⁶.

En relación a los plazos a seguir con la finalidad de solicitar el reingreso al empresario, el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores nada dice al respecto.

¹³⁵ Tal y como resuelve la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de Mayo de 1990 (RJ 1990/4358). No tiene sentido que el convenio colectivo de turno establezca peores condiciones respecto a la excedencia voluntaria que las establecidas en la propia Ley. En estos casos, no cabe ninguna duda de que habrá que considerar nulos cualquier previsión, norma o pacto que se manifieste en tal sentido.

¹³⁶ Haciendo referencia a la STSJ de Galicia de fecha 7 de Mayo de 1992 (AS 1992/2753), resolución judicial reveladora cuando afirma que el artículo 9 del convenio colectivo de empresa “*Graficas Noroeste, S.A.*” no implica ninguna causa de nulidad cuando impone a todo aquel trabajador que desee solicitar una excedencia voluntaria una antigüedad mínima en la empresa de tres años, puesto que la compensación de derechos es más que evidente, traducidos, esencialmente, en un reingreso condicionado y automático de los trabajadores que hubieran permanecido en tal situación no sólo en la propia empresa sino además en el puesto de trabajo que le era propio con anterioridad al ejercicio de aquel derecho, sin que en consecuencia tal reincorporación se subordinase a la existencia de vacante que sí prevé, en cambio, la legislación ordinaria materializada en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores en un derecho preferente al reingreso. Se defiende que el artículo del convenio colectivo en ningún caso podría calificarse como nulo pues la citada compensación de derechos elimina de raíz la compleja problemática (naturaleza y clase de acción a ejecutar, plazo de la misma, etc.) que de ordinario se pone de manifiesto cuando el trabajador excedente trata de volver a la empresa para la que presta servicios, empresa que por lo general suele negar la existencia de vacante impidiendo la reincorporación laboral y que, por otra parte, procura también la defensa del principio de estabilidad en el empleo constitucionalmente protegido. A modo de ejemplo, existen diferentes convenios colectivos que exigen a los trabajadores cuatro años de antigüedad en la empresa para poder acceder a una excedencia voluntaria de duración inferior a doce meses (por supuesto estamos hablando de una situación anterior a la última reforma realizada por la *Ley 3/2007, de 22 de Marzo, para la Igualdad Efectiva entre hombres y mujeres*, la cual modifica el régimen jurídico de la excedencia voluntaria, concretamente la duración de la misma, fijando el tiempo mínimo en cuatro meses y dejando el máximo en cinco años).

Su escueta regulación genera, en consecuencia, la aparición de multitud de vacíos legales que condicionan en gran medida su eficacia frente a los múltiples conflictos que se generan en el día a día.

El Estatuto de los Trabajadores no fija un plazo determinado de solicitud de reingreso, con lo cual es la negociación colectiva la encargada de marcar dicho plazo. Y es en este punto cuando aparecen los problemas. El convenio colectivo de aplicación tiene la potestad, conferida a través del artículo 46.6 del Estatuto de los Trabajadores, de desarrollar o complementar lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, pero siempre atendiendo al respeto y a las limitaciones legales establecidas por la propia norma legal. Con ello, cuando se produce la colisión del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores con lo establecido en el convenio colectivo de aplicación en relación al cumplimiento, por parte del trabajador excedente voluntario del plazo para solicitar el reingreso, dicho conflicto debe ser resuelto conforme a lo marcado por el artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores, aplicándose la norma más favorable al empleado, la cual no marca un plazo para solicitar el reingreso, por lo que resultaría suficiente que se hiciera antes de finalizar la situación de excedencia voluntaria.

En este sentido, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de Julio de 1986¹³⁷. Dicha resolución afirmaba que el cumplimiento de un mes de antelación, a efectos de solicitar el reingreso, impuesto por el artículo 61 de la Ordenanza del Trabajo de la Industria Siderometalúrgica de 29 de Julio de 1970 quedaba derogado por lo dispuesto en el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, el cual no señalaba ningún tipo de condicionamiento en orden al anuncio del propósito de reingreso, esto es, no establecía plazo de preaviso alguno.

¹³⁷ STS de fecha 17 de julio de 1986 (RJ 1986/174).

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de Enero de 1988¹³⁸ y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 3 de Junio de 2004¹³⁹ se manifestaron en el mismo sentido, apoyándose en la teoría de que las empresas, en el momento en el que tienen pleno y cabal conocimiento de la voluntad del trabajador excedente voluntario de reincorporarse a la empresa antes de que finalizase el plazo de duración de la misma, ya no se estaría ante un incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, sino todo lo contrario, ya que, según las mencionadas resoluciones judiciales, la norma legal dejaría sin efecto la exigencia de plazos concretos fijados en Reglamentos o convenios colectivos, siendo suficiente con que el trabajador que desee reingresar en la empresa lo haga saber a ésta antes o en el momento en que dicha situación termine.

Sin embargo, dicho supuesto específico no se debe extender a aquellos otros en que por convenio colectivo se hubiera regulado la excedencia voluntaria, imponiendo que la petición de reingreso hubiera de realizarse con la antelación indicada, pero estableciendo el deber de la empresa de acoger las peticiones debidamente cursadas, sin condicionarlo a la existencia de vacantes, ya que tal disciplina paccionada, que mejoraría evidentemente el régimen establecido en el Estatuto de los Trabajadores, sería en tal caso la que hubiera de prevalecer, puesto que la cláusula de tal contenido se ajustaría al amplio margen de mejora que permiten los artículos 82 y 85.1 del Estatuto de los Trabajadores¹⁴⁰.

¹³⁸ STS de fecha 25 de enero de 1988 (RJ 1988/45).

¹³⁹ STSJ de Cataluña de fecha 3 de junio de 2004 (JUR 2004/209089).

¹⁴⁰ Esta posibilidad viene contemplada en la STS de fecha 9 de Diciembre de 1993 (RJ 1993/9763). El régimen jurídico establecido por el convenio colectivo de aplicación prevalece sobre la norma estatutaria al establecer un beneficio evidente a la esfera jurídica del trabajador excedente, como es el no condicionar su reingreso a la empresa a la existencia de vacantes, por lo que el empleado queda obligado a respetar y

También parece viable una regulación que introdujera elementos peyorativos, siempre que hubiera beneficios para el trabajador en otros puntos. En este sentido, cabría la posibilidad de regular el reingreso del trabajador en una vacante de inferior categoría, siempre que fuese con carácter temporal¹⁴¹, en espera de una vacante de su propia y superior categoría¹⁴².

El complemento de la Ley se ha plasmado en el establecimiento de requisitos adicionales para que pueda producirse el reingreso efectivo del excedente y, aunque ello pueda suponer una clara limitación añadida a las condiciones legales, viene impuesto por la lógica necesidad en determinados ámbitos sectoriales - como por ejemplo, en la navegación aérea – con la finalidad de asegurar que el trabajador conserve las aptitudes necesarias para una buena prestación de servicios, las cuales se demostrarán en las correspondientes pruebas médicas y reentrenamientos¹⁴³.

Dadas las características de los convenios colectivos y su definición como fuente de la relación de trabajo, es de suma importancia saber cuál de los sucesivos

cumplir el plazo de reingreso - un mes - establecido por la negociación colectiva, constituyendo tal decisión de fuerza vinculante reconocida en el artículo 37.1 de la Constitución Española.

¹⁴¹ El carácter temporal de estas situaciones es la norma común, como así queda reflejado, por ejemplo, en el artículo 32.3 del convenio colectivo de la Banca Privada, aprobado mediante Resolución de fecha 1 de agosto de 2007, el cual establece que *“el excedente voluntario que reingrese ocupará la primera vacante de su Nivel que se produzca en la misma plaza en la que prestaba sus servicios al que dar en situación de excedencia. En tanto no exista dicha vacante, podrá ocupar, si así lo desea, con el sueldo de su Nivel consolidado, una vacante de Nivel inferior en la misma plaza, siempre que la Empresa acceda a ello, o ser destinado a otra plaza en la que existiera vacante de su mismo Nivel”*.

¹⁴² Tal y como establece la STSJ de la Región de Murcia de fecha 22 de Febrero de 1996 (AS 1996/340), en relación con la regulación contemplada en el IV convenio colectivo para el personal laboral del INSERSO, más concretamente en sus artículos 36 y 38.

¹⁴³ ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 115.

convenios colectivos que, con total seguridad, se aprobarán y publicarán, ya sea en el ámbito sectorial o de empresa, van a regir sus efectos en relación con el momento en el que se solicitó la excedencia voluntaria.

En un primer momento, el procedimiento idóneo sería aplicar el convenio colectivo vigente en el momento en el que el trabajador solicitó la excedencia voluntaria y no el posterior, con sus más que probables modificaciones, nuevas formalidades y requisitos. Si un trabajador solicita una excedencia voluntaria con arreglo a lo dispuesto en ese momento en el convenio colectivo de aplicación, en relación a la duración que va a tener dicha situación de excedencia, no puede ver reducidos sus derechos en el supuesto de que, una vez transcurrido un determinado período de tiempo, surgiera un nuevo convenio colectivo mediante el cual se estableciera que la excedencia voluntaria solicitada por dicho empleado en su momento se encuentre caducada en base a los elementos y requisitos de nuevo cuño establecidos por la negociación colectiva¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Tal y como establecen las SSTs de fecha 26 de Junio de 1998 (RJ 1998/5790) y 26 de Junio de 1998 (RJ 1998/5790). En la primera resolución se trata un supuesto relacionado con un trabajador que solicita una excedencia voluntaria en base a lo dispuesto en el artículo 35 del VII convenio colectivo de Ente Público RTVE y de las “Sociedades Estatales de RNE, S.A.”, “T.V.E, S.A.” y “Radiocadena, S.A.” 1988, por un plazo no inferior a un año ni superior a diez. Al año siguiente se publica el VIII convenio colectivo del Ente Público, cuyo artículo 35 reza en los mismos términos pero con un nuevo apartado, más concretamente el número quinto, que establece que “*en el supuesto de que la causa de petición de la excedencia voluntaria fuera para prestar servicios en alguna empresa de las señaladas en el apartado 3 del artículo 50 de este convenio, sólo se podrá conceder una excedencia voluntaria por un plazo no inferior a dos años ni superior a cinco*”. El mencionado artículo 50 declaraba incompatible la pertenencia a otras entidades o empresas que se dedicaran a la misma actividad o estuvieran encuadradas en el mismo sector. El trabajador, en ese momento, se encontraba prestando servicios precisamente para una de ellas, por lo que la empresa interpreta que se está produciendo un incumplimiento de lo establecido en el nuevo artículo 35 del VIII convenio colectivo y procede a declarar la caducidad de la excedencia voluntaria que estaba siendo disfrutada por el empleado. La resolución indica que, si bien es cierto que el nuevo convenio colectivo de aplicación puede establecer que las reformas que en él se contienen alcancen también a situaciones de

En ese punto, es cierto que la vigencia de un convenio colectivo queda limitada en el tiempo, de acuerdo con las cláusulas del mismo que regulen tal materia y con lo que prescribe el artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores¹⁴⁵. El negocio jurídico que da forma a la excedencia voluntaria viene configurado por la estructura y elementos que impone la normativa en el momento de llevar a cabo el acuerdo. Por tanto, y en relación a la validez y vigencia de los contratos y, por ende, de los acuerdos celebrados entre las partes, es preciso resaltar lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del Código Civil, la cual declara que “*se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otra manera o no los reconozca*”, así como también destacar lo regulado por la Disposición Transitoria 1ª del mismo Cuerpo Legal, cuando prescribe que “*los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma*”.

Por ello, tales preceptos insertados en nuestro Código Civil son considerados, tanto por nuestra doctrina judicial como la científica, como las normas básicas de nuestro ordenamiento, las cuales regulan las consecuencias y efectos de la sucesión y modificación de disposiciones jurídicas, todo ello relacionado con la sucesión de las normas en dos convenios colectivos sucesivos. Esas nuevas normas sólo serán de aplicación a las situaciones de excedencia nacidas al amparo del convenio colectivo anterior en aquellos casos en que tales

excedencia anteriores, es esencial que tal directriz se estipule, de manera expresa, en ese nuevo convenio colectivo y se ordene claramente la extensión de las nuevas disposiciones a las situaciones de excedencia anteriores, no siendo suficiente para que tal extensión sea una realidad la simple reforma de los preceptos del convenio precedente.

¹⁴⁵ Ajustándonos al caso concreto, el artículo 86.4 del Estatuto de los Trabajadores afirma que “*el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a éste último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan*”.

normas así lo establezcan de una forma nítida y clara no bastando, por consiguiente, el simple cambio o modificación de los preceptos convencionales para que la nueva regulación se extienda a las excedencias reconocidas con anterioridad al mismo.

Por tanto, la conclusión alcanzada es que para que se produzca esa extensión o aplicación es necesario que así lo ordene con nitidez la nueva normativa. Las disposiciones de cada convenio colectivo, cuando difieren unas de otras, se aplican a las específicas situaciones de excedencia constituidas durante el tiempo de vigencia del correspondiente convenio, y se siguen aplicando mientras tal situación de excedencia perviva, aunque ello suceda durante la vigencia de varios convenios colectivos distintos. Por tanto, el mero hecho de que la regulación de la excedencia voluntaria resultase modificada, no obligaría a aplicar la norma nueva a las situaciones que hubieran nacido con anterioridad.

Por tanto, el derecho preferente de reingreso ostentado por el trabajador, podría verse alterado e, incluso, eliminado, a través de la regulación complementaria, en materia de excedencias voluntarias, implantada por la negociación colectiva, al establecer ésta una serie de requisitos que, en el caso de ser incumplidos, ya sea de manera total o parcial, provocase el decaimiento de dicho derecho.

Existen determinados convenios colectivos que, ante la petición de reingreso por parte del trabajador – y siempre en el supuesto de inexistencia de vacantes disponibles en el centro de trabajo de origen –, garantizan la reserva de su puesto de trabajo y ofrecen al empleado reincorporarse en cualquier vacante disponible pero en un centro de trabajo de localidad distinta. El rechazo del trabajador excedente voluntario a dicha opción supondría la pérdida de su derecho de reingreso y, por tanto, también conllevaría la extinción de su relación

contractual con la empresa¹⁴⁶. Esta posibilidad se entiende que no conculca el citado precepto legal, pero siempre y cuando se concibiera como una medida transitoria, pues de lo contrario actuaría en contra de los derechos que los trabajadores tienen establecidos en el citado artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores en relación con lo dispuesto por el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores, y, por tanto, sus cláusulas deberían ser consideradas como nulas¹⁴⁷.

Por otra parte, cabe destacar que no sólo se contempla la posibilidad de solicitar una única clase de excedencia voluntaria, en remisión a lo establecido en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores. La negociación colectiva se encarga de ampliar el régimen jurídico de la institución, dotándola de un campo de actuación con enormes expectativas. Los ejemplos de nuevos supuestos de excedencias voluntarias de carácter especial que se pueden encontrar en la regulación convencional son numerosos¹⁴⁸. Los interlocutores sociales están

¹⁴⁶ STS 18 de Octubre de 1999 (RJ 1999/9102). En este caso, el convenio colectivo de la empresa mejora lo establecido por la norma estatutaria y amplía el derecho del trabajador excedente voluntario, en el sentido de que la norma convencional garantiza un derecho de reserva de puesto de trabajo al empleado, respetando el puesto de trabajo de su categoría profesional que ostentaba en el centro de trabajo de origen. Un hecho relevante de cara a apoyar esta teoría radica en el hecho de que la empresa en ningún momento niega el derecho preferente al reingreso del trabajador puesto que ha ofrecido las vacantes existentes, independientemente que ninguna de ellas se encuadraba en el centro de trabajo de la misma localidad sin que el trabajador lograra acreditar la existencia de otras.

¹⁴⁷ STSJ de Castilla la Mancha de 5 de Abril de 1991 (AS 1991/2887) y STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 10 de Marzo de 1994 (AS 1994/962).

¹⁴⁸ Un ejemplo significativo sería el reflejado en el artículo 32 del convenio colectivo Provincial del Comercio de Baleares de 1994, que posibilita al trabajador la opción de pasar a la situación de excedencia voluntaria especial para ampliar y perfeccionar su formación profesional (en este caso concreto, cursar unos estudios de diferentes idiomas en el extranjero). Generalmente esta clase de excedencias conllevan una serie de beneficios laborales para el trabajador solicitante. En el caso concreto, el trabajador tiene derecho a reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo en las mismas condiciones que tenía en el momento de su concesión conservando la empresa el derecho de cubrir la vacante del excedente mediante la contratación

perfectamente capacitados para crear nuevos supuestos de excedencia, en uso de la facultad referida en el artículo 46.6 del Estatuto de los Trabajadores. En virtud de los mismos se acostumbra a atribuir un régimen más favorable a aquellas excedencias que tengan su origen en determinadas causas que el convenio colectivo relaciona, como el supuesto de convenios colectivos que regulan la posibilidad de que determinados trabajadores, por el mero hecho de pertenecer a determinadas secciones de producción o mantenimiento, soliciten y obtengan una excedencia voluntaria cuando no exista otro trabajador de su misma categoría en situación de excedencia¹⁴⁹.

En mi opinión, no hay razones para entender que una excedencia voluntaria especial, regulada en el convenio colectivo de aplicación, posea una naturaleza jurídica distinta de la excedencia voluntaria a que se refiere el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores y no sea considerada como una simple mejora de esta última, mejora que vendría determinada por el hecho de que en el primer caso el trabajador conserva el derecho a reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo

de un trabajador en régimen de interinidad, no siendo computable a efectos de antigüedad el tiempo de dicha excedencia especial. Según la STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 2 de Julio de 1992 (AS 1992/3909), la empresa en cuyo convenio colectivo regule este tipo de excedencias especiales carece de facultades para obstaculizar el ejercicio de tal derecho conferido al trabajador, ya sea aduciendo perturbación o inconveniencia para el normal funcionamiento de la actividad empresarial. La excedencia voluntaria y las excedencias especiales no son tan diferentes unas de otras. Simplemente se trata de un derecho concedido al trabajador en base al cumplimiento de una serie de requisitos. Si el trabajador cumple con estos requisitos la empresa no tiene potestad alguna para impedir la decisión tomada por el trabajador de pasar a situación de excedencia voluntaria de carácter especial ya que, de ser así, no estaríamos ante la concesión o reconocimiento de un derecho al trabajador, sino ante una situación producto de un pacto o acuerdo individual entre el empresario y el propio trabajador para que éste último tenga la posibilidad de llegar a alcanzar tal situación. Cito, a modo de ejemplo, las SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 9 de Octubre de 1990 (AS 1990/2657) y 4 de Febrero de 1994 (AS 1994/824).

¹⁴⁹ Así viene regulado en el artículo 14.3 b) del convenio colectivo de “*Tirma, S.A.*”, aprobado mediante Resolución de fecha 20 de julio de 2006.

mientras que en el Estatuto y a tenor de su artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores tiene 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.

Desde mi punto de vista, en ambos casos nos encontraríamos ante la posibilidad de ejercitar un derecho, bien sobre la base de una norma estatal de derecho necesario absoluto, como puede ser el Estatuto de los Trabajadores, o bien sobre la base de una normativa convencional, fruto de una previa negociación colectiva entre el empresario y la representación legal de los trabajadores. Pero, al fin y al cabo, seguiría siendo un derecho puesto a disposición del trabajador, un derecho cuyo ejercicio se encontraría condicionado al cumplimiento de los requisitos que prefijase el Estatuto de los Trabajadores, o en el caso de la excedencia voluntaria especial, el convenio colectivo que la regulase.

Una teoría tan extremista que llegara al punto de escudarse en la posición que adoptase el convenio colectivo a la hora de regular o no una figura jurídica de carácter especial, carecería de sentido y, entre otras cosas, no se acoplaría a la verdadera naturaleza del concepto¹⁵⁰.

Por tanto, llegar al extremo de considerar que, en el momento en que una excedencia voluntaria especial no mantenga el efecto básico del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores referente a la conservación del derecho preferente al reingreso en la empresa y lo convierta, por ejemplo, en un reingreso automático al

¹⁵⁰ Tanto el régimen legal como los efectos de la excedencia voluntaria no causal quedan regulados, de manera simple y esquemática, en el artículo 46.2 y 46.5 del Estatuto de los Trabajadores respectivamente. Pero hay que apuntar que la excedencia voluntaria goza de un margen de maniobra consagrado en el apartado sexto del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores. Y lo más importante, que dicho margen de maniobra no solo es aplicable a la figura de la excedencia voluntaria en sí, sino que abarca a todas las demás excedencias (excedencia forzosa, excedencia por ejercicio de funciones sindicales, excedencia por cuidado de hijos y excedencia por cuidado de familiares hasta un segundo grado de consanguinidad).

mismo puesto de trabajo, se invierta la naturaleza jurídica de la propia excedencia voluntaria considerándola, a todos los efectos legales, en una excedencia forzosa o, incluso, en una suspensión del contrato de trabajo, carecería de sentido¹⁵¹. El artículo 46.6 no ha sido diseñado exclusivamente para completar el régimen convencional de la excedencia voluntaria no causal, sino para todo tipo de excedencias, sean voluntarias o no. Así pues, si se alterase o modificase uno de los efectos fundamentales de la excedencia forzosa, como es el del cómputo del tiempo, a efectos de antigüedad, ¿ya no estaríamos hablando de una excedencia forzosa? ¿Sería un híbrido entre una excedencia forzosa y una excedencia voluntaria? Está claro que no. Tenemos que apoyarnos sobre un hecho objetivo: la regulación, a través de un convenio colectivo, de un tipo especial de excedencia, independientemente de que ésta tenga carácter voluntario o forzoso. A partir de ahí, la manera de regularla, desarrollarla y ejecutarla forma parte del ámbito del convenio colectivo en relación con la posibilidad conferida por el artículo 46.6 del Estatuto de los Trabajadores. No sería válido profundizar en los efectos que desprende la especialidad de la figura jurídica creada a través de un convenio colectivo, para desnaturalizar el verdadero significado del concepto. Una excedencia voluntaria puede y debe ser regulada por la vía convencional, como también lo pueden ser el resto de excedencias.

¹⁵¹ En este sentido, cabe destacar el convenio colectivo de “*Centro Cooperativo Farmacéutico, S.C.A.*”, aprobado mediante Resolución de fecha 29 de abril de 2009, cuyo artículo 6 configura una excedencia voluntaria extraordinaria, cuando afirma que “*el trabajador con al menos un año de antigüedad en la Empresa podrá solicitar una excedencia especial para atender a situaciones que revistan extraordinaria gravedad, que será otorgada por la Empresa siempre que las necesidades del servicio lo permitan. Esta excedencia tendrá una duración mínima de un mes y máxima de tres meses. Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido dos años desde el final de alguna otra excedencia amparada por este artículo. El tiempo que el productor permanezca en la excedencia no será computable a ningún efecto*”.

Por último, es conveniente señalar que algunos convenios colectivos¹⁵² ni siquiera se preocupan de regular excedencias voluntarias especiales, llegando incluso a limitar los derechos de los trabajadores que desean solicitar una excedencia voluntaria ordinaria exigiendo, por ejemplo, una mayor antigüedad a la determinada por la Ley.

¹⁵² VII convenio colectivo entre Iberia, “*Líneas Aéreas de España, S.A.*” y sus tripulantes y pilotos, aprobado mediante Resolución de fecha 22 de abril de 2009, cuyo artículo 48 establece que “*los Pilotos con un tiempo mínimo de dos años de servicio en la Compañía podrán pasar a la situación de excedencia sin derecho a retribución alguna, en tanto no se reincorporen al servicio activo*”. En el mismo sentido, cabe destacar el convenio colectivo Básico de Industrias Cárnicas, aprobado mediante Resolución de fecha 9 de agosto de 1999 (artículo 55). Asimismo, también cabe resaltar el curioso caso del convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias del frío industrial, aprobado mediante Resolución de fecha 4 de octubre de 2007, cuyo artículo 28 establece la obligatoriedad por parte de todo aquel trabajador que desee solicitar una excedencia voluntaria el servicio ininterrumpido en la empresa durante un período de un año.

III. Solicitud de la excedencia voluntaria.

1. El derecho a la excedencia voluntaria.

1.1. Cumplimiento de requisitos previos: antigüedad.

La Ley de Relaciones Laborales, de fecha 8 de Abril de 1976, fue la primera disposición legal que hizo una referencia a la antigüedad que debía tener el trabajador que deseara solicitar una excedencia voluntaria. Así pues, en dicho texto legal se establecía que *“el trabajador con una antigüedad en la empresa de al menos dos años tendrá derecho a que se le reconozca la situación de excedencia voluntaria”*.

En 1980, el Estatuto de los Trabajadores prácticamente se limitó a reproducir el mencionado precepto, introduciendo una pequeña modificación mediante la cual se reducía a un año la antigüedad exigida al trabajador que deseaba acogerse a una excedencia voluntaria.

En teoría, y con la introducción de dicha modificación, lo que realmente se pretendió fue favorecer la movilidad de los trabajadores así como la producción de vacantes en los puestos de trabajo¹⁵³.

¹⁵³ ALBIOL MONTESINOS, I., *Suspensión del contrato*, en AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, op. cit. El autor también alude a la posibilidad de cobertura mediante la contratación de trabajadores por tiempo determinado, a pesar de que, hoy en día, existe una doctrina judicial restrictiva que no admite el recurso al contrato de interinidad por sustitución con el fin de cubrir la ausencia de una persona que ejerce el derecho a la excedencia voluntaria. En este sentido, la STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 9 de Abril de 2003 (REC 135/2003) y la STSJ de Galicia de fecha 21 de Octubre de 2005 (AS 2005/3544) son muy claras al respecto. Aunque,

A partir de la entrada en vigor de la nueva Ley de Igualdad Efectiva entre hombres y mujeres (Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo) se llevó a cabo la última modificación del articulado, reduciendo de dos años a cuatro meses el plazo mínimo por el cual el trabajador podría disfrutar de una excedencia voluntaria, aunque ello es una cuestión que se tratará más adelante. Partiendo de lo anteriormente dicho, el trabajador que decida solicitar una excedencia voluntaria tiene que cumplir con una serie de requisitos, todos ellos reflejados en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, los cuales se antojan como condiciones esenciales a la hora de poder ejercitar este derecho. Básicamente, como requisito general para que el trabajador tenga derecho a que le reconozcan la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria tiene que acreditar una antigüedad de un año en la empresa. En este sentido, cabe decir que este derecho sólo podrá ser ejercitado por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia. Las variables que se crean en torno a estas cuestiones son confusas y complejas y por ello, vamos a estudiar a continuación todas estas condiciones y el modo de ejercicio del derecho a la excedencia voluntaria, analizando todas las peculiaridades de la norma.

Yo creo que el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores establece el requisito de la antigüedad para que el empleado pueda solicitar una excedencia voluntaria. La imposición de este requisito tiene su origen en diversas causas y responde, tal y como veremos más adelante, a la propia naturaleza de la figura jurídica. El trabajador que solicita una excedencia voluntaria conserva el derecho preferente a un reingreso futuro para cuando se produzca una vacante adecuada a su categoría profesional, por lo que, una vez agotada la duración estipulada por ambas partes y previa solicitud de reingreso, pueda reincorporarse a la empresa.

probablemente una reducción del plazo de excedencia voluntaria a un umbral de cuatro meses exigiría un replanteamiento de esta doctrina dentro de una corriente algo más flexibilizadora.

Por tanto, la relación contractual entre ambas partes únicamente queda debilitada, pudiendo reactivarse en tanto en cuanto se cumplan una serie de condicionantes.

En mi opinión, cabe señalar que el empresario queda en una situación de inferioridad, ya que el trabajador en cualquier momento puede ejercitar su derecho a solicitar una excedencia voluntaria, y es precisamente el requisito de antigüedad lo que, de alguna manera, protegería esta situación desde múltiples perspectivas. Con ello, y mediante la introducción del requisito de antigüedad, se persigue el mantenimiento de un cierto vínculo entre trabajador y empresario, que posibilite, en determinadas condiciones, el reingreso de aquél al servicio activo de la empresa¹⁵⁴.

Desde el punto de vista empresarial, tal reingreso sólo podría tener un mínimo interés si se tratara de trabajadores con experiencia, que ya hubieran prestado servicios con anterioridad en la empresa y conocieran las peculiaridades y detalles del puesto de trabajo que va a desempeñar. Así pues, es el propio requisito de antigüedad establecido por la norma estatutaria lo que posibilita tal circunstancia, lo que tiene mucho sentido ya que aquél se conecta con la necesidad de fijar un equilibrio entre la opción del trabajador de situarse en situación de excedencia voluntaria en base a un criterio privado y de carácter personal, con la correspondiente falta de prestación de servicios efectiva y la situación en la que queda el empresario, que es la persona que sufre el cese del trabajador durante un determinado período de tiempo.

¹⁵⁴ PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia Laboral y Funcionarial*, op. cit., página 261.

De esta manera se intenta compensar el riesgo contractual que sufre el empresario al soportar la carga de la excedencia voluntaria. Tal y como afirma GORELLI HERNÁNDEZ, uno de los principales problemas que se plantean en torno al requisito de antigüedad es el escaso acierto con el que se ha redactado el precepto legal del 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, cuando se afirma que la excedencia voluntaria únicamente podrán ejercitarla aquellos trabajadores que ostenten “*al menos*” un año de antigüedad en la empresa. Con detalle se puede ver como la dicción del precepto está mal enfocada, ya que al exigirse “*al menos*” un año de antigüedad en la empresa, surgen diferentes cuestiones al respecto, tales como si podría entenderse que estuviéramos ante un tope mínimo superable por acuerdo individual colectivo, o, de otro lado, si incluso pudiéramos encontrarnos ante la posibilidad de que, ya sea a través de contrato individual o convenio colectivo, de añadir o establecer nuevos requisitos para que el trabajador tuviera derecho a solicitar una excedencia voluntaria.

Por una parte, la mayoría de autores defienden la idea de que la antigüedad es el requisito único exigido al trabajador para poder solicitar una excedencia voluntaria y poder así configurar de manera definitiva el derecho del trabajador. Por lo tanto, en ese caso nos hallaríamos ante un tope máximo que no podría ser superado de ninguna manera a través de la negociación colectiva o acuerdo individual¹⁵⁵, en el sentido de que el derecho reconocido en el precepto legal referido no sería entendido como un derecho absoluto ni sujeto a condición alguna, sino un derecho de obligado cumplimiento para la empresa, siempre que el

¹⁵⁵ Tal y como afirma GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit, página 54, dicha norma no tiene carácter de absolutamente inderogable, sino que permite el juego del principio de norma mínima. Por lo tanto, es viable que la exigencia de una antigüedad máxima de un año se reduzca por convenio, pacto contractual entre empresario y trabajador, o por simple concesión del empresario al serle solicitado por el trabajador.

trabajador cumpliera con el único requisito exigido en el precepto de llevar cierta antigüedad en la empresa. Así pues, se produciría una situación de inactividad durante la cual se mantendría vigente el contrato de trabajo, con una principal consecuencia: la suspensión de los derechos y obligaciones derivados del mismo¹⁵⁶. Ello equivaldría a decir que cualquier interés personal o profesional del trabajador pudiera justificar esta modalidad de excedencia, siempre que fuera compatible con las exigencias de la buena fe contractual.

En este sentido, y en la mayoría de los casos, los períodos de excedencia se utilizan por los trabajadores como medio legítimo de promoción o experiencia profesional en otro trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena¹⁵⁷. Por tanto, no cabría interpretar que el texto legal configurase el requisito de antigüedad como una exigencia mínima de duración, que pudiera ser incrementada por vía de contrato individual o de negociación colectiva, perdiendo el Estatuto de los Trabajadores su carácter de Ley de mínimos que pudieran ser mejorados por la voluntad de las partes, tanto en contrato de trabajo como en convenio colectivo.

Tal y como opina PEDRAJAS MORENO, son razones puramente históricas las que han llevado al legislador a introducir tal expresión, sin que por contrato individual o por convenio puedan exigirse períodos de antigüedad más elevados¹⁵⁸.

¹⁵⁶ SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 4 de Junio de 1992 (AS 1992/3413) y 20 de Marzo de 1990 (AS 1990/1324), STSJ de la Región de Murcia de fecha 19 de Diciembre de 1995 (AS 1995/4848) y STSJ de Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 13 de Junio del 2000 (JUR 2001/37053).

¹⁵⁷ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 14 de Marzo de 2006 (AS 2006/1481).

¹⁵⁸ PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial*, op. cit., página 263. El autor coincide con el criterio mantenido por MATÍA PRIM. J., en su obra “Consideraciones sobre el Derecho a la ocupación efectiva” en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso Calvo*. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1977, afirmando que el período

Esta parece ser la interpretación más adecuada, pues si no estaríamos ante la derogación de un principio básico de nuestro derecho laboral, cual es el principio de norma mínima¹⁵⁹.

Un hecho clave fue la distinción que el Estatuto de los Trabajadores introdujo al respecto, corroborando lo implantado anteriormente por la Ley de Relaciones Laborales de 1976, ya que las antiguas Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales computaban la antigüedad como tiempo de servicio efectivo, no abarcando períodos de suspensión a efectos del cálculo de la misma.

La única diferencia introducida por el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación a lo establecido en el artículo 26 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 se tradujo en la reducción de dos a un año del período de antigüedad que se imponía en ésta última.

Actualmente, la tendencia mayoritaria considera que en el año de antigüedad exigible para poder acceder a una excedencia voluntaria han de computarse todos los períodos de tiempo, tanto los de prestación efectiva de servicios, como aquellos en los que no se realiza una prestación de servicios “real”, pero que, por decisión del legislador, por convenio colectivo o por decisión individual, generan antigüedad, como, por ejemplo, los períodos correspondientes a las vacaciones, fiestas, descanso semanal, interrupciones no

de antigüedad establecido por el Estatuto actúa como mínimo en relación con los convenios colectivos o los pactos individuales, pudiendo ser mejorado en beneficio del trabajador, siendo contrarias a la Ley del Estatuto las previsiones convencionales o los contratos individuales que exijan períodos de antigüedad más elevados.

¹⁵⁹ RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 47.

periódicas de la prestación, suspensiones del contrato de trabajo o los supuestos de imposibilidad de desarrollo de la prestación por causas imputables al empresario, con la excepción de que una norma expresa lo excluya, pudiendo ser tanto de origen estatal, como producto de la negociación colectiva¹⁶⁰.

Sin embargo, cabe destacar que esta tesis no ha sido unánimemente aceptada. En esta línea, un sector de la doctrina ha interpretado dicha cuestión en el sentido de tener en cuenta el cómputo de la antigüedad únicamente en los casos en los que así se prevea – supuesto de la excedencia forzosa – o cuando haya un acuerdo individual o convenio colectivo que expresamente lo establezca.

En opinión de RODRÍGUEZ COPE¹⁶¹, para determinar la antigüedad del trabajador sería más razonable computar el tiempo de trabajo efectivo en la empresa y no tener en cuenta el período durante el que sólo existió una mera vinculación a la misma.

Así pues, existen determinados convenios colectivos que exigen al trabajador que quiera solicitar una excedencia voluntaria un año ininterrumpido de servicios en la empresa¹⁶² así como también hay otros que, aún basándose en los mismos términos, excluyen determinadas interrupciones de prestación de servicios

¹⁶⁰ VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., páginas 65 y 66 y CAMPS RUIZ, “Antigüedad”, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo II, vol.1^o, Edersa, Madrid, 1987, página 372.

¹⁶¹ RODRÍGUEZ COPE, M^a.L.: “La regulación de la excedencia voluntaria desde la ley y el convenio”, op. cit., página 225.

¹⁶² Tal y como establece el artículo 45 a) del convenio colectivo de “Air France”, aprobado mediante Resolución de fecha 14 de noviembre de 2003, afirmando que “*el personal de plantilla de la Compañía que lleve un tiempo mínimo ininterrumpido de un año al servicio de la misma podrá pasar a la situación de excedencia, sin derecho a retribución alguna, en tanto no se reincorpore al servicio activo*”.

y las consideran como tiempo de trabajo efectivo a efectos de cómputo de la antigüedad del empleado¹⁶³. Así pues, la antigüedad exigida debe haberse cumplido en el momento en que la excedencia voluntaria comenzase a desplegar sus efectos, teniendo presente que no se habla de tiempo de prestación de servicios, de manera que eventuales suspensiones o interrupciones del contrato no parecen afectar al cumplimiento de este tiempo de espera¹⁶⁴.

Por otra parte, el tipo de contrato de trabajo que tuviera el trabajador en el momento de solicitar la excedencia voluntaria adquiere suma importancia a la hora de computar la antigüedad exigida al mismo para poder ejercitar su derecho. En este aspecto, y según GORELLI HERNÁNDEZ, se computarían los períodos de tiempo en los que el trabajador hubiera mantenido un contrato en prácticas (artículo 11.1 f) del Estatuto de los Trabajadores) y un contrato para la formación (artículo 11.2 i) del Estatuto de los Trabajadores), siempre que a la finalización de éstos el trabajador hubiese continuado prestando servicios para la empresa. Lo mismo sucedería con los períodos de prueba en los que el trabajador hubiera permanecido, en el caso, obviamente, de que éstos se hubieran superado (artículo 14.3 del Estatuto de los Trabajadores).

En estos casos, lo que realmente cabe plantearse es si el ejercicio efectivo del derecho a la excedencia voluntaria es compatible con las condiciones específicas de cada una de estas modalidades contractuales, puesto que no cabría

¹⁶³ Como ejemplo significativo, el convenio colectivo de Banca Privada, aprobado mediante Resolución de fecha 21 de junio de 2007, cuyo artículo 32.1 establece que *“en relación a la solicitud de la excedencia voluntaria se computarán como servicio efectivo el tiempo de interrupción laboral por desempeño de cargos públicos”*.

¹⁶⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La prórroga de la excedencia voluntaria”, *Revista Aranzadi Social*, 2004, núm.2, página 2.

duda de que todas y cada una de ellas estarían sometidas a lo dispuesto en el régimen jurídico estatutario.

1.1.1. Excedencia voluntaria y contrato a tiempo parcial.

En el caso de los contratos celebrados a tiempo parcial, la cuestión parece complicarse, pues es claro que la antigüedad debería computarse de fecha a fecha, es decir, desde que se produjera el ingreso del trabajador en la empresa hasta el momento en el que éste solicitase la excedencia voluntaria, ostentando los mismos derechos que un trabajador a tiempo completo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 12.4 d) del Estatuto de los Trabajadores, el cual establece que *“los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo siendo tales derechos reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado”*. Y ello independientemente de la reducción de jornada que se le aplicase al empleado, siempre que el trabajo fuera diario o, al menos, el período de interrupción tuviera una duración reducida¹⁶⁵.

Otra cosa serían las concretas condiciones de ejercicio del derecho que se establezcan por vía de la negociación colectiva para este colectivo de trabajadores. Así pues, la cuestión a la hora de computar el tiempo de prestación de servicios de un trabajador sujeto a un contrato de trabajo a tiempo parcial de carácter horizontal no tendría mucha complicación, pues al tratarse de una prestación de servicios realizada de manera regular y ordinaria a lo largo del tiempo, la antigüedad se computaría día por día independientemente del tiempo de prestación de servicios realizado a lo largo de la jornada diaria laboral.

¹⁶⁵ ALARCÓN CARACUEL, *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1998, página 117.

El verdadero problema se produciría cuando dicha prestación de servicios se realizase en el marco contractual de trabajos fijos - discontinuos en los que, tomando como referencia el cómputo anual, resultaría haber un tiempo de interrupción de servicios muy superior al trabajo realmente efectivo¹⁶⁶. En este sentido, existen líneas doctrinales enfrentadas entre sí, pues, por una parte¹⁶⁷, se opta por apoyar la idea anterior y aplicarla en un contexto de prestación de servicios fija – discontinua, computándose los días efectivamente trabajados y, por otra parte¹⁶⁸, existe otra corriente doctrinal la cual opta por defender que las horas de trabajo efectivo se deben acumular a fin de determinar los días reales y efectivos que marcan la antigüedad ostentada por el trabajador.

1.1.2. Excedencia voluntaria y contrato temporal.

Otro de los puntos conflictivos a tratar en relación al cumplimiento, por parte del trabajador, del requisito de antigüedad establecido por el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores viene relacionado con los contratos temporales y la posibilidad de tenerlos en cuenta o no a la hora de computar el tiempo de antigüedad exigida al trabajador a los efectos de generar el derecho a la excedencia voluntaria.

En este sentido, existen determinados convenios colectivos que entienden computable el tiempo de prestación de servicios que ha realizado el trabajador en

¹⁶⁶ Línea argumental sostenida por ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 227 y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 57.

¹⁶⁷ RAMIREZ MARTÍNEZ, J.M.: “El trabajo a tiempo parcial”, en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo III, Edersa, Madrid, 1985, páginas 297 y 298.

¹⁶⁸ MERINO SENOVILLA, H.: *El trabajo a tiempo parcial*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1994, páginas 285 y 286.

base a un contrato de naturaleza temporal y así lo afirman, de manera expresa, en su articulado¹⁶⁹. El auténtico problema tiene lugar cuando el convenio colectivo no prevé nada al respecto y se produce una concatenación contractual temporal a través de la cual el trabajador ha estado prestando servicios durante un amplio período de tiempo y, llegado el momento, decide solicitar una excedencia voluntaria alegando que sí que ha cumplido con el requisito de antigüedad. En este aspecto, el legislador ha tratado de buscar soluciones que arreglasen o, al menos, minimizasen el problema, y ello a través de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 5/2006, de 9 de junio, el cual modificó el contenido del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores en materia de sucesión contractual de carácter temporal¹⁷⁰, modificación dirigida contra un abuso extremo a la hora de utilizar

¹⁶⁹ Es el caso del convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz, aprobado mediante Resolución de fecha 14 de septiembre del 2011, cuyo artículo 21 establece que *“a partir de un año de antigüedad en la empresa o en el escalafón de fijos - discontinuos, los trabajadores podrán solicitar excedencia, cuya duración será desde un año a cinco. Una vez terminado dicho período pasará a ocupar su mismo puesto de trabajo y categoría o escalafón”*.

¹⁷⁰ Precepto el cual se manifiesta en los siguientes términos: *“los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos”*. Aunque, en este sentido cabe destacar que la aplicación de dicho precepto ha quedado temporalmente suspendida, a raíz de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, cuyo artículo 5 establece la suspensión, durante el periodo de los dos años siguientes a la entrada en vigor del mencionado Real Decreto-Ley, de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.5 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores; normativa cuya aplicación, a su vez, ha quedado en suspenso debido a la entrada en vigor del Real Decreto – ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y ello según el artículo 16 de dicho texto legal, el cual establece que *“la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores queda suspendido hasta el 31 de diciembre de 2012”*.

contratos de obra o servicio determinado¹⁷¹, solos o en conjunción con el de eventualidad esencialmente¹⁷².

En efecto, la práctica habitual de un gran número de empresas consiste en emplear a un trabajador mediante una modalidad formativa – ya sea mediante un contrato de prácticas o un contrato formativo –, y encadenando después a través de una sucesión de contratos de carácter temporal, y ello teniendo en cuenta las posibilidades admitidas por los tribunales del deslizamiento de sustituciones.

Los empresarios utilizan multitud de mecanismos de precaución¹⁷³ a fin de neutralizar la posibilidad de contemplar como un trabajador, que en principio es

¹⁷¹ Valorando la reciente Reforma Laboral llevada a cabo, materializada a través de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, es conveniente hacer mención a la intensa modificación que ha sufrido el régimen jurídico del contrato de obra o servicio determinado en el sentido de fijar un período temporal máximo – tres años – a efectos de que el trabajador obtenga la condición de fijo en la empresa, y ello tomando como referencia la duración del contrato de trabajo en sí y en ningún caso la de la obra objeto de ejecución. Por ello, y una vez transcurrido el plazo máximo legal o convencional, si el contrato no se extinguiere se convertirá en indefinido.

Según CAMPS RUIZ, L.: *La reforma laboral en el Real Decreto 10/2010*, Tirant lo Blanch, 2010, página 21, la ley lo establece como efecto automático, sin excepción alguna. No se trata, por tanto, de una presunción *iuris tantum* que admita prueba en contrario, sino de un efecto legal automático o imperativo. Por tanto, entiendo que una vez sobrepasado este límite temporal marcado por la Ley, y en el supuesto de que finalmente el trabajador hubiera adquirido la condición de fijo en la empresa, estaría perfectamente capacitado para solicitar el ejercicio de su derecho de excedencia voluntaria.

¹⁷² Cabe destacar, tal y como ya he comentado anteriormente, que la aplicación de lo dispuesto en el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores queda suspendido hasta el 31 de diciembre de 2012, y ello según el artículo 16 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; modificándose, a su vez, lo dispuesto en tal sentido por el Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto, de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

temporal, adquiere la condición de fijo en la empresa. Dichos mecanismos de precaución se podrían desglosar en base a los siguientes parámetros: **i)** dilatar el tiempo de espera del trabajador durante los treinta meses de referencia, teniendo en cuenta que el mismo no puede oponer resistencia alguna a la inactividad ante la clara perspectiva que tendría a la hora de obtener la correspondiente prestación por desempleo, que por veinticuatro meses de cotización se prolongaría durante ocho meses¹⁷⁴; y, **(ii)** introducir en la cadena contractual un contrato formativo, de relevo y/o interinidad de tal manera que aquélla se mantenga pero su duración rebase el período de referencia.

No obstante lo anterior, es lógico pensar que si la situación contractual del empleado se ajusta a los términos fijados por el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, ostentaría la capacidad suficiente como para poder ejercitar su derecho de excedencia voluntaria, siempre y cuando adquiriera la condición de fijo en la empresa, sin perjuicio de presentar la correspondiente demanda en caso de una posible actuación fraudulenta por parte de la empresa tendente a evitar la obtención de aquella condición.

¹⁷³ OJEDA AVILES, A. y GORELLI HERNÁNDEZ., J.: *Los contratos de trabajo temporales*, Iustel, 2006, páginas 69 y 70.

¹⁷⁴ Siguiendo lo dispuesto en el artículo 210 de la Ley General de la Seguridad Social, a partir de 720 días cotizados se tiene derecho a 240 días de prestación, sin olvidar la cautela contra el abuso de la cadena de contratos ya existente en tal sentido, reflejada esencialmente en el artículo 147 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, el cual afirma que *“cuando la Entidad u Organismo Gestor de las prestaciones por desempleo constate que, en los cuatro años inmediatamente anteriores a una solicitud de prestaciones, el trabajador hubiera percibido prestaciones por finalización de varios contratos temporales con una misma empresa, podrá dirigirse de oficio a la autoridad judicial demandando que el empresario sea declarado responsable del abono de las mismas, salvo de la prestación correspondiente al último contrato temporal, si la reiterada contratación temporal fuera abusiva o fraudulenta, así como la condena al empresario a la devolución a la Entidad Gestora de aquellas prestaciones junto con las cotizaciones correspondientes”*.

De cumplirse todos estos condicionantes, el trabajador adquiriría la condición de fijo en la empresa y, por tanto ya no habría ningún problema en relación con el cumplimiento de la exigencia de antigüedad ya que habría generado el plazo suficiente. Por el contrario, y en el supuesto de que no se dieran los plazos señalados anteriormente, bastaría con que entre contrato y contrato no hubiesen mediado más de veinte días hábiles, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el plazo de caducidad para ejercitar la correspondiente acción de despido, y la relación hubiera transcurrido sin solución de continuidad.

En caso contrario, es decir, cuando los diferentes contratos hayan sido concertados con solución de continuidad, y entre ellos hayan transcurrido más de veinte días hábiles, el cómputo de la antigüedad se reiniciaría partiendo del último contrato temporal concertado, sin olvidar la aplicación de la denominada "*teoría del vínculo*"¹⁷⁵.

Estas son las principales razones por las que no existe razón alguna para limitar la antigüedad, sin que por ello la "*baja voluntaria*" a través de solicitud de excedencia voluntaria en la primera empresa, y su alta seguidamente en la segunda, pueda servir para desvirtuar la antigüedad del trabajador en el grupo que, tal y como ya he dicho antes, es al fin y al cabo la auténtica empresa¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Apoyado en la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, reflejada en sus sentencias de fecha 30 de marzo de 1999 (RJ 1999/4414), 29 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7540), 10 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9731) así como también la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 6 de mayo de 2006 (AS 2007/780).

¹⁷⁶ STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 19 de Junio de 2007 (JUR 2007/311371).

1.1.3. Requisitos adicionales vía convencional.

Por otra parte, también cabe la posibilidad de que la negociación colectiva establezca requisitos adicionales para que el trabajador pueda solicitar una excedencia voluntaria. Un caso característico es el condicionamiento de la solicitud de la excedencia voluntaria a que el trabajador hubiese cometido una determinada infracción, fuera sancionado y todavía no hubiera cumplido aún con la falta impuesta por la Dirección de la Empresa¹⁷⁷. Otro requisito añadido en el ámbito de algunos convenios colectivos, guarda relación con el hecho de que el trabajador hubiese recibido algún tipo de especialización a cargo de la empresa. En este supuesto se establece que la solicitud de la excedencia voluntaria se encuentre subordinada al transcurso de un determinado tiempo mínimo desde la finalización de dicho curso formativo¹⁷⁸.

Esta última limitación a la hora de solicitar excedencias voluntarias encuentra su origen en lo dispuesto por el artículo 21.4 del Estatuto de los Trabajadores, el cual establece que cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha

¹⁷⁷ Nos referimos al artículo 52 f) del XVI convenio colectivo de RTVE, el cual establece que *“no se concederá excedencia voluntaria a quien en el momento de solicitarla estuviese pendiente de cumplimiento de una sanción derivada de la comisión de falta grave o muy grave, o sometido a expediente disciplinario por supuesta infracción de la misma índole, en tanto no se resuelva éste”*.

¹⁷⁸ Es el caso del XVII convenio colectivo de *“Iberia Líneas Aéreas de España, S.A.”* y su personal de tierra, aprobado mediante Resolución de fecha 23 de Julio de 2007, cuyo artículo 251 establece que *“la concesión de excedencias al personal que habiendo sido formado en técnicas altamente cualificadas haya supuesto un coste para la Empresa, estará subordinada al transcurso de dos años, a partir del día siguiente a la finalización de la formación correspondiente, todo ello para compensar a aquélla del desembolso efectuado”*. Se hace referencia expresa al desembolso real efectuado y limita la petición de la excedencia voluntaria al transcurso de un plazo concreto.

proyectos determinados podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa por un tiempo determinado, fijando el límite máximo en dos años.

Ahora bien, coincidiendo con la línea argumental mantenida por ARGÜELLES BLANCO, es evidente que el supuesto que regula el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 21.4 sería de dudosa aplicación a la prohibición establecida por convenio colectivo de solicitar una excedencia voluntaria subordinada al transcurso de un determinado período de tiempo.

El motivo de establecer un pacto de permanencia es evitar que el trabajador que ha recibido una formación específica, cuyo coste ha sido sufragado por la misma empresa, extinga su contrato de trabajo antes de un determinado plazo de tiempo, sin que la empresa pueda beneficiarse de los conocimientos adquiridos por el empleado o, peor aún, que tales conocimientos, al poco tiempo de haber finalizado el curso, sean puestos en bandeja a una empresa del mismo sector o actividad, directa competidora de la empresa de origen. En el caso que nos ocupa, parece oportuno pensar que el pacto de permanencia se encuentra fuera de sus términos estrictos, ya que su finalidad principal es la de evitar que el trabajador proceda a la extinción de su contrato de trabajo y no evitar que lo interrumpa durante un determinado período de tiempo a través de la solicitud de la excedencia voluntaria¹⁷⁹, y más aún teniendo en cuenta que este pacto supone una excepción a la regla general, vigente en nuestro ordenamiento jurídico laboral, de que el

¹⁷⁹ En opinión de ARGÜELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., páginas 235 y 236, aunque se respetase el período máximo de duración de dos años, no se podría impedir el disfrute por el trabajador de la excedencia sino, por aplicación analógica del artículo 21.4 del Estatuto de los Trabajadores, establecer únicamente la necesidad de indemnizar al empresario por los perjuicios que le irroge su decisión. En el mismo sentido, SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: *El pacto de permanencia en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, página 143.

trabajador puede rescindir libremente su relación laboral como consecuencia de la libertad de trabajo reconocida constitucional y legalmente.

En cualquier caso, el empleado que, estando sujeto a un pacto de permanencia con su empresa, desee ejercitar su derecho de excedencia voluntaria, entiendo que debería cumplir con la pertinente cláusula penal e indemnizar así a la empresa con la cantidad pactada entre ambas partes, pero en ningún caso condicionar el disfrute de la excedencia al cumplimiento o no de dicho pacto.¹⁸⁰

Parece cuanto menos discutible que el convenio colectivo pueda limitar el acceso a la excedencia voluntaria por necesidades del servicio o a través del establecimiento de un porcentaje o baremo en relación al número de trabajadores de la empresa que hayan solicitado y estén disfrutando de una excedencia voluntaria, dada la gran amplitud con la que aparece reconocido el derecho en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, salvo que dicha excedencia venga compensada con algún tipo de mejora – como, por ejemplo, otorgando al trabajador un derecho de reingreso automático independientemente de la existencia o no de vacante –. Por respeto a la libertad de las partes en sus respectivos derechos y obligaciones en los pactos sinalagmáticos, la asunción de los mismos en sus acuerdos tienen fuerza de ley y deben cumplirse a tenor de lo dispuesto en los artículos 82.3 del Estatuto de los Trabajadores y 1091 del Código Civil; pero tienen la limitación que las normas convencionales no respeten los mínimos derechos necesarios; ello con carácter general, y concreta y

¹⁸⁰ Tal y como establecen, entre otras, las SSTs de fecha 6 de mayo de 2002 (RJ 2002/7891) y 26 de junio de 2001 (RJ 2001/7795).

específicamente en el ámbito laboral por imperativo del artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores¹⁸¹.

1.1.4. Requisitos para el acceso a más de una excedencia voluntaria.

En último lugar, cabe mencionar que el requisito de antigüedad tan sólo se exige cuando el trabajador solicite su primera excedencia voluntaria. Para acceder a una nueva excedencia voluntaria, el empleado debe cumplir con un segundo requisito. Concretamente, el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores señala que el derecho a la excedencia voluntaria *“sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia”*¹⁸².

Debemos entender, de acuerdo con el tenor literal del artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, que el trabajador tiene derecho a cuantas excedencias voluntarias deseé siempre que cumpla con el plazo de cuatro años de espera a

¹⁸¹ Tal y como expresa la STSJ de la Región de Murcia de fecha 19 de Diciembre de 1995 (AS 1995/4848), el Estatuto de los Trabajadores, con rango de Ley Estatal, circunscribe el derecho de los trabajadores a la excedencia voluntaria a que su antigüedad en la patronal sea superior a un año, por lo que el convenio colectivo que supedita la concesión de una excedencia voluntaria a un determinado baremo o porcentaje de trabajadores que, en ese momento, estén disfrutando de tal situación suspensiva, no se debe considerar un derecho susceptible de ser cuantificable a efectos del conjunto del convenio colectivo de aplicación, y sí, únicamente, que afecta a un derecho individual referido a concretas circunstancias. Por ello, estamos ante un supuesto del mínimo de derecho necesario que ha de resolverse en la interpretación más favorable al trabajador

¹⁸² El artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores encuentra su antecedente en la Ley de Relaciones Laborales de 1976, cuyo artículo 26 exigía *“al menos cuatro años de servicio efectivo a la Empresa”*. La finalidad de esta normativa era, como es lógico, evitar la continua salida y entrada del trabajador en la empresa. A modo de detalle, el período propuesto era de diez años, el cual finalmente se redujo a cuatro, tras un profundo debate en la Comisión de Trabajo de las Cortes Españolas de 1975.

partir del momento en que finalizó la última, de ahí que deban considerarse contrarias a la Ley cuantas previsiones se contengan en las normas sectoriales, limitando a una sola la posibilidad de disfrute de una nueva excedencia voluntaria; pero, por otra parte, debemos tener claro en qué momento este período de espera comienza a computarse: si desde el momento en el que el trabajador excedente voluntario solicita el reingreso en la empresa o desde el momento en el que, en base a la existencia de una vacante de igual o similar categoría, se produce la reincorporación efectiva al puesto de trabajo.

En este caso debo decantarme por la postura más lógica, aquélla que afirma que el trabajador no verá renovado su derecho de volver a solicitar, en un futuro, una nueva excedencia voluntaria en tanto en cuanto no se produzca su reincorporación efectiva a la empresa de origen.

Esta opción es la que mejor se adapta a la realidad jurídica del funcionamiento de la institución. En primer lugar porque el trabajador que solicita el reingreso que no le es concedido por la empresa debido a inexistencia de vacante, continúa en situación de excedencia voluntaria, quedando a la espera de que se produzca dicha vacante. Es ahí donde se activa el derecho expectante del empleado pero teniendo en cuenta que éste sigue estando en situación de excedencia voluntaria.

En segundo lugar, porque sería ilógico pensar que el empleado va a estar parte de esos cuatro años sin realizar ningún tipo de prestación de servicios, esperando a que se produzca una vacante adecuada en la empresa, acumulando período de espera computable.

Y a pesar de que existen determinados autores que opinan que, efectivamente, este período de cuatro años no es imprescindible que sea de pleno trabajo efectivo¹⁸³, considero que se debería matizar tal afirmación y condicionarla al reingreso del trabajador en la empresa. Una vez en ese punto, cabría hablar de falta de prestación efectiva de servicios del trabajador en base a cualquier circunstancia de carácter suspensivo que supusiera una interrupción de los servicios. La prueba de que ese período de cuatro años no tiene porqué ser de prestación efectiva de servicios la encontramos en la redacción del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores en relación con establecido en el artículo 26 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, ya que el Estatuto de los Trabajadores suprimió la exigencia que disponía el artículo 26 de la LRL de que esos cuatro años lo fueran de prestación de servicios efectivos. Con la actual normativa, la necesidad de que los cuatro años transcurran “*desde el final*” de la anterior excedencia, supone el término definitivo de la primera¹⁸⁴.

La Ley de Relaciones Laborales de 1976 exigía que entre la primera excedencia y la siguiente transcurriesen “*al menos*” cuatro años de prestación efectiva de servicios. La nueva redacción contemplada en la Ley del Estatuto de los Trabajadores se encargó de suprimir aquella expresión, aportando una mayor claridad al requisito en cuestión. De ese modo, la norma deja claro que el requisito de los cuatro años únicamente se puede modificar si es para su mejora, o dicho en otras palabras, para reducir el lapso de tiempo que tiene que pasar entre la terminación de la primera excedencia y la siguiente. Es por ello que determinados convenios colectivos consideran suficiente el transcurso de un lapso de tiempo

¹⁸³ VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., página 113.

¹⁸⁴ Tal y como afirma PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcional*, op. cit., página 318.

inferior al marcado por la norma legal, para poder disfrutar otra vez de una excedencia voluntaria¹⁸⁵.

Otra cuestión a tratar en relación con el conflicto interpretativo que plantea el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores es el referente a la omisión del calificativo referido a la excedencia previamente disfrutada. Las dudas aparecen porque no se sabe muy bien si dicho plazo de cuatro años debe ser respetado en relación con cualquier modalidad de excedencia o si, por el contrario, únicamente se refiere a la excedencia voluntaria. La lógica sugiere que dicho requisito sólo existe cuando se trata de suceder a una excedencia voluntaria y no a otra distinta, como bien pudiera ser una excedencia forzosa, por cuidado de hijos o por ejercicio de funciones sindicales¹⁸⁶.

En relación al tratamiento singular que determinados convenios colectivos otorgan al lapso de tiempo que debe transcurrir entre el final de una excedencia voluntaria y el inicio de la siguiente, cabe destacar la existencia de determinadas

¹⁸⁵ Es el caso del convenio colectivo de empresa de “*Clínica Virgen Blanca, S.A.*”, aprobado mediante Resolución de fecha 6 de septiembre de 2005, cuyo artículo 14 establece que “*para acogerse a otra excedencia voluntaria, el trabajador deberá cubrir un nuevo periodo de al menos cuatro años de servicio efectivo en la empresa, salvo en el caso de que la excedencia se hubiera solicitado por un periodo inferior a los cinco años, pudiéndose solicitar un nuevo periodo de excedencia sin cumplir los cuatro años de trabajo efectivo, siempre y cuando la suma de los periodos de excedencia solicitado no superen, sumados, los cinco años*”. En el mismo sentido encontramos el convenio colectivo de “*Remolcadores Nosa Terra, S.A.*”, publicado en el B.O.E. en fecha 5 de junio de 2006, cuyo artículo 14.1 establece que “*el excedente, una vez incorporado a la empresa, no podrá solicitar una nueva excedencia hasta que no hayan transcurrido al menos un año de servicio activo en la empresa, desde la finalización de aquella*”. Otro ejemplo significativo lo encontramos en el artículo 13.2 del convenio colectivo para las Industrias de Alimentos Compuestos para Animales de 2008, el cual dispone que “*para acogerse a otra excedencia voluntaria el trabajador deberá cubrir un nuevo período de al menos dos años de servicio efectivo en la empresa*”. Especial interés supone la exigencia de que esos dos años transcurridos entre ambas excedencias lo sean de servicio efectivo cuando la norma estatutaria no lo exige.

¹⁸⁶ ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 282.

previsiones que establecen una especie de correlación entre la duración de la excedencia voluntaria disfrutada y el lapso de tiempo que deba transcurrir para tener nuevamente el derecho de solicitar una nueva. En este sentido, destacar el convenio colectivo de la Empresa Nacional de Electricidad (ENDESA) de 1991, donde se señalaba que el trabajador debería cubrir un nuevo período de, al menos, el tiempo de excedencia disfrutado anteriormente. Resultaba que si ese período hubiera sido de tres o cuatro años sí que respetaría los límites de duración máxima establecido por el Estatuto de los Trabajadores en relación al lapso de tiempo entre una excedencia y la siguiente, pero si, por el contrario, ese período hubiera sido de cinco años, nos encontraríamos ante un conflicto de normas que supondría una restricción ilegítima respecto del régimen estatutario.

1.2. El sujeto titular del derecho.

La excedencia voluntaria es una institución jurídica que viene configurada como un derecho que forma parte de la esfera jurídica del trabajador. El problema viene dado cuando nos planteamos la siguiente pregunta: ¿quiénes son realmente sus titulares?

Con el objeto de delimitar de una manera correcta el ámbito de aplicación del concepto es necesario definir con claridad quienes pueden ser los beneficiarios de la excedencia voluntaria. Hace ya tiempo que los puntos de conflicto son los mismos. Queda claro que el trabajador regido por la legislación laboral común se encuentra dentro del ámbito de aplicación y, por ende, también es evidente que los trabajos excluidos expresamente por la Ley del Estatuto de los Trabajadores no gozan de los beneficios de dicha figura suspensiva. Más discutible aún sería incluir la figura de los trabajadores que prestasen servicios en una empresa a través de un

contrato de carácter temporal o, en su caso, con algún tipo de particularidad especial en su vínculo contractual.

Otro dilema importante aparece cuando nos referimos a los trabajadores que se encuentran subordinados al empresario a través de una relación laboral de carácter especial. En este sentido, y al objeto de conocer bajo qué condiciones va a quedar configurada la relación contractual así como también los derechos ostentados por el empleado que desee solicitar una excedencia voluntaria, debemos atenernos a la normativa de carácter especial que regula todas y cada una de dichas relaciones y, de manera supletoria o expresa, a lo establecido en tal sentido por el propio Estatuto de los Trabajadores.

En definitiva, y teniendo en cuenta lo anterior, hay determinados grupos de trabajadores sobre los que hay serias dudas acerca de la aplicación o no del régimen jurídico de la excedencia voluntaria.

El sujeto que tiene el derecho a la excedencia voluntaria es, de manera general, el trabajador cuya relación contractual se encuentra dentro de los parámetros legales dispuestos por la norma Estatutaria, más concretamente en base a lo establecido en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores “*la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario*”¹⁸⁷. Es decir,

¹⁸⁷ Anteriormente a la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores no existía ninguna norma que aportara una definición formal de trabajador por cuenta ajena. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, op. cit., página 108 entendió por concepto trabajador “*a aquéllos que presten sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de un empresario y sometidos a un contrato de trabajo*”. Asimismo, en su obra también hace referencia a otra definición, aportada por

el campo subjetivo de aplicación del texto estatutario se especifica en su artículo 1.1 y por ello, en consecuencia, serán receptores de las previsiones estatutarias sobre la excedencia voluntaria. Pero al ámbito de aplicación ha de sumarse lo dispuesto en el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores, referido a las relaciones de trabajo excluidas del ámbito de aplicación de la normativa laboral y el artículo 2.1 del Estatuto de los Trabajadores, referido a las relaciones laborales de carácter especial. La siguiente cuestión a tratar sería si la excedencia voluntaria cabe en cualquier modalidad contractual o si, por el contrario, se encuentra limitada a unas pocas y concretas.

1.3. Relaciones Laborales de carácter especial.

La dificultad de determinar cuáles son los trabajadores que tienen derecho a ejercitar su derecho de excedencia voluntaria se complica un poco más cuando entran en juego ciertos supuestos conflictivos relacionados con relaciones laborales de carácter especial.

No hay ninguna duda acerca del carácter laboral de dichas relaciones especiales, si bien es cierto que todas ellas poseen aspectos propios que las diferencian de las relaciones de trabajo de carácter ordinario. Las características esenciales de estas relaciones no están sometidas al Estatuto de los Trabajadores sin perjuicio de que, en determinadas materias no reguladas por sus correspondientes desarrollos reglamentarios, se aplique, por defecto, la norma estatutaria. No hay que olvidar que la Disposición Adicional Segunda del Estatuto

RODRÍGUEZ - PIÑERO, el cual afirmó que *“trabajador es la persona física que voluntariamente asume la obligación jurídica privada de trabajar mediante remuneración por cuenta y bajo la dependencia de otro”*.

de los Trabajadores estableció que era misión del Gobierno el regular el régimen jurídico de estas relaciones especiales.

A modo de introducción, cabe puntualizar que todas y cada una de dichas relaciones laborales de carácter especial han sido reguladas por sus correspondientes reglamentos de desarrollo.

Para una mejor comprensión, podríamos agrupar las diferentes relaciones especiales en **cinco grupos**:

- El primero de ellos englobaría a aquéllas relaciones especiales en las que se confirma el carácter de derecho supletorio del Estatuto de los Trabajadores en lo no previsto por el Reglamento de desarrollo, siempre que sea compatible con la propia naturaleza de la relación especial que se trate, tal y como sería el caso de la Relación Laboral de carácter Especial de los Empleados de Hogar (RD 1620/2011, de 14 de noviembre), de los Deportistas Profesionales (RD 1006/85, de 26 de junio), de los Artistas en Espectáculos Públicos (RD 1435/1985, de 1 de agosto) y de los Estibadores Portuarios (RDL 2/1986, de 23 de mayo y RD 371/1987, de 13 de marzo).
- El segundo de ellos giraría en torno a aquellas relaciones especiales en las que la aplicación de los preceptos del Estatuto de los Trabajadores, en general, y por consiguiente, los referentes a la materia de excedencia, en particular, requieren de una remisión expresa de la norma reglamentaria, supuesto plenamente aplicable a la Relación laboral especial de Alta Dirección (RD 1382/1985, de 1 de agosto) y de los Penados en Instituciones Penitenciarias (Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre y RD 782/2001, de 6 de julio, el cual regula la relación laboral de los penados

que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección a la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad).

- El tercero de los grupos, el referente a las relaciones especiales que reconocen expresamente que el contrato podrá “*suspenderse*” en los supuestos previstos en el artículo 45 y ss. del Estatuto de los Trabajadores, donde se incluye, por analogía, el supuesto de excedencia voluntaria - si nos atenemos a aplicar la doctrina mayoritaria que opina que estamos ante una auténtica suspensión del contrato de trabajo, a pesar de que sea una institución que no venga regulada expresamente en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, artículo enumerador de las causas suspensivas, ni tampoco su utilización venga aparejada de una reserva automática de un puesto de trabajo en la empresa –, como es el caso de la relación laboral de carácter especial de minusválidos que prestan sus servicios en los centros especiales de empleo (RD 1368/1985, de 17 de julio) y del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares (RD 2205/1980, de 13 de junio).
- En cuarto lugar, aquel Reglamento de desarrollo que regula expresamente la posibilidad del trabajador de colocarse en situación de excedencia voluntaria, llegando incluso a diseñar y matizar el régimen jurídico básico de la institución, como es el caso del RD 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivo.
- Y, por último, y en quinto lugar, el Reglamento que niega al empleado ejercitar su derecho de excedencia voluntaria, tal y como establece el RD

1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.

Una vez tenemos claro la base jurídica sobre la cual se estructura el funcionamiento de estas relaciones laborales de carácter especial, pasamos a analizar con detalle cada una de ellas, centrándonos a continuación en un primer grupo de relaciones laborales de carácter especial, en las que el Estatuto de los Trabajadores se aplicará como derecho supletorio en todo aquello no regulado por el Reglamento de desarrollo que aplique.

1.3.1. Primer grupo.

La **relación laboral especial de los Empleados de Hogar** fundamentalmente basada en la confianza mutua de las partes contratantes. En esta clase de relación los preceptos contenidos en el Estatuto de los Trabajadores actúan como derecho supletorio, de tal manera que su contenido jurídicos sería plenamente aplicable siempre y cuando fuera compatible con la esencia de la norma reglamentaria objeto de aplicación, y ello en base a lo dispuesto en el artículo 3 del Real Decreto en cuestión, el cual enumera las fuentes de la relación laboral que serán aplicables, con carácter supletorio, a los preceptos contenidos en el Real Decreto¹⁸⁸. Con dicha afirmación, la pregunta que se nos plantea es ¿cómo

¹⁸⁸ Los derechos y obligaciones concernientes a esta relación laboral de carácter especial se regularán: (i) por las disposiciones de este Real Decreto; (ii) con carácter supletorio, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación, será de aplicación la normativa laboral común. Expresamente no será de aplicación el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores; (iii) por los convenios colectivos; (iv) por la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, que habrá de respetar lo establecido en las disposiciones legales y en los convenios colectivos; y, (v), por los usos y costumbres locales y profesionales.

saber con certeza en qué casos la norma estatutaria que se pretende aplicar es compatible con la esencia de lo establecido en el Reglamento aplicable a cada caso? Lo que en teoría parece fácil casi siempre resulta difícil de aplicar en la práctica.

En nuestro caso concreto, resulta difícil de asimilar la compatibilidad de una excedencia voluntaria con una relación laboral especial cuyo principal apoyo radica en la existencia de una entera confianza entre ambas partes. Por otro lado, la reincorporación del trabajador excedente se convierte en una posibilidad verdaderamente remota, ya sea por razón de que el empleador haya encontrado a otra persona que le proporciona la confianza suficiente para ocupar, de manera indefinida, el puesto de trabajo, o sencillamente porque el empleador decida que no tiene necesidad de contratar a nadie en ese momento.

En el anterior Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, se hacía una referencia expresa a la posibilidad de suspender la relación contractual del empleado de hogar, supuesto que queda reflejado en el artículo 8.3 RD, limitándose a reconocer el derecho del trabajador interno, en caso de incapacidad temporal, a permanecer alojado en el domicilio un mínimo de treinta días, salvo que por prescripción facultativa se recomendase su hospitalización. Por el contrario, en el actual Real Decreto 1620/2011, no se contempla supuesto alguno en materia de suspensión contractual.

Otro tema a tratar sería el relacionado con la duración del contrato de trabajo puesto que la relación laboral especial del empleado de hogar se caracteriza por su temporalidad, a pesar de que el artículo 5.2 disponga que *“en defecto de pacto escrito, el contrato de trabajo se presumirá concertado por tiempo indefinido y a jornada completa cuando su duración sea superior a cuatro*

semanas, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios” en concordancia con lo establecido en el artículo 6.1 el cual afirma que “el contrato podrá celebrarse por tiempo indefinido o por una duración determinada, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo”.

Por tanto, estaríamos ante una relación laboral especial en la que si cabría aplicar la excedencia voluntaria contemplada en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, pero siempre ateniéndonos a la posibilidad legal conferida al empresario a la hora de desistir del contrato de trabajo, facultad otorgada por el artículo 11.3 RD, siempre y cuando el empleador cumpliera con una serie de requisitos mínimos, tales como que la comunicación de desistimiento se formalizase por escrito, constanding, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral¹⁸⁹.

La viabilidad jurídica de ejercitar el derecho a la excedencia voluntaria es completamente posible, aunque lo cierto es que no parece que en la práctica vaya a ser una figura muy utilizada.

Resulta difícilmente sostenible el ejercicio del derecho a la excedencia voluntaria en esta relación especial en los términos en los que aparece regulado el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, ya que la posibilidad de desistimiento conferida a la empresa parece limitar sobremanera el derecho, convirtiéndolo en

¹⁸⁹ Asimismo, y en el caso de que la prestación de servicios hubiera superado la duración de un año, el empleador deberá conceder un plazo de preaviso, cuya duración, habría de ser, como mínimo, de veinte días, siendo en los demás supuestos de siete días. Adicionalmente, el empleador, en el momento en que comunicase la extinción del contrato de trabajo al empleado de hogar, vendría obligado a poner a su disposición una indemnización – abonada íntegramente en metálico – en cuantía equivalente al salario correspondiente a doce días naturales por año de servicio, con el límite de seis mensualidades.

irreal. La excedencia voluntaria no parece que sea un derecho al que fácilmente puedan acogerse, en algunos casos, los trabajadores sometidos a dicho régimen especial¹⁹⁰.

En cuanto a la **relación laboral especial de los deportistas profesionales** y la aplicabilidad o no de la institución jurídica de la excedencia voluntaria, los problemas vuelven a ser más o menos los mismos.

Efectivamente, la aplicación del Estatuto de los Trabajadores como derecho supletorio vuelve a quedar patente con la remisión expresa realizada por el artículo 21 RD cuando afirma que *“en lo no regulado por el presente Real Decreto serán de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y las demás normas laborales de general aplicación, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los deportistas profesionales”*. En el mismo sentido, el artículo 12 establece que *“El contrato de trabajo podrá suspenderse por las causas y con los efectos previstos en el Estatuto de los Trabajadores”*. Ciertamente, esta es una norma sobre suspensión y se entiende que se está refiriendo a la sección tercera sobre *“Suspensión del contrato”*, aplicándose por analogía lo dispuesto en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores en materia de suspensión del contrato de trabajo y llevando a la conclusión de que sería perfectamente viable la aplicación, en este tipo de casos, de situaciones de excedencia voluntaria¹⁹¹.

¹⁹⁰ PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial, op. cit.*, página 247.

¹⁹¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo, op. cit.*, página 45.

Al contrario de lo que piensan determinados autores¹⁹², opino que es necesario distinguir entre el contenido jurídico de un precepto que ofrece al trabajador la opción de ejercitar un derecho y la viabilidad práctica de llevar a cabo el ejercicio de dicho derecho.

En este supuesto, nadie puede negar que el deportista profesional, si nos atenemos a lo dispuesto en el Real Decreto que regula su actividad, está perfectamente capacitado para ejercer su derecho a situarse en excedencia voluntaria. Pero hay que tener en cuenta las limitaciones que tienen las personas que se dedican a la práctica profesional de un deporte. La temporalidad del contrato¹⁹³ es un factor que juega en contra del deportista que desea disfrutar de una excedencia voluntaria, así como también el hecho de que la cesación de servicios por parte del trabajador – un deportista profesional – supondría una disminución importante de su capacidad física y mental para el ejercicio de la actividad deportiva que se tratase dificultando notablemente su reincorporación, ya que sus condiciones para la práctica del deporte profesional (en este caso recordemos, estamos hablando de una actividad deportiva de élite ejecutada al más alto nivel), quedarían reducidas a la mínima expresión y, por tanto, su reingreso no sería factible para el empleador.

¹⁹² Tanto SALA FRANCO, T., “Deportistas profesionales”, *Actualidad Laboral*, 1985, núm. 41, página 2.043 como RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, página 36, opinan que la relación laboral especial de los deportistas profesionales no es incompatible con la regulación del Estatuto de los Trabajadores ya que la finalidad del Real Decreto es regular especialmente aquellos aspectos de la relación laboral que resulten incompatibles con la normativa laboral común.

¹⁹³ En referencia a lo establecido en el artículo 6 RD 1006/85, de 26 de junio, el cual afirma que “*la relación laboral especial de los deportistas profesionales será siempre de duración determinada, pudiendo producirse la contratación por tiempo cierto o para la realización de un número de actuaciones deportivas que constituyan en conjunto una unidad claramente determinable o identificable en el ámbito de la correspondiente práctica deportiva*”.

Dicho esto, no hay que olvidar que el período de rendimiento activo de un deportista suele ser muy inferior al de un trabajador ordinario – e incluso al de otros trabajadores de relación especial –, elemento que dificulta, aún más si cabe, la admisión de la excedencia voluntaria en esta relación laboral de carácter especial¹⁹⁴.

Muy interesante la doctrina aportada por SAGARDOY BENGOCHEA y GUERRERO OSTOLAZA¹⁹⁵, en el supuesto de prestación de servicios a un equipo rival por parte del deportista profesional. En este sentido, parece que la práctica temporal del deporte para otra entidad únicamente debiera encontrar fundamento en el artículo 11 RD de aplicación, en base al cual el deportista profesional permanece vinculado al club cedente. Ambos autores afirman que, técnicamente hablando, estamos en presencia de una suspensión del contrato de trabajo o, dicho en otras palabras, de una excedencia especial, originada de mutuo acuerdo. Esta cesión debe ser consentida por el club o entidad deportiva cuando a lo largo de toda una temporada no hayan sido utilizados los servicios del deportista para participar en competición oficial ante el público. Y esto se convierte en una posible vía de escape ya que adapta completamente la funcionalidad de la figura de la excedencia con la regulación de la relación especial.

Considero que los términos en los que se basa el Real Decreto de aplicación son incorrectos debido al carácter supletorio que rige su funcionamiento en relación con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores.

¹⁹⁴ ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 190.

¹⁹⁵ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GUERRERO OSTOLAZA, J.M., “El contrato de trabajo del deportista profesional”, *Estudios de Derecho Laboral*, Civitas, Madrid, 1991, página 84 y 85.

El carácter tan singular de este tipo de relaciones laborales de carácter especial dificulta en exceso una aplicación supletoria total de la norma estatutaria en todas aquellas materias que el Decreto de desarrollo no contemple. Hay que adaptarse a las circunstancias peculiares del deportista profesional y entender que un trabajador sujeto a unas condiciones laborales tan especiales se encuentra realmente limitado al objeto de solicitar una excedencia voluntaria. La imposibilidad práctica del ejercicio de este derecho es una circunstancia que viene implícita en la profesión. Esta idea no hace sino corroborar la dificultad práctica que tienen estos trabajadores para colocarse en situación de excedencia voluntaria en relación con la más que posible pérdida de facultades que los deportistas sufren con las consiguientes dificultades sobrevenidas, tales como una disminución del rendimiento, pérdidas de facultades que fueron consideradas esenciales y tomadas en consideración por el empresario para efectuar la contratación, etc., en el caso de un posterior restablecimiento de la relación laboral¹⁹⁶.

Otra relación laboral de carácter especial cuya normativa regula la posibilidad de aplicar como derecho supletorio el Estatuto de los Trabajadores en el caso de que el supuesto legal no venga contemplado en el propio Reglamento de desarrollo¹⁹⁷ es la relativa a los **artistas en espectáculos públicos**. El artículo 5 RD es claro al respecto cuando establece, como regla general, que la relación contractual tiene una duración determinada, pudiendo ser para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por el tiempo que una obra

¹⁹⁶ RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L.: “La regulación de la Excedencia Voluntaria, desde la Ley y el Convenio. Algunos problemas conceptuales”, *op. cit.*, página 229.

¹⁹⁷ Tal y como establece el artículo 12 RD Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, el cual afirma que “*en lo no regulado por el presente Real Decreto será de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y las demás normas laborales de general aplicación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los artistas en espectáculos públicos*”.

permanezca en cartel pudiendo acordarse prorrogas sucesivas de los contratos de duración determinada, salvo que se incurriese en fraude de ley, aunque también regula la posibilidad de concertar contratos de duración indefinida. Entiendo que, en el primero de los casos, la dificultad de ejercitar el derecho a la excedencia voluntaria es notable, ya que las características propias de la relación contractual no coordinan de manera adecuada con las propias de la excedencia voluntaria¹⁹⁸.

Carece de toda lógica que un artista que, por ejemplo, está actuando en una determinada obra o realizando una determinada gira, solicite una excedencia voluntaria y, al cabo del tiempo, pretenda el reingreso en una obra que, seguramente ya no se encuentra en cartel y, por tanto, los servicios del trabajador son objetivamente prescindibles¹⁹⁹. Otra dificultad añadida a la posibilidad de ejercicio de excedencia voluntaria sería el hecho de que el trabajador hubiera acordado con el empresario un pacto de plena dedicación, el cual no podría ser rescindido por el artista durante la vigencia del contrato. El artículo 6.4 RD establece que, en el caso de que el artista tenga intención de romper dicho pacto, *“el empresario tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios, cuya cuantía, salvo expresa previsión en el contrato, será fijada por el órgano judicial competente, valorando factores como el tiempo de duración previsto para el pacto, la cuantía de la compensación percibida por el artista, y, en general, la lesión producida por el incumplimiento contractual”*. En este supuesto, el ejercicio de una excedencia voluntaria no tendría mucha utilidad, ya que impediría al empleado prestar servicios en otra empresa y, por ende, aumentar sus expectativas profesionales. Como dato complementario, cabría destacar que la ruptura del pacto, además de los efectos indemnizatorios a los que se refiere el

¹⁹⁸ PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial*, op. cit., página 247.

¹⁹⁹ En el mismo sentido, RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 38.

precepto, implica la extinción del contrato, no pudiendo el artista pretender que siga con vigencia éste y no el pacto de exclusiva dedicación que lo acompaña²⁰⁰.

La última relación laboral de carácter especial en la que el Estatuto de los Trabajadores encuentra su aplicación actuando como derecho supletorio de la misma²⁰¹ es la referida a los **estibadores portuarios**, esto es, aquellas personas cuya función principal se centra en las actividades de estiba y desestiba de buques en los puertos de interés general, los cuales, y según el artículo 1.1 RDL, constituyen un servicio público esencial de titularidad estatal.

En este caso, y ateniendo a lo establecido en el artículo 14 RDL, la duración del contrato únicamente podrá tener carácter indefinido, característica que, sin duda, facilitaría mucho las cosas de cara a ejercitar el derecho a la excedencia voluntaria, siempre que se cumpla con el requisito esencial de ostentar un año de antigüedad en la empresa. Este régimen jurídico se desarrolla en el Real Decreto 371/1987, de 13 de marzo, el cual confirma el carácter supletorio del Estatuto de los Trabajadores para todos aquellos conflictos no regulados por el Reglamento, además de incidir en el efectivo ejercicio del derecho de excedencia voluntaria cuando dispone, en su artículo 14, que a fin de que cada Sociedad Estatal pueda conocer de cuántos trabajadores dispone en cada momento para ser proporcionados a las Empresas estibadoras, en caso de suspensión de su contrato

²⁰⁰ DURÁN LÓPEZ, “La relación laboral especial de los artistas”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1986, página 234.

²⁰¹ Nos remitimos a lo establecido en el artículo 19 RD de aplicación, cuando dice que “*en lo no regulado por la presente norma será de aplicación el Estatuto de los Trabajadores y las demás normas laborales de general aplicación, en cuanto sean compatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los estibadores portuarios*”. Por tanto, se entendería aplicable la regulación del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores.

de trabajo por cualquiera de las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores, éstos pondrán dicha situación en su conocimiento. Resaltar que esta comunicación debe tener lugar, en todo caso, antes de producirse el llamamiento.

Por tanto, únicamente en el supuesto de que el trabajador esté vinculado a la Sociedad Estatal en espera de su llamamiento, o en su caso, recibiendo los cursos de formación que ésta debe impartirle, podrá solicitar el acceso a la situación de excedencia voluntaria. Una vez finaliza la excedencia y solicitado el reingreso a dicha Sociedad Estatal, en caso de que no exista vacante apropiada en ese momento, estará obligada a reincorporarlo, antes de contratar nuevos trabajadores²⁰².

1.3.2. Segundo grupo.

Dentro de las relaciones laborales de carácter especial, existe un segundo grupo que engloba a los reglamentos de desarrollo que exigen la existencia de un pacto o remisión expresa en el contenido del contrato de trabajo a fin de poder aplicar lo establecido en la norma estatutaria y, por ende, ejercitar el derecho a la excedencia voluntaria.

En esta línea jurídica se sitúa la **relación laboral especial de alta dirección** tiene su fundamento en el artículo 2 RD 1382/85, de 1 de agosto, el cual establece que *“la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe”*. En esta ocasión, el artículo 3 RD es el que ejerce como límite e impide la aplicación del Estatuto de

²⁰² LOZANO ROMERAL, D.: “La relación laboral especial de los estibadores portuarios”, *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1987, página 11.

los Trabajadores como norma supletoria, al establecer que *“los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, entendiendo que las demás normas de la legislación laboral común, incluido el Estatuto de los Trabajadores, solo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto, o así se haga constar especialmente en el contrato”*.

Por tanto, el contenido jurídico del Estatuto de los Trabajadores carece de incidencia o importancia a menos que las partes lo estipulen expresamente en el contrato de trabajo. Bien es cierto que el artículo 15.2 RD establece que *“el contrato podrá suspenderse, con los efectos y para los casos previstos por el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores”*, pero entiendo que la excedencia voluntaria escapa del ámbito de aplicación del precepto debido a la mención directa y expresa realizada que afecta única y exclusivamente al artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores.

La excedencia voluntaria no se puede entender incluida dentro de dicho precepto legal. No sería posible el reconocimiento, con carácter general, del derecho del alto directivo a la excedencia voluntaria sin perjuicio de que, en base al principio de autonomía de la voluntad de las partes, pudiera establecerse un acuerdo entre empresario y trabajador respecto al disfrute de la excedencia voluntaria, pudiendo regularse las causas y los efectos de la misma a través del contrato o por pacto posterior²⁰³.

Estamos nuevamente ante una relación en la que el marco de confianza que se genera entre las partes es considerable. Este amplio grado de confianza mutua

²⁰³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit, página 46.

es lo que dificulta el ejercicio de una excedencia voluntaria, pues, una vez finalizada ésta, se hace complicado pensar que el trabajador pueda ejercitar un derecho preferente a ser incorporado de nuevo como personal de confianza.

Así pues, en principio y a salvo de las dos excepciones anteriormente comentadas, el alto cargo no tiene reconocida la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria. Además de ello, el artículo 15 RD sólo reconoce el derecho a la suspensión ciñéndose exclusivamente a lo previsto en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores²⁰⁴. No existe ninguna referencia a la excedencia voluntaria y tampoco podría entenderse incluida dentro de dicho precepto al tener su propia estructura e identidad jurídica²⁰⁵. A pesar de compartir muchos elementos que le podrían asemejar a la naturaleza suspensiva que sugiere el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, nunca podría equipararse a ella. La voluntad del empresario es esencial para que el ejercicio del derecho sea efectivo, ya que el nacimiento del mismo tiene su origen, exclusivamente, en el principio de autonomía de la voluntad de las partes.

A todo esto, tampoco hay que olvidar la capacidad que tiene el empresario de desistir de la relación de trabajo de Alta Dirección en cualquier momento, a raíz de lo establecido en el artículo 11.1 RD, teniendo en cuenta que esta posibilidad no siempre es fácil llevarla a cabo puesto que, generalmente, los Altos Directivos suelen estar blindados con cláusulas de indemnización cuyas cuantías, en la mayoría de los casos, son considerablemente elevadas.

²⁰⁴ RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L.: “La regulación de la Excedencia Voluntaria, desde la Ley y el Convenio. Algunos problemas conceptuales”, *op. cit.*, páginas 223 y 224.

²⁰⁵ En el mismo sentido, ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, *op. cit.*, página 180; y RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., “La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/1985”, *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1988, página 10.

También hay que resaltar lo establecido en el artículo 8.1 RD, cuando impone al alto directivo la prohibición de celebrar contratos de trabajo con otras compañías salvo que reciba una autorización expresa por parte del empresario o exista un pacto expreso en contrario. La excedencia voluntaria supone un medio al trabajador para poder desarrollar su carrera profesional en otros ámbitos, y por tanto, esta prohibición limita en gran medida la finalidad implícita en la excedencia voluntaria²⁰⁶.

Otra relación laboral de carácter especial en la que el principio de autonomía de la voluntad de las partes prima sobre cualquier otro, en el sentido de aplicar los preceptos legales regulados por la norma estatutaria únicamente cuando exista una remisión expresa, ya sea en la norma reglamentaria de desarrollo o, en su caso, en el propio contrato²⁰⁷ acordado por ambas partes, es la correspondiente a los **penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios**.

²⁰⁶ En el mismo sentido, ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 183 e IGLESIAS CABERO, M.: “Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto)”, *Estudios de Derecho Laboral*, Civitas, Madrid, 1991, página 84. En opinión de ambos autores, “*el empresario debe ser consciente del riesgo que asume al poner en manos de otra persona todo su negocio y una capacidad de gestión y de maniobra tan amplios, lo que justifica que la quiebra de la confianza depositada, aun en el grado más leve, sea causa suficiente para romper el nexo causal*”.

²⁰⁷ El artículo 1.4 del Real Decreto 782/2001 de 6 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad, es muy claro al respecto cuando establece que “*la relación laboral especial penitenciaria se regula por lo dispuesto en este Real Decreto. Las demás normas de la legislación laboral común, incluido el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, sólo serán aplicables en los casos en que se produzca una remisión expresa desde este Real Decreto o la normativa de desarrollo*”.

Por otra parte, la norma de desarrollo es explícita cuando, a través del artículo 9, realiza una enumeración taxativa de los supuestos en los que la relación contractual del trabajador penitenciario puede entenderse suspendida, entre los cuales no se encuentra incluida la causa de excedencia voluntaria. Todo lo dicho, unido a la singularidad jurídica que rodea a esta relación contractual, en relación al entorno en el que la prestación de servicios tiene lugar, las condiciones de trabajo en las que se realiza y la estricta normativa interna de los establecimientos penitenciarios, es evidente que las posibilidades que tiene el trabajador para ejercer el derecho a la excedencia voluntaria son nulas. La singular situación de privación de libertad en la que se encuentra este colectivo limita mucho sus opciones laborales. Limitaciones derivadas, esencialmente, del contenido del fallo condenatorio, del sentido de la pena y de la ya mencionada anteriormente Ley Penitenciaria²⁰⁸.

Comparto la opinión de una línea doctrinal que sugiere que sería más exacto considerar el trabajo de los penados, no como una relación laboral de carácter especial, sino como una situación asimilada a la relación laboral por razones de política penitenciaria²⁰⁹. En conclusión, parece claro que, técnicamente, resulta muy complicado que un trabajador de este tipo pueda gozar del beneficio de la excedencia voluntaria.

²⁰⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La relación laboral de los penados en instituciones penitenciarias”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, 1987, página 20.

²⁰⁹ ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 184.

1.3.3. Tercer grupo.

Acto seguido, diferenciaríamos un tercer grupo de relaciones laborales de carácter especial, en las que el derecho laboral del trabajador a ejercitar la excedencia voluntaria viene reconocido en la misma norma de desarrollo.

La primera de ellas sería la relativa a los **minusválidos que trabajen en centros especiales de empleo**. El artículo 17 de la norma es clarificador, cuando afirma que *“el contrato de trabajo podrá suspenderse en los supuestos previstos en el artículo 45 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores”*. Por tanto, considero que no habría ningún problema para que estos trabajadores tuvieran el derecho de acceder a una excedencia voluntaria ya que, en base al contenido del artículo, el ámbito de aplicación de la suspensión abarcaría la totalidad de la Sección Tercera del Estatuto de los Trabajadores, correspondiente a la suspensión del contrato de trabajo.

La segunda relación laboral de carácter especial que se encuentra dentro de este tercer grupo es la relacionada con el **personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares**. Expresamente, el artículo 47 RD de aplicación establece una regulación sobre la excedencia voluntaria similar a la contenida en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, con importantes especialidades que deben ser tenidas en cuenta, como por ejemplo que los trabajadores con al menos un año de servicio efectivo en la empresa, tendrá derecho a solicitar la excedencia voluntaria por un plazo no inferior a dos años ni superior a cinco pero pudiendo únicamente prorrogarse la concedida por menos de cinco años hasta alcanzar este tope máximo.

La tercera relación laboral de carácter especial que nos encontraríamos sería la relativa a los **representantes de comercio**, es decir, aquellas personas que interviniesen en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir riesgo ni ventura en aquéllas.

Nuevamente, la aplicación del régimen de suspensión del contrato de trabajo regulada en el Estatuto de los Trabajadores es totalmente viable, siempre y cuando no contradigan lo establecido en la norma reglamentaria, tal y como dispone el artículo 10.1. Ha de tenerse en cuenta que los contratos de este tipo pueden ser tanto indefinidos como temporales, teniendo éstos últimos una duración máxima de tres años. Entiendo que en los contratos de duración indefinida deben ser de aplicación las normas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, mientras que respecto a los contratos de duración determinada, la problemática estribaría en el cumplimiento o no de los requisitos establecidos por la norma estatutaria para la excedencia voluntaria²¹⁰.

1.3.4. Cuarto grupo.

En cuarto lugar, deberíamos distinguir otro grupo de relaciones laborales de carácter especial, cuyo desarrollo reglamentario efectivamente recoge expresamente la posibilidad de situarse en situación de excedencia voluntaria, profundizando y regulando el régimen jurídico de la institución a fin de adaptarlo a las circunstancias particulares del colectivo profesional objeto de regulación.

²¹⁰ Opinión mantenida por RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 38. En el mismo sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 44.

Ese sería el caso, por ejemplo, del RD 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la **relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados**, cuyo artículo 20.1 establece que *“El contrato de trabajo especial que se regula en este Real Decreto se suspenderá por las causas y con los efectos previstos en el artículo 45 y siguientes de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En caso de excedencia voluntaria, el abogado que durante la misma ejerza la profesión en otro despacho, sin la correspondiente autorización, perderá el derecho al reingreso, lo que determinará la extinción del contrato de trabajo”*.

Por tanto, de la literalidad de dicho texto, se extraen una serie de interpretaciones sobre las cuales considero convenientes realizar una serie de matizaciones.

La primera de ellas haría referencia a un reconocimiento expreso, por parte de la disposición reglamentaria, del derecho que tiene todo abogado que se pudiera entender incluido dentro del ámbito de aplicación de la norma, a ejercitar su derecho de excedencia voluntaria, mediante el cauce legal mínimo diseñado por el Estatuto de los Trabajadores, tanto en su vertiente formal como material. Nos encontramos ante el primer Real Decreto, regulador de una relación laboral de carácter especial, que ofrece al trabajador la opción de colocarse en situación de excedencia voluntaria, y ello resulta, cuanto menos, novedoso, analizados los antecedentes en tal sentido.

Pero, y ahora a colación de la segunda interpretación extraída del precepto, no se trata desde luego de un derecho de carácter absoluto, más bien todo lo contrario, ya que se encuentra limitado a través de la inserción de una especie de prohibición de concurrencia desleal de carácter tácito, esto es, la imposibilidad de

que el trabajador, a lo largo de su situación de excedencia voluntaria, pueda prestar servicios para otra empresa del mismo sector o actividad, imposibilidad material que no requiere de un previo pacto entre el empresario y el trabajador, sino que ya viene impuesta por imperativo reglamentario. Y ello con una consecuencia definitiva, cual es la pérdida del derecho al reingreso y, por consiguiente, la extinción del vínculo contractual entre el abogado y la empresa.

No cabe duda de que nos encontramos ante una evidente contradicción a la hora de articular y formalizar el reconocimiento del ejercicio de un derecho, ya que, por un lado se fija el carácter absoluto del ejercicio de dicho derecho insertándolo, de manera plena y sin limitaciones, en la esfera jurídica del empleado; pero, por otro lado, el ejercicio de dicho derecho por parte del empleado se encuentra condicionado, de manera automática, a la imposición de una prohibición total en materia de concurrencia desleal en el caso de que desee prestar servicios en otra empresa del mismo sector y/o actividad.

Y es un detalle cuanto menos sorprendente, ya que de alguna manera se condiciona el ejercicio de un derecho a una prohibición implícita, en el sentido de que el trabajador carece por completo de mecanismos legales para poder modificar o, cuanto menos, minimizar dicha circunstancia negativa para sus intereses. A mi juicio, nos hallamos ante una “*desventaja profesional de base*”, según la cual, siempre que un abogado desee ejercitar su derecho de excedencia voluntaria no podrá prestar servicios en otro despacho que se pueda considerar dentro del mismo sector que el despacho o firma originaria. A pesar del carácter rígido y autoritario de la normativa especial, considero que habría sido más apropiado haber realizado alguna referencia a la posibilidad de flexibilizar el contenido del mismo a través de la negociación colectiva o autonomía individual de las partes.

1.3.5. Quinto grupo.

Por último, y encuadrada en el quinto y último grupo de relaciones laborales de carácter especial referenciado al principio de este apartado, cabe hacer referencia al RD 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la **relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud**. La característica básica de dicho reglamento se define a través de la referencia expresa del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores y, por ende, al reconocimiento de la operatividad y aplicabilidad en materia de excedencias. No obstante, excluye expresamente de dicho ámbito funcional a la figura jurídica de la excedencia voluntaria, no contemplando siquiera la posibilidad de su ejercicio por parte del empleado residente.

Como es lógico, nos encontramos, no solamente ante un reconocimiento parcial en materia de excedencias – el Reglamento hace referencia expresa al artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores pero elimina cualquier posibilidad de recurrir a una excedencia voluntaria excluyendo de manera expresa dicho derecho –, sino también ante una limitación de derechos, pudiendo incluso llegar a interpretarse como una renuncia de derechos, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a la efectividad de un derecho reconocido por la norma legal y prohibido por un reglamento de desarrollo.

En definitiva, si la intención del legislador era demostrar la incompatibilidad de una situación suspensiva derivada del ejercicio de una excedencia voluntaria con el carácter especial de la prestación de servicios llevada a cabo por el profesional residente, entiendo que, en primer lugar, dicha limitación o prohibición se debería haber extendido al resto de situaciones de excedencias y,

en segundo lugar, y en caso de que la limitación individual de excedencia voluntaria continuase, haber optado por otro tipo de soluciones menos drásticas y más operativas, consistentes en, por ejemplo, reducir la duración máxima de la situación de excedencia voluntaria, ajustándola al escenario tan peculiar donde se desarrolla la formación de especialistas mediante el sistema de residencia y objeto esencial de dicha relación laboral de carácter especial.

1.4. Trabajadores con contrato de carácter temporal.

La norma estatutaria es muy dispersa en este sentido. Ni afirma ni niega que los trabajadores que ostenten un contrato de trabajo temporal, a través de alguna de las modalidades contractuales establecidas en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores por ejemplo, tengan derecho a acceder a la excedencia voluntaria. Esta falta de claridad en el articulado es lo que ha originado innumerables problemas de cara a saber con certeza cuales son los derechos laborales que entran en la esfera jurídica de un empleado con un contrato de duración determinada.

Las reglamentaciones y ordenanzas laborales fueron las primeras normas en tratar esta cuestión. La mayoría de ellas solían limitar el derecho a la excedencia únicamente a los trabajadores con contrato indefinido, o fijos de plantilla, negando tal derecho a los empleados temporales. Posteriormente, fue la Ley de Relaciones Laborales de 1976 la que trató el conflicto, limitando enormemente las posibilidades jurídicas de los trabajadores temporales, ya que en su artículo 26.4 se negaba rotundamente que éstos tuviesen derecho a disfrutar de una excedencia voluntaria, al afirmar que *“en ningún caso, se pueda producir tal situación en los contratos de duración determinada”*. Ya he mencionado anteriormente la falta de concreción del artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con determinar el ámbito de aplicación de la excedencia voluntaria.

De dicho vacío legal se han generado consecuencias importantes, dividiéndose la doctrina en dos líneas argumentales.

La primera de ellas²¹¹ consideraba que la omisión a los efectos que produciría la suspensión del contrato de trabajo en un contrato temporal se traduciría en la imposibilidad de este colectivo de empleados de ejercitar el derecho, siguiendo la estela jurídica dejada por las normativas anteriores, que negaban, de manera expresa, el ejercicio del derecho a un trabajador temporal.

La segunda de ellas, y la más seguida, opina que, puesto que en el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores no se afirma, categóricamente, la exclusión de los trabajadores temporales del ámbito de aplicación del derecho a la excedencia voluntaria, es precisamente esa razón por la que se entendería que dicho derecho podría extenderse a todos ellos²¹².

Desde mi punto de vista considero más acorde con la realidad jurídica la segunda de las tendencias, debido a que el artículo 46 del Estatuto de los

²¹¹ PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., página 19. La autora opina que el derecho a la excedencia voluntaria únicamente lo ostentan los trabajadores que acrediten una condición con relación permanente puesto que la situación provisional del puesto de trabajo o el carácter eventual imposibilitan el ejercicio de dicho derecho, ya que el cumplimiento de los requisitos que dan acceso al derecho son de difícil cumplimiento.

²¹² De la misma opinión son ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., páginas 203 y 204; PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial*, op. cit., páginas 257 y 258; GORELLI HERNÁNDEZ en su obra *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 40, cita a varios autores de la misma tendencia doctrinal, como por ejemplo, MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: “La duración del contrato de trabajo y la contratación temporal”, en VV.AA. *El Estatuto de los Trabajadores. Puntos Críticos*, EDERSA, Madrid, 1980, página 48; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.: “Otros tipos de excedencia: voluntaria, por nacimiento de hijos y por ejercicio de funciones sindicales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 7, página 311.

Trabajadores no limita, en ningún momento, el ámbito de actuación de la excedencia voluntaria y no restringe su utilización a ningún colectivo ni modalidad contractual.

Así pues, si consideramos que la falta de precisión contemplada en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores es un signo evidente de no exclusión de la temporalidad en relación al ejercicio del derecho, sería lógico entender que el citado precepto no permite que el convenio colectivo de aplicación introduzca nuevos límites al derecho a la excedencia voluntaria²¹³. La facultad conferida por el artículo 46.6 del Estatuto de los Trabajadores de alterar el régimen jurídico de la excedencia voluntaria ampliando o reduciendo sus márgenes y requisitos no debe ser un obstáculo para que los contratados temporales que reúnen el requisito de la antigüedad puedan acceder a la excedencia voluntaria, dentro de los términos que la Ley establece²¹⁴.

Partiendo de esta base, cabe plantearse la siguiente pregunta, ¿es viable la opción de que un trabajador temporal opte por colocarse en una situación de excedencia voluntaria?

²¹³ Así pues, el convenio colectivo de Federación Farmacéutica de 2008, registrado y publicado mediante Resolución de fecha 23 de enero de 2008, establece, en su artículo 33, que “*podrán solicitar excedencia voluntaria todos los empleados de la empresa*” regulando que el ejercicio del derecho a la excedencia voluntaria será posible siempre y cuando los trabajadores solicitantes cumplan con el requisito de antigüedad de un año en la empresa, no limitando la posibilidad de hacer efectivo el derecho a ningún trabajador, tenga la modalidad contractual que tenga”. En el mismo sentido, cabe destacar el convenio colectivo de la empresa “*Servimax, S.A.*”, aprobado mediante Resolución de fecha 26 de septiembre de 2005, cuyo artículo 32.2 se expresa en los mismos términos. El último ejemplo que me gustaría resaltar es el convenio colectivo estatal para las industrias de elaboración del arroz de 2006, cuyo artículo 21 dispone que “*a partir de un año de antigüedad en la empresa o en el escalafón de eventuales, los trabajadores podrán solicitar excedencia, cuya duración será desde un año a cinco*”.

²¹⁴ Así se expresa ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 206.

La situación transitoria en el tiempo en la que se encuentran los trabajadores sujetos a un contrato de carácter temporal, unida a los estrictos requisitos exigidos por la norma estatutaria para poder ejercer el derecho a la excedencia voluntaria dificultan, en ocasiones en exceso, la práctica del derecho pero, en ningún caso, la imposibilitan. La primera barrera a la que se enfrentarían estos trabajadores sería con el requisito de un año de antigüedad establecido por el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores. Si atendemos a la duración de las diferentes modalidades de contratación temporal, nos encontramos con que es realmente complicado cumplir con la exigencia de antigüedad. En todo caso, hay contratos temporales cuya duración puede resultar de hasta tres años²¹⁵, incluso superior como sería el caso del contrato de interinidad o un contrato de obra o servicio determinado, los cuales no tienen una duración predefinida. Además de todo ello, no hay que olvidar a la negociación colectiva y a los convenios colectivos que modifican el requisito de antigüedad, reduciéndolo, con lo que se facilita el acceso a la excedencia voluntaria.

Otra cuestión a tener en cuenta sería la relacionada con la duración mínima de la excedencia voluntaria. La entrada en vigor de la LO 3/2007 de 22 de marzo

²¹⁵ La disposición adicional sexta de la Ley 10/1994, de 19 de mayo sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación desarrolla lo dispuesto en el artículo 17.3 del Estatuto de los Trabajadores, estableciendo la posibilidad de contratos temporales de fomento de empleo que afecten a concretos colectivos laborales que tienen un difícil acceso al mercado de trabajo. En dichos contratos, la duración mínima es de un año, y la máxima de tres. Así pues, con estos plazos, el trabajador podría cumplir, con mayor facilidad, los requisitos para acceder a una situación de excedencia voluntaria.

Asimismo, también cabe resaltar la modificación ejercida por la Ley 35/2010, de 19 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo sobre el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, limitando la duración temporal del contrato de obra o servicio determinados hasta un máximo de tres años, ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, adquiriendo el empleado la condición de fijo en la empresa una vez transcurrido dicho plazo.

cambió el panorama legal del ordenamiento jurídico laboral, afectando en gran medida a la regulación estatutaria de la excedencia voluntaria. Con la nueva normativa de igualdad, el parámetro de duración mínima de la excedencia voluntaria cambió, y establecido anteriormente en dos años pasó a ser de cuatro meses.

Ciertamente, esta modificación aumentó sobremanera las posibilidades de un trabajador temporal de acceder a una excedencia voluntaria, ya que antes, con los dos años de duración mínima exigida, la temporalidad se convertía en un auténtico obstáculo para el trabajador, insalvable en la mayoría de las ocasiones. La problemática no se detiene aquí ya que, si aceptamos como viable la efectividad del derecho a la excedencia voluntaria en este tipo de contratos temporales, sería necesario hacer referencia a la problemática surgida con los efectos que esta situación pudiera tener sobre la vigencia del contrato, planteándose la pregunta de si en un contrato de duración determinada, el hecho de que el trabajador se colocase en situación de excedencia voluntaria, supondría la interrupción de la duración del mismo o, simplemente, cuando el contrato llegase a su vencimiento, la relación contractual se debería entender extinguida y con ella la situación de excedencia voluntaria.

La respuesta la encontramos en las fuentes reglamentarias, y más concretamente, en el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre que desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada. El artículo 7 RD es preciso cuando dispone que *“la suspensión de los contratos de duración determinada en virtud de las causas previstas en los artículos 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores no comportará la ampliación de su duración, salvo pacto en contrario”*. Con ello, la interpretación que se debería realizar sobre el contenido del artículo es que el trabajador que tuviera concertado con la empresa un contrato de duración determinada – de la modalidad o clase que

fuera – y que accediese a una situación de excedencia voluntaria, no obtendría una ampliación o prórroga “automática” de su contrato por el mero hecho de que éste se encontrase en suspensión.

Así pues, en el momento en el que el contrato temporal alcanzase la duración estipulada por ambas partes, la relación contractual se consideraría extinguida a todos los efectos, ampliándose esta extinción a la situación de excedencia voluntaria disfrutada por el trabajador en ese momento²¹⁶. En opinión de VIDA SORIA²¹⁷, la temporalidad de los contratos, sea cual fuese su causa, no alteraría los mecanismos de la suspensión, como tampoco ésta alteraría los mecanismos de la temporalidad del contrato.

Por tanto, y en el caso de que el trabajador se encontrase en situación de excedencia voluntaria, su relación contractual se consideraría extinguida en el momento que hubiera finalizado la causa que propició el nacimiento del contrato²¹⁸. Así pues, la excedencia no podría superar el tiempo pactado, aunque no existiría ninguna imposibilidad legal de que pudiera alcanzar el tope, es decir, no habría ningún impedimento para ejercitar el derecho a la excedencia voluntaria

²¹⁶ De la misma opinión es GORELLI HERNÁNDEZ en su obra *Las excedencias en Derecho del trabajo*, *op. cit.*, páginas 41 y 42; ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, *op. cit.* página 202 y VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1994, página 36 y 37; PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, *op. cit.*, página 259 y 260.

²¹⁷ VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *op.cit.*, página 36 y 37.

²¹⁸ En el supuesto del contrato de obra o servicio determinado, cuando haya finalizado la obra; y en el supuesto del contrato de interinidad, cuando ya no sea necesaria la cobertura del puesto de trabajo por producirse la reincorporación del trabajador sustituido con derecho a reserva.

en base a un contrato cuya duración no estuviera predeterminada por ley sino sujeto a la finalización de la causa que lo originó²¹⁹.

En el supuesto del contrato de interinidad, la realidad práctica indica que es ciertamente difícil que el trabajador sustituto que esté ocupando en ese momento el puesto de trabajo del trabajador sustituido solicite una excedencia voluntaria, debido a los múltiples conflictos organizativos, productivos y técnicos que ocasionaría tal situación. Piénsese por un momento en el contexto en el que quedarían el trabajador sustituido, el sustituto que ha solicitado la excedencia voluntaria y el que sea contratado a raíz de dicha excedencia y la posición contractual de cada uno de ellos²²⁰.

Las modificaciones que se produzcan en la regulación de los contratos temporales no inciden en esta regla, que continúa siendo válida. Por tanto, el contrato de duración determinada se encuentra sometido a las causas legales de suspensión aunque ello no signifique, en ningún caso, que deban ampliarse los plazos previstos, sino que al vencer su término podrán extinguirse aún cuando la causa de suspensión siga existiendo²²¹.

²¹⁹ Tesis mantenida en la SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 20 de noviembre de 1990 (AS 1990/3222) y 14 de enero de 1991 (AS 1991/769).

²²⁰ En opinión de ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 205, el trabajador contratado para sustituir al interino/excedente voluntario será titular de la relación contractual respecto al primer trabajador sustituido y no del excedente, quien únicamente podrá incorporarse en el caso de que el primer empleado cesase en su puesto por algún motivo y persistiera la necesidad de reservar el puesto al primer trabajador.

²²¹ RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 44.

En definitiva, el simple hecho de que un empleado tenga una relación de carácter temporal con la empresa no debe ser impedimento para que éste pueda ejercitar su derecho a la excedencia voluntaria, siempre que respete los límites temporales establecidos en cada una de las modalidades contractuales temporales de aplicación, teniendo en cuenta los matices que definen a cada una de ellas, y cumpla con los requisitos exigidos por la norma.

2. Modo de ejercicio.

2.1. Solicitud del trabajador.

La excedencia voluntaria, tal y como viene configurado el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, constituye un derecho de carácter subjetivo para el trabajador²²² y el empresario se encuentra obligado a reconocer dicho derecho, no pudiendo decidir, de manera discrecional, cualquier otra alternativa²²³. El cumplimiento por parte del empleado de los requisitos exigidos por la norma estatutaria se debe entender suficiente para que éste acceda a la situación de excedencia. Otra cosa sería el cumplimiento de los requisitos formales en relación con la comunicación presentada al empresario.

El error gramatical en el que incurre el precepto legal del Estatuto de los Trabajadores es mayúsculo cuando afirma que “*el trabajador, con al menos una*

²²² PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial*, op. cit., página 236; PÉREZ ALONSO M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., página 24; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “Derecho del Trabajo”, Ceura, Madrid, 2007, 15ª edición, página 935;

²²³ En sentido contrario se expresa FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.: “Otros tipos de excedencia: voluntaria, por nacimiento de hijos y por ejercicio de funciones sindicales”, op. cit., página 308. El autor sigue el tenor literal del articulado y niega la subjetividad del derecho basándose en que la norma únicamente alude a la posibilidad de situarse en la excedencia voluntaria.

antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria”²²⁴.

Por una parte, el trabajador lo que realmente está haciendo es ejercitar un derecho que está integrado dentro de su esfera jurídica. La condición que ostenta define la subjetividad del derecho que quiere ejercitar y, por tanto, la mera declaración del mismo es suficiente para conseguir la plena operatividad jurídica.

Por otra parte, el empresario carece de opción alguna en relación a decidir sobre la funcionalidad de tal derecho, quedando obligado a reconocerlo, siempre que se cumplan las exigencias formales establecidas, realmente por la negociación colectiva o mediante acuerdo individual.

Es por ello por lo que el empresario debe permitir el disfrute de la excedencia voluntaria con todos sus efectos²²⁵. En puridad, el reconocimiento empresarial no supone en tales casos un verdadero acto de otorgamiento de la excedencia sino una manifestación formal por medio de la cual la empresa *reconoce* que concurren los requisitos necesarios para que el trabajador haga uso de la excedencia voluntaria, y que contribuye además a fijar el inicio de su disfrute²²⁶. La terminología jurídica utilizada por el Estatuto de los Trabajadores

²²⁴ MONGE RECALDE, J.L.: *Excedencia Laboral en la Jurisprudencia, op. cit.*, página 63. El autor opina sobre los términos utilizados por la norma estatutaria destacando que la forma en la que está redactado el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores no agrega nada salvo inseguridad jurídica, afectando más al fondo que al estilo del articulado. Afirma que una interpretación literal del precepto legal podría llevarnos a pensar que, una vez reconocida la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria, sería necesario un nuevo acto por parte del trabajador para “*colocarse*” en la situación de excedencia.

²²⁵ RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*, página 47.

²²⁶ STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 2 de julio de 1992 (AS 1992/3909).

debería modificarse, precisando con mayor determinación el campo de actuación y las posibilidades legales que ostentan tanto el trabajador como el empresario.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta lo dispuesto por la negociación colectiva y la manera en la que ésta puede condicionar las expectativas del trabajador en torno a conseguir el reconocimiento de su derecho a la excedencia voluntaria. En los últimos años se ha intensificado la labor de los convenios colectivos en el sentido de adaptar y condicionar la operatividad de la normativa legal estatutaria al cumplimiento de una serie de requisitos insertados en multitud de cláusulas convencionales. En este apartado, es conveniente hacer una mención especial al estudio llevado a cabo por ARGUELLES BLANCO²²⁷, en base al cual se clasifican y analizan las distintas cláusulas convencionales que completan y en ocasiones, agravan, lo dispuesto por el Estatuto de los Trabajadores, de cara a solicitar una excedencia voluntaria.

Según la autora, en una primera aproximación a las cláusulas convencionales, pueden distinguirse tres regulaciones diferentes de la respuesta empresarial a la solicitud formulada por el trabajador: **(i)** supuestos en que el reconocimiento se configura como una opción a favor del empresario, en el sentido de que es él quien decide cuándo y cómo va a responder a la solicitud planteada por el empleado²²⁸; **(ii)** supuestos que establecen un reconocimiento

²²⁷ ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., páginas 242 a 254.

²²⁸ Como ejemplos, el XI convenio colectivo de Société Air France, aprobado mediante Resolución de fecha 4 de mayo de 2009, cuyo artículo 44 a) establece que “*la petición deberá formularse necesariamente por escrito y podrá ser solicitada por un plazo superior a cuatro meses e inferior a cinco años. La Compa a resolverá a su discreción las peticiones, atendiendo a la necesidad del servicio y circunstancias justificadas en cada caso, según disponga la Ley*”; convenio colectivo nacional del ciclo de comercio del papel y artes gráficas, aprobado mediante Resolución de fecha 22 de junio de 2010, cuyo artículo 35 dispone que “*la empresa concederá preceptivamente la excedencia voluntaria, por tiempo no superior a un*

empresarial no supeditado a ningún tipo de condición²²⁹; y **(iii)**, supuestos que establecen un reconocimiento condicionado a determinadas circunstancias²³⁰.

*año, cuando medien fundamentos serios, debidamente justificados de orden familiar, terminación de estudios, etc.”; convenio colectivo estatal para las Delegaciones Comerciales del Ente Público Empresarial Loterías y Apuestas del Estado, aprobado mediante Resolución de fecha 20 de mayo de 2009, cuyo artículo 21 a) afirma que “la petición de excedencia voluntaria deberá despacharse favorablemente”. En opinión de ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria, op. cit.*, “el hecho de atreverse a calificar de discrecional la respuesta empresarial cuando el trabajador reúne los requisitos legales resulta inadmisibles, pues la excedencia voluntaria debe entenderse como un auténtico derecho subjetivo”. Es decir, si su reconocimiento se hiciera depender de la libre voluntad del empresario, la propia existencia del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores resultaría innecesaria. Apoyándonos en lo dispuesto en las SSTSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 7 de marzo de 2001 (AS 2001/2446), 22 de octubre de 2001 (AS 2001/4486) y 2 de julio de 1992 (AS 1992/3909), “la concesión de la empresa debe entenderse como una manifestación formal de la misma por medio de la cual reconoce que concurren los requisitos necesarios para que el trabajador haga uso de su derecho a la excedencia voluntaria, y que contribuye a fijar el inicio de la misma”.*

²²⁹ Convenio colectivo interprovincial de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos, aprobado mediante Resolución de fecha 22 de junio de 2010 (artículo 16.2); convenio colectivo estatal para la fabricación de helados, aprobado mediante Resolución de fecha 17 de abril de 2008 (artículo 31); VII convenio colectivo de “Telefónica Servicios de Música, S.A.U.”, aprobado mediante Resolución de fecha 30 de junio de 2008 (artículo 25); VII convenio colectivo de la empresa “Avanzit Telecom, S.L.U.”, aprobado mediante Resolución de fecha 25 de junio de 2008, cuyo artículo 19.2 b) establece que “la empresa concederá a su personal de plantilla que, como mínimo, cuente con una antigüedad de un año de servicio en la empresa, el paso a la situación de excedencia voluntaria por un período de tiempo no inferior a cuatro meses ni superior a cinco años. El paso a la expresada situación podrá pedirse sin especificación de motivos por el solicitante y será obligatoria su concesión por parte de la empresa”; convenio colectivo de “Centro Cooperativo Farmacéutico, S.C.A.”, aprobado mediante Resolución de fecha 29 de abril de 2009 (artículo 6).

²³⁰ VI convenio colectivo de la “Fundación Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona”, aprobado mediante Resolución de fecha 13 de febrero de 2008, cuyo artículo 20.1 dispone que “los/las empleados/as con una antigüedad superior a un año podrán solicitar la excedencia voluntaria por razones de finalización de estudios, exigencias familiares de ineludible cumplimiento y otras causas análogas”; en el mismo sentido, cabe mencionar el VI convenio colectivo de la empresa “Mediterráneo Obra Agrícola, S.A.”, aprobado mediante Resolución de fecha 19 de abril de 2005, cuyo artículo 42 establece que “la petición de excedencia se resolverá dentro del mes siguiente al de su presentación y se concederá o no,

Una vez clara esta cuestión, considero necesario incidir en los detalles del procedimiento formal de *solicitud* por parte del trabajador al empresario, los términos en los que éste debe llevarse a cabo y las consecuencias legales que se derivan del mismo.

El artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores nada dice acerca de la conveniencia de comunicar al empresario la intención de solicitar la excedencia voluntaria, y mucho menos sobre el procedimiento a seguir en relación con dicha *solicitud*²³¹.

Es por ello que, básicamente, este tema ha sido regulado por los convenios colectivos, los cuales se consideran el conducto adecuado para matizar los requisitos que debe cumplir la *solicitud* de la excedencia voluntaria en un aspecto meramente formal de la cuestión.

Ahora bien, ¿cabría entender la viabilidad de dichas cláusulas en el caso de que se beneficiase al trabajador y se le concediese más derechos de los que en realidad le correspondiesen? Y me estoy refiriendo a convenios colectivos que establecen un derecho de reserva automática del puesto de trabajo al trabajador

atendiendo a las necesidades del servicio. Cuando se fundamente en terminación o ampliación de estudios o exigencia familiar de carácter ineludible, serán despachadas favorablemente.”; un supuesto realmente curioso es el reflejado en el convenio colectivo de “*Federación Farmacéutica, S. Coop. C.L.*”, aprobado mediante Resolución de fecha 23 de enero de 2008, cuyo artículo 33.1 supedita el reconocimiento expreso del derecho de excedencia voluntaria a una serie de investigaciones e indagaciones por parte de la empresa a fin de comprobar la veracidad de la causa alegada cuando afirma que “*la empresa se reserva el derecho de llevar a cabo cuantas indagaciones e informaciones estime necesarias para comprobar la veracidad de los motivos expuestos en la solicitud de excedencia*”.

²³¹ STSJ de la Región de Murcia de fecha 26 de septiembre de 2005 (JUR 2006/16708).

que solicite una excedencia voluntaria a cambio de someter el disfrute de la misma a la discrecionalidad empresarial²³².

El hecho de que se confiera a la negociación colectiva la posibilidad de regular los aspectos formales de la solicitud de la excedencia voluntaria no quiere decir que los convenios colectivos tengan plena libertad para imponer cláusulas condicionantes al ejercicio efectivo del derecho del trabajador tales como, por ejemplo, someter el reconocimiento del derecho a las necesidades del servicio dentro de la empresa²³³ u cualquier otro requisito más gravoso que los preestablecidos por la Ley.

Contamos con el ejemplo de determinados convenios colectivos que establecen requisitos más gravosos, ya sea en relación a la antigüedad o a respetar una limitación cuantitativa no prevista legalmente de modo que el otorgamiento de tal situación excedente se condicionaría a que los trabajadores que se encontraran ejercitándola no sobrepasaran un determinado porcentaje de la plantilla pudiendo llegarse a la conclusión de que el establecimiento de dichas cláusulas convencionales pudieran suponer una renuncia de derechos consagrados en la legislación laboral e impedida por el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, el cual establece que *“los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario”*.

²³² Es el caso del convenio colectivo de *“Iberia Líneas Aéreas de España, S.A.”*, y su personal de tierra, aprobado mediante Resolución de fecha 23 de julio de 2007, cuyo artículo 251 otorga amplias facultades de decisión para la empresa, siendo potestativa para la misma la concesión de la excedencia.

²³³ ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., páginas 244 a 251, en donde la autora defiende la nulidad de este tipo de cláusulas.

En estos supuestos, hay que tener presente que las cláusulas que establecen condiciones más gravosas que las previstas en la norma estatutaria encuentran su equilibrio con la existencia de evidentes compensaciones a aquellos requisitos restrictivos anteriormente mencionados, las cuales se traducen en otorgar al trabajador excedente voluntario un derecho de reingreso automático, y no sólo en la propia empresa, sino en el mismo puesto de trabajo que le era propio con anterioridad al ejercicio de dicho derecho²³⁴.

No obstante lo anterior, y en el caso de que no existieran las mencionadas compensaciones y el empleado no fuera beneficiario de condiciones más ventajosas por el hecho de estar obligado a cumplir con requisitos más estrictos que los que estableciera el Estatuto de los Trabajadores, existe una línea jurisprudencial que se apoya en el respeto al principio de la libertad de las partes en sus respectivos derechos y obligaciones en los pactos que acuerden. O dicho en otras palabras, se consideraría que lo asumido en cada uno de esos acuerdos, ya sean a nivel individual o colectivo, tendría fuerza de ley y debería cumplirse a tenor de lo establecido en los artículos 82.3 del Estatuto de los Trabajadores y 1091 del Código Civil.

²³⁴ En este sentido, destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 19 de octubre de 1989 (RTC 1989/171) en relación con la STS de fecha 4 de octubre de 1988 (RJ 1988/7523) en concordancia con lo dispuesto en la STSJ de Galicia de fecha 7 de mayo de 1992 (AS 1992/2753). Una interpretación global de las citadas Resoluciones sugiere que el hecho de que los trabajadores sujetos a este tipo de cláusulas condicionantes tengan reservado un derecho automático de reingreso en la empresa, una vez finalizada su situación de excedencia voluntaria, supone una circunstancia que elimina toda la compleja problemática que de ordinario se pone judicialmente de manifiesto - en relación con la naturaleza y clase de acción a ejercitar, plazo de la misma, etc.,- cuando el trabajador excedente trata de volver a la empresa para la que presta servicios. Este equilibrio de derechos procura también la defensa del principio de estabilidad en el empleo constitucionalmente protegido – artículo 35 de la Constitución Española – en relación con diversas reglas de interpretación genéricas consagradas en el artículo 3 del Código Civil así como el conjunto de principios rectores de la política económica y social, previstos en el artículo 55.3 del Código Civil.

Teniendo en cuenta lo anterior, no hay que olvidar que dichos preceptos legales se encontrarían limitados en el caso de que las normas convencionales no respetaran los mínimos derechos necesarios. Y todo ello, con carácter general, a tenor de lo establecido en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores²³⁵.

Dicho lo cual, cabría plantearse la siguiente relativa a si podríamos estar en disposición de afirmar que, en realidad, lo que deberíamos hacer sería distinguir entre dos tipos de excedencias, siendo la primera de ellas la que establece el Estatuto de los Trabajadores y, la segunda, la que es moldeada y diseñada por la negociación colectiva.

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

²³⁵ STSJ de la Región de Murcia de fecha 19 de diciembre de 1995 (AS 1995/4848).

En relación al carácter formal de la solicitud de excedencia voluntaria, es norma habitual que ésta se realice por escrito. En este aspecto, nos encontramos ante un gran número de convenios colectivos que llegan incluso a establecer la obligación de que el trabajador utilice la forma escrita a la hora de comunicar a la empresa su intención de ejercitar su derecho a la excedencia voluntaria²³⁶.

La prueba escrita del documento de solicitud de excedencia se constituye como el principal medio de defensa del trabajador. En el caso de que surja algún problema, bien en relación a una posible denegación empresarial del derecho, o bien en el caso de que se produzca alguna situación conflictiva a lo largo del período de disfrute de la excedencia, el empleado tiene en su poder el documento que acredita que, efectivamente, se encuentra dentro de su esfera jurídica ejercitando un derecho que ha seguido los cauces correctos²³⁷.

²³⁶ Como así viene contemplado, entre otros, en el VIII convenio colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de Régimen General o Enseñanza Reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, aprobado mediante Resolución de fecha 10 de abril de 2006, cuyo artículo 57 establece que *“el trabajador deberá solicitar la excedencia voluntaria por escrito con al menos quince días de antelación”*; V convenio colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y artes aplicadas y oficios artísticos, aprobado mediante Resolución de fecha 15 de junio de 2007 (artículo 34); y en el XII convenio colectivo estatal para los centros de educación universitaria e investigación, aprobado mediante Resolución de fecha 19 de diciembre de 2006 (artículo 29.3).

²³⁷ Existen multitud de convenios colectivos que exigen que la solicitud de excedencia voluntaria se realice por escrito. Es el caso del X convenio colectivo de Centros de asistencia y educación infantil, aprobado mediante Resolución de fecha 25 de mayo de 2007, cuyo artículo 41 establece que *“la excedencia voluntaria se podrá conceder al trabajador, previa petición por escrito, pudiendo solicitarlo todo el que lleve, al menos, un año de antigüedad”*. En el mismo sentido, destacar el II convenio colectivo estatal para las Escuelas de Turismo, aprobado mediante Resolución de fecha 5 de septiembre de 2002 (artículo 44); el V convenio colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y artes aplicadas y oficios artísticos, aprobado mediante Resolución de fecha 15 de enero de 2007 (artículo 34).

Si bien, y a pesar incluso de que viniera impuesto como requisito formal mediante la negociación colectiva, no debería constituirse como un requisito o exigencia “*ad solemnitatem*” sin el cual la comunicación llevada a cabo por el trabajador careciera de validez, puesto que tanto la propia solicitud como los demás aspectos que resulten controvertidos podrán ser acreditados por los medios de prueba que se estimen convenientes en el momento procesal oportuno, como cualquier otro medio válido conforme a Derecho²³⁸. Resulta obvio que si el trabajador traslada su intención de colocarse en situación de excedencia voluntaria por escrito tal circunstancia adquiriría una mayor fuerza probatoria que si lo realizase de manera verbal, pero ello no quiere decir en absoluto que la comunicación verbal no sea válida.

En mi opinión, el hecho de que el convenio colectivo de aplicación determinase la obligación de materializar el cauce formal de solicitud por escrito podría llegar a colisionar con el principio de libertad de forma establecido en nuestro ordenamiento jurídico, según el cual se otorga a las partes contratantes una libertad plena y absoluta a fin de establecer el contrato, ya sea mediante la forma verbal o escrita²³⁹. Por esta razón podríamos incluso cuestionar la validez de toda aquella cláusula convencional que impusiera la obligación, por parte del trabajador, de gestionar su solicitud de excedencia voluntaria a través únicamente de la forma escrita.

²³⁸ En el mismo sentido, PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcional, op. cit.*, página 270.

²³⁹ Así pues, el artículo 1.278 del Código Civil, el cual establece que “*los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*”.

El trabajador que quiera ejercitar su derecho y colocarse así en situación de excedencia voluntaria, debe hacerlo con una mínima antelación, ofreciendo al empresario la posibilidad de reorganizar la estructura de su empresa, ajustándose a la nueva situación que se va a producir y evitando los máximos perjuicios posibles ya que resulta razonable que el empresario tenga tiempo de tomar las medidas oportunas para cubrir ese puesto de trabajo y arreglar el desajuste organizativo que se ha originado.

Esta necesidad de solicitar la excedencia voluntaria con arreglo a un plazo mínimo de antelación se corresponde con lo establecido en el artículo 7.1 del Código Civil en materia de exigencia de buena fe contractual, lo que quiere decir que la exigencia del plazo mínimo se contempla como un punto de equilibrio entre la situación jurídica - contractual del trabajador y la situación organizativa del empresario.

Por una parte, no resultaría admisible el establecimiento de plazos excesivamente largos que dificultasen el disfrute de la excedencia voluntaria y, por otra, el hecho de que el trabajador incumpliese con dicho plazo no podría ser considerado como una causa que justificase la denegación de dicho derecho, sino que, en todo caso, el empresario podría pretender el retraso del comienzo del disfrute de la excedencia al término del período de preaviso²⁴⁰. Es la negociación colectiva la que, de manera habitual, se encarga de regular esta situación. En la mayoría de las ocasiones los convenios colectivos fijan el plazo de antelación en

²⁴⁰ GORELLI HERNÁNDEZ en su obra *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 66. El autor afirma que el mencionado plazo de preaviso es una condición para el efectivo disfrute del derecho pero nunca para el nacimiento del mismo.

un mes²⁴¹. En otras ocasiones, el pacto convencional establece que el trabajador solicite la excedencia con la mayor antelación posible²⁴².

Asimismo, hay ocasiones en que la negociación colectiva impone que el trabajador exprese, de manera escrita, cual es la causa que alega para solicitar la excedencia voluntaria²⁴³, no siendo una cuestión admitida pacíficamente por la doctrina científica²⁴⁴, al entender que tal medida implicaría conceder un carácter discrecional a la decisión de la empresa en torno a admitir o no la solicitud de la excedencia²⁴⁵.

Además, si por algo se caracteriza la excedencia voluntaria es por tener unos efectos mucho más débiles que el resto de causas de suspensión, ya que

²⁴¹ Es el caso del convenio colectivo de la empresa “Sandoz Agro”, aprobado mediante Resolución de fecha 9 de julio de 1996, (artículo 16.2) y el convenio colectivo del Ministerio de Comercio y Turismo de 1995 (artículo 25 a)).

²⁴² XI convenio colectivo de Ámbito Estatal para los Centros de Educación Universitaria e Investigación de 2004 (artículo 29.3); II convenio colectivo Estatal de las Escuelas de Turismo, aprobado mediante Resolución de fecha 5 de septiembre de 2002 (artículo 44).

²⁴³ Existen multitud de convenios colectivos que exigen que la excedencia voluntaria esté motivada, de manera expresa y por escrito. Es el caso del convenio colectivo del Sector de Harinas, Panificables y Sémolas, aprobado mediante Resolución de fecha 8 de septiembre de 2004, cuyo artículo 16 a) establece como condición ineludible para la concesión de la excedencia voluntaria “*que la solicitud sea escrita, con expresión de los motivos*”; otros ejemplos significativos son el convenio colectivo básico de las industrias cárnicas de 2006 (artículo 54 a); convenio colectivo de Federación Farmacéutica aprobado mediante Resolución de fecha 23 de enero de 2008 (artículo 33.1).

²⁴⁴ ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 238; PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcional*, op. cit., página 270; CAMACHO ORTEGA, J.D.: *La excedencia sindical*, op. cit., páginas 70 y 71; GORELLI HERNÁNDEZ en su obra *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 64.

²⁴⁵ En este sentido se posicionan la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 3 de diciembre de 1992 (AS 1992/6190) y STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 9 de diciembre de 1993 (AS 1993/5394).

únicamente garantiza un derecho preferente al reingreso en la empresa frente a una reserva automática del puesto de trabajo. Por tanto, considero que las normas colectivas no podrían tasar las causas o motivos de la solicitud y, por consiguiente, tampoco podrían exigir al trabajador que exteriorizase la razón por la cual pretendiese ejercitar su derecho. Ahora bien, esta afirmación sería ciertamente discutible cuando el convenio colectivo situase al trabajador en una posición más favorable que contribuyera a beneficiar, por ejemplo, su reingreso a la empresa a la finalización de la situación de excedencia voluntaria. También hay ocasiones en las que la empresa se reserva el derecho de resolver el contrato en el caso de que, posteriormente al reconocimiento de la situación de excedencia voluntaria, obtenga pruebas que acrediten que las razones alegadas por el empleado en su momento para conseguir ésta no se ajustaban a la realidad²⁴⁶.

En este sentido, la jurisprudencia mantiene que el trabajador que solicita la excedencia voluntaria en base a una serie de circunstancias y razones concretas no puede, durante la situación de excedencia, utilizar estas razones de forma contradictoria, como, por ejemplo, prestar servicios para otra empresa distinta²⁴⁷. Tampoco hay que olvidar aquellos convenios colectivos²⁴⁸ que establecen como

²⁴⁶ Así lo prevé el convenio colectivo de “Iberia Líneas Aéreas de España, S.A.” y sus oficiales técnicos de a bordo, aprobado mediante Resolución de fecha 20 de enero de 2005, más concretamente, los artículos 42 a 48.

²⁴⁷ STSJ de Andalucía (Granada) de fecha 27 de febrero de 2007 (AS 2007/3386). En el mismo sentido, cabe destacar la STS de fecha 5 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8935) y la STSJ de las la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 4 de mayo de 1994 (AS 1994/1842); ambas resoluciones observan un claro elemento subjetivo e intencional en el comportamiento del trabajador que permite calificarlo como desleal y causa suficiente para su despido.

²⁴⁸ Entre otros, el anteriormente mencionado convenio colectivo del Sector de Harinas, Panificables y Sémolas, aprobado mediante Resolución de fecha 8 de septiembre de 2004, (artículo 17); el convenio colectivo para la fabricación de conservas vegetales de 2005, cuyo artículo 39.1 b) establece que “es condición indispensable para la concesión de la excedencia voluntaria el compromiso formal de que,

condición indispensable para la concesión de la excedencia voluntaria el compromiso, por parte del empleado, de no prestar servicios en empresas que se dediquen a la misma actividad o que estén encuadradas dentro del mismo sector. Es el denominado deber de no competencia desleal por parte del trabajador, el cual analizaré posteriormente en el capítulo referido a los efectos durante la situación de excedencia voluntaria.

El trabajador, en el escrito que entrega al empresario comunicándole su intención de pasar a la situación de excedencia voluntaria, debe puntualizar que duración desea que tenga ésta, respetando los márgenes legales de duración mínima y máxima preestablecidos por la norma legal – esto es, cuatro meses y cinco años, respectivamente.

En este sentido, cabe la posibilidad de que el trabajador no respetase los límites temporales en su escrito de solicitud de excedencia voluntaria. Así pues, el empresario podría optar por reconocerle el derecho o denegárselo. Es una de las pocas ocasiones en las que el ejercicio de potestad discrecional reservado al empresario hace acto de presencia. Si el trabajador nada dice en su escrito acerca de la duración que desea que tenga la excedencia voluntaria y el empresario procede al reconocimiento del derecho sin hacer ninguna mención sobre esta circunstancia se entiende que aplica el límite máximo de duración, establecido en cinco años, pero también hay que tener en cuenta que el empresario está perfectamente capacitado para denegar el derecho a disfrutar de la excedencia, cuando el trabajador solicite una duración superior o inferior a la legalmente establecida – salvo que el convenio colectivo de aplicación reduzca o amplíe esos

durante el tiempo que dure la excedencia voluntaria, el trabajador no se va a dedicar a la misma actividad de la empresa que se la ha concedido, ni por cuenta propia ni por cuenta ajena, cuyo incumplimiento será causa de extinción de la relación laboral, con pérdida del derecho obtenido”.

plazo-. En estos casos, lo recomendable es que el empresario, en su escrito por el cual deniega la excedencia voluntaria al empleado, le explique los motivos de tal denegación y le invite a presentar una nueva solicitud en base a los términos y plazos legales correctos.

En relación con el procedimiento a seguir, existen una serie de circunstancias que, por su obviedad, suelen pasar inadvertidas pero que es necesario resaltar. Apoyándome en el estudio realizado por PEDRAJAS MORENO²⁴⁹ al respecto, es evidente que la solicitud se debe producir mientras subsiste la relación contractual no siendo posible pedir la baja en la empresa y, una vez concedida, solicitar la excedencia voluntaria, ya que aquélla habría determinado la extinción de la relación. Por otra parte, también es importante tener en cuenta que, una vez que el empleado solicita la excedencia voluntaria y obtiene el reconocimiento del empresario, es totalmente inviable la alegación de concurrencia de otra causa suspensiva de la relación de trabajo para acogerse, por ejemplo, a una situación de excedencia forzosa.

2.2. Reconocimiento del derecho por parte del empresario.

Una vez llevado a cabo el procedimiento de solicitud y cumplidas las formalidades implícitas en el mismo, el empresario no puede hacer otra cosa que reconocer el derecho del trabajador a situarse en excedencia voluntaria. Pero, ¿qué ocurriría si el empleador se negara a efectuar dicho reconocimiento o, en su caso, incluso no contestase a la solicitud formulada por el empleado?

²⁴⁹ En su obra *La excedencia laboral y funcionarial*, op. cit., página 271.

En este supuesto, el procedimiento a seguir por parte del empleado sería acudir directamente a la Jurisdicción de lo Social y solicitar el cumplimiento de la Ley, recayendo sobre los Tribunales la decisión final acerca de la viabilidad o no de la solicitud cursada por el empleado²⁵⁰, todo ello reflejado en la correspondiente sentencia a través de la cual se declararía justificada o no la decisión del empresario. En el supuesto de que finalmente se estimase la demanda presentada por el empleado, se reconocería el derecho del trabajador a ejercitar su derecho de excedencia voluntaria.

Cuando el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores preceptúa que “*el trabajador tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria*”, lo que está significando es la necesidad de tal reconocimiento, y que el mismo compete al empleador. Si éste incumple el deber de conceder tal excedencia, ya sea de manera expresa o tácita, el trabajador puede ejercitar las acciones judiciales de reconocimiento de su derecho. Lo que no es factible es que acuda a la vía de hecho de “*la auto concesión de la excedencia*”, o dicho en otras palabras, no es posible que sea el trabajador quien decida si le corresponde el derecho.

El empleado no puede adoptar unilateralmente la decisión de auto –concederse una excedencia voluntaria²⁵¹. Se entiende que el trabajador que adopta esta actitud está contraviniendo el principio general de buena fe propio de la ejecución del contrato de trabajo, consagrado en el artículo 20.2 del Estatuto de los

²⁵⁰ STSJ de Galicia de fecha 27 de junio de 1991 (AS 1991/3737); SSTSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 30 de octubre de 1991 (AS 1991/5872) y 29 de septiembre de 1993 (AS 1993/3946) y STSJ de la Región de Murcia de fecha 5 de septiembre de 2005 (JUR 2005/224149).

²⁵¹ STS de fecha 5 de julio de 1990 (RJ 1990/6058).

Trabajadores, en relación con los artículos 1256 y 1258 del Código Civil²⁵², lo que constituye un claro incumplimiento de sus obligaciones laborales incurriendo en una absoluta desobediencia²⁵³ al mandato empresarial, lo que trae como principal consecuencia el despido del trabajador en base a un abandono del puesto de trabajo²⁵⁴ o dimisión tácita de su relación contractual²⁵⁵. Se entiende que el cumplimiento de los requisitos para acceder a la excedencia voluntaria no es

²⁵² Según se afirma en las SSTs de fecha 13 de febrero de 1991 (RJ 1991/832), de 2 de junio de 1987 (RJ 1987/4105) y de 28 de mayo de 1983 (RJ 1983/2430). En la misma línea las SSTSJ de Cataluña de fecha 24 de octubre de 1994 (AS 1994/3885), 24 de febrero de 1997 (AS 1997/1837), 15 de noviembre de 2001 (AS 2001/133) y 8 de febrero de 2007 (JUR 2007/218413); SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 27 de marzo de 1996 (AS 1996/1243) y 14 de junio de 2005 (AS 2005/1612) y STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 20 de septiembre de 1996 (AS 1996/2861).

²⁵³ PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial*, *op. cit.*, página 284. El autor opina que, en relación a la interpretación que defiende la desobediencia del trabajador como justa causa de despido, es necesario realizar una correcta valoración sobre el caso concreto y tener en cuenta la posibilidad de que el ejercicio efectivo de un derecho legalmente establecido en términos claros y terminantes no puede significar desobediencia. En el mismo sentido se expresa FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.: “Otros tipos de excedencia: voluntaria, por nacimiento de hijos y por ejercicio de funciones sindicales”, *op. cit.*, página 436, cuando afirma que no parece razonable ni realista esperar a la resolución judicial sobre la justificación o no de la decisión empresarial con lo que debería ser suficiente la demanda posterior en un tiempo razonable en orden a que se le otorgue el derecho a la excedencia ya comenzada a disfrutar.

²⁵⁴ En opinión de GORELLI HERNÁNDEZ en su obra *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 67, no cabría despedir al trabajador en base a un abandono del puesto de trabajo ya que, en el caso de excedencia voluntaria, la voluntad del trabajador no es extintiva sino todo lo contrario. Sí que cabría argumentar el despido en base a faltas de asistencia o a desobediencia injustificada suponiendo que el empleado haya recibido orden de reincorporarse.

²⁵⁵ Hay que destacar la STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 13 de febrero de 1998 (AS 1998/5419), la cual mantiene que el trabajador que se cree con derecho insta a la situación de excedencia voluntaria a comenzar desde un determinado día y no le es concedida con anterioridad, es causa significativa de falta de asistencia al trabajo, lo que constituye un propio y arbitrario ejercicio de un derecho que no está reconocido de forma automática o “*ipso iure*” en la Ley ni en el convenio colectivo de aplicación. En estos casos el trabajador debe someterse a la necesidad de solicitud y a la existencia de resolución, tras la cual puede instar judicialmente la protección de sus derechos, pero nunca erigirse en definidor de los mismos.

suficiente para que el trabajador se coloque directamente en tal situación. Efectivamente, está en condiciones de hacerlo, pero debe comunicárselo al empresario y obtener su reconocimiento²⁵⁶.

En este sentido, y en opinión de determinados autores²⁵⁷, el trabajador, ante la denegación tácita o expresa del empresario, podría situarse por sí solo en situación de excedencia voluntaria y, al mismo tiempo, interponer la pertinente demanda ante los Tribunales a fin de que por éstos se produzca el reconocimiento de dicha situación. Pero claro, es innegable que el trabajador se expondría a un riesgo claro, como es el de perder su puesto de trabajo en el caso de que el Tribunal considerase justificada la decisión empresarial – por ejemplo, por incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos por la norma estatutaria o, en su caso, el convenio colectivo de aplicación –.

El artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores establece el derecho del trabajador a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria, pero no concreta que la concesión de la empresa deba hacerse en un plazo determinado, ni que deba revestir la forma escrita. Por ello, lo que se consigue con este artículo es conceder a la empresa un amplio margen de maniobra a la hora de proceder al reconocimiento del derecho ya que el Estatuto de los Trabajadores nada dice en relación a los aspectos formales que debe cumplimentar el empresario en su respuesta²⁵⁸.

²⁵⁶ STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 14 de junio de 2005 (AS 2005/1612).

²⁵⁷ PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcional, op. cit.*, páginas 284 y 285; ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria, op. cit.*, página 257.

²⁵⁸ STSJ de Cataluña de fecha 21 de abril de 1992 (AS 1992/2290). El artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores no concreta que la concesión de la excedencia voluntaria deba hacerse en un plazo determinado, ni que deba revestir forma escrita.

A pesar de ello, la negociación colectiva se encarga en ocasiones de complementar el vacío legal dejado por la norma estatutaria a través de la inserción de diversas cláusulas que establecen un plazo máximo²⁵⁹.

Es obvio decir que la comunicación del empresario favorece al trabajador en cuanto que conseguirá una mayor seguridad jurídica de su situación al poder disponer de un documento donde el empresario le reconozca la situación, la duración de la misma y, en su caso, la normativa aplicable²⁶⁰.

Desgraciadamente, son habituales los casos en los que la empresa no reacciona de una manera clara y el empleado solicitante llega al punto de no saber con exactitud en qué situación se encuentra, ya que cabe la posibilidad de que la empresa no conteste de manera expresa – ya sea reconociendo o denegando el derecho– a la solicitud formulada por el trabajador.

²⁵⁹ Como ejemplo significativo, destacar el convenio colectivo de “*Pilotos de Helicisa, S.A.*”, aprobado mediante Resolución de fecha 23 de marzo de 1995, cuyo artículo 37 establece que “*la petición de excedencia será resuelta por la empresa en el plazo máximo de dos meses a contar desde la oportuna solicitud, o excepcionalmente en el plazo máximo de tres meses*”. En el mismo sentido, el convenio colectivo de “*Hero España, S.A.*”, aprobado mediante Resolución de 17 de agosto de 2005, cuyo artículo 10 establece que “*las peticiones de excedencia se resolverán dentro de los quince días siguientes a su presentación y serán atendidas dentro de las necesidades de la Empresa*”; convenio colectivo de ámbito estatal para la fabricación de conservas vegetales de 2005, cuyo artículo 39 establece que “*las peticiones de excedencia se resolverán dentro de los 15 días siguientes a su presentación*”; convenio colectivo para farmacias de 2006, cuyo artículo 22 establece el plazo máximo de respuesta empresarial en un mes; convenio colectivo de “*Unidad Editorial, S.A.*”, publicado en el BOE el 31 de octubre de 2005, cuyo artículo 33.2 dispone que “*la empresa responderá a la solicitud de la excedencia voluntaria formulada por el empleado en el plazo máximo de 30 días*”.

²⁶⁰ PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral, op. cit.*, página 25.

En este tipo de casos, cabría interpretar dicho silencio como un asentimiento empresarial, lo que daría pie a que el empleado comenzara a disfrutar de la excedencia voluntaria sin haber obtenido un reconocimiento expreso por parte del empresario. Esta línea de actuación es precisamente la que no se tiene que seguir. El trabajador no debe interpretar la falta de respuesta empresarial como si fuera un silencio administrativo positivo, aunque sí que es necesario precisar que no siempre resulta fácil conocer con exactitud las consecuencias que deben atribuirse al silencio de la empresa ante la solicitud del trabajador, en relación con las diferentes facetas jurídicas que puedan resultar afectadas. Aún así, lo que generalmente se supone es que la falta de conformidad expresa o tácita del empresario, debe ser suplida por una decisión judicial, plasmada en una sentencia en la que el ejercicio del derecho a la excedencia sea reconocido y su ejercicio autorizado²⁶¹.

No obstante, hay que tener en cuenta que en este tipo de casos, la actitud de la empresa, no contestando a la solicitud planteada por el trabajador, podría interpretarse como un acto de mala fe, no teniendo otro propósito que el de obstaculizar el derecho del empleado, dificultando la reincorporación del empleado en la empresa.

La empresa tiene la obligación de respetar el principio de buena fe contractual, establecido en el artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, y debe contestar al trabajador en un sentido u en otro y, por esa razón, aunque el convenio colectivo no lo ordene de modo expreso, si el trabajador preavisó de su propósito, la buena fe exige de la empresa que responda a la solicitud de excedencia en un tiempo razonable: ya sea en un sentido afirmativo, para seguridad del empleado; o

²⁶¹ STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 7 de marzo de 2001 (AS 2001/2446); en el mismo sentido, la STSJ de Andalucía (Granada) de fecha 8 de enero de 2003 (AS 2003/665).

en un sentido negativo, para que el trabajador disponga de oportunidad suficiente de escoger lo que más le convenga en los planos personal y profesional antes de la fecha en que había calculado que dejaría de trabajar.

De todas maneras, y teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, vuelvo a incidir en la conveniencia de interponer, una vez transcurrido un determinado lapso de tiempo sin que el trabajador obtenga respuesta alguna por parte de la empresa, la correspondiente demanda judicial mediante la cual el empleado solicite el reconocimiento de su derecho ante la autoridad laboral competente, siendo la autoridad judicial la que, en su caso, pueda llegar al punto de dictar medidas cautelares señalando el derecho del empleado de colocarse en situación de excedencia voluntaria.

En esta línea, es importante destacar que el trabajador que haya presentado una demanda como consecuencia de una negativa empresarial a su derecho a la excedencia voluntaria, ya sea ésta una negativa de carácter expreso o tácito, no puede erigirse en definidor de su propio derecho, y ello en el supuesto de que el fallo judicial haya estimado su petición. En estos casos, el empleado debe esperar, al menos, a que se produzca la ejecución provisional de la Sentencia estimatoria de su petición, y con ello colocarse en situación de excedencia voluntaria. De producirse lo contrario, el trabajador no tendría el derecho adquirido para acceder a la situación de excedencia voluntaria²⁶².

En materia de ejecución provisional, es necesario recordar que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no ha establecido un procedimiento concreto a la hora de regular el tratamiento que debe seguirse a la hora de exigir el

²⁶² En referencia a la STSJ de la Región de Murcia de fecha 24 de mayo de 1999 (AS 1999/1690) y STSJ de Cataluña de fecha 15 de noviembre de 2001 (AS 2002/133).

cumplimiento de obligaciones de hacer o no de hacer, tal vez el único supuesto no previsto expresamente en la Ley procesal laboral. Y por supuesto me estoy refiriendo a aquellos casos en los que existiese una sentencia a través de la cual se estimase la demanda declarativa de reconocimiento de derechos formulada por el empleado al objeto de conseguir su reincorporación efectiva a la empresa a través del ejercicio de su derecho preferente de reingreso, contemplado en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores.

2.3. Revocación y renuncia de la excedencia voluntaria: el conflicto jurisprudencial.

En esta ocasión deberíamos diferenciar dos supuestos: **(i)** el primero de ellos sería aquél en el que la empresa, una vez hubiera comunicado al trabajador el reconocimiento expreso de su situación de excedencia voluntaria, se retractase de tal decisión y revocase la efectividad del derecho reconocido previamente; y, **(ii)**, el segundo de ellos sería el relacionado con el tratamiento que se debería otorgar a la situación en la que quedaría el trabajador que solicitara y obtuviera el reconocimiento empresarial de su derecho a colocarse en situación excedencia voluntaria pero que, posteriormente, fuera el mismo quién procediese a comunicar su renuncia en cuanto al ejercicio de dicho derecho

2.3.1. Revocación.

En cuanto a la revocación del derecho a la excedencia voluntaria de manera posterior al reconocimiento expreso empresarial, tenemos que partir de la base de la existencia de la obligación por parte de la Dirección de la empresa a la hora de reconocer el ejercicio del derecho ostentado por el trabajador a fin de colocarse en

situación de excedencia voluntaria, obligación que aparece enmarcada en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Por lo que se refiere a la revocación de la concesión de la excedencia voluntaria, la cuestión relativa a si la empresa podría modificar su postura inicial y revocar tal concesión, la respuesta debe ser negativa. Y ello no solo si el trabajador reúne todos los requisitos necesarios para su ejercicio y su solicitud ha sido ajustada a derecho, ya que aún en el hipotético caso de que la empresa hubiese podido denegar el ejercicio del derecho a la excedencia voluntaria, una vez concedida, no podría revocar dicha concesión, ni tampoco pretender que el trabajador se reincorporase mientras subsistiese la suspensión del contrato de trabajo de la misma²⁶³.

Es por ello que, una vez concedida la excedencia voluntaria, su concesión no puede ser revocada de manera unilateral por la empresa y así pretender cambiar los términos en base a los cuales ésta fue realizada, ni por supuesto pretender la reincorporación anticipada del empleado mientras el período de suspensión del contrato de trabajo – es decir, el período de excedencia voluntaria – subsista²⁶⁴.

2.3.2. Renuncia.

Por otra parte, también se ha planteado el conflicto en torno a saber si el empleado podría renunciar a su derecho de excedencia voluntaria una vez éste ya hubiera sido reconocido válidamente por el empresario. En principio, la renuncia a la excedencia voluntaria no se encuentra comprendida entre las prohibiciones del

²⁶³ STS de fecha 22 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6263).

²⁶⁴ Así se pronuncia las SSTs de fecha 20 de septiembre de 1984 (RJ 1984/4440) y de fecha 23 de marzo de 1983 (RJ 1983/1179).

artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores. Por consiguiente debería estimarse válida aunque no se encuentre prevista expresamente en la norma estatutaria.

Pero, una vez llegados a este extremo, cabría plantearse diversas circunstancias que, en mi opinión, podrían afectar a las posibilidades que tendría el empleado al objeto de comunicar a la empresa su deseo de renunciar al ejercicio del derecho de excedencia voluntaria previamente concedido. De entre ellas, una de las más importantes se centraría en averiguar si la comunicación de renuncia efectuada por el trabajador pudiera suponer algún tipo de perjuicio grave y palpable para los intereses de la empresa. Desde luego, en el momento en que se acreditase una conexión directa entre la intención de renuncia por parte del trabajador excedente voluntario y el perjuicio que se pudiera generar a los intereses de la persona seleccionada y contratada para cubrir el puesto de trabajo dejado vacante por el solicitante de la excedencia voluntaria, la renuncia no debería estimarse válida, si en el momento de producirse existía ya un compromiso entre la empresa y el nuevo trabajador, o bien, si al menos la empresa ya hubiera iniciado los trámites pertinentes en relación a la búsqueda de un sustituto (notificación a la oficina pública de empleo, primeras tomas de contacto con diferentes trabajadores, inicio del proceso de selección de personal, etc.).

Siguiendo esta línea, no hay que olvidar una posible conexión directa entre dicha intención de renuncia y la existencia de un perjuicio a los propios intereses empresariales traducidos en un innecesario incremento de la plantilla o cualquier otro desajuste, tanto económico, productivo como organizativo²⁶⁵.

²⁶⁵ STS de fecha 4 de octubre de 1988 (RJ 1988/7523).

Si bien es cierto que la jurisprudencia ha rechazado la retractación del trabajador una vez que ha comunicado a la empresa su voluntad de causar baja, esta doctrina no sería de aplicación al caso presente, pues no se trata aquí de extinguir el contrato de trabajo, sino precisamente de ejercer uno de los derechos que al trabajador en activo le reconoce la ley, como es el de pasar a la situación de excedencia voluntaria, por lo que la manifestación de la voluntad de ejercicio de ese derecho no le impediría su desistimiento ulterior.

Cuestión distinta es que hayan de fijarse límites a esa posibilidad, como lo hizo en su momento la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de octubre de 1988²⁶⁶, la cual señalaba que no podía aceptarse la retractación en el caso de que la empresa hubiera llegado a un compromiso con el nuevo trabajador.

A sensu contrario, y en el caso de que no se produjera ningún perjuicio para la empresa ni para terceros y se alegara un motivo razonable y comprensible del que no se pudiera deducir en ningún momento mala fe por parte del trabajador solicitante, se podría interpretar que éste tendría más opciones a la hora de defender mejor su posición, pero ni mucho menos podríamos estar hablando de una garantía plena y absoluta, habida cuenta que el reconocimiento del derecho a la excedencia voluntaria no comporta la conservación del puesto de trabajo, sino que únicamente conlleva un derecho de preferente reingreso en la empresa en las vacantes que pudieran existir en el momento del reingreso.

En sentido, cabría incluso valorar la teoría de que el rechazo de la renuncia formulada a la excedencia ya concedida pudiera ser expresión de una unilateral manifestación extintiva del contrato de trabajo, en la medida en que aquel rechazo,

²⁶⁶ STS de fecha 4 de octubre de 1988 (RJ 1988/7523).

por su manifiesta injustificación y en atención al resto de las circunstancias concurrentes, pudiese ser revelador del propósito empresarial de deshacerse del trabajador, con la complementaria expectativa de que el derecho al reingreso no llegara nunca a formularse o a materializarse. Pero semejante hipótesis de trabajo requeriría el indefectible concurso de una serie de condicionamientos: **(i)** en primer lugar, que la renuncia al derecho obedeciese a razones que permitieran situar la misma en una situación equivalente a la buena fe total y pura con que todo derecho ha de actuarse, apoyándose en lo dispuesto en el 7.1 del Código Civil; **(ii)** en segundo lugar, que esa renuncia no perjudicase a terceros, esta vez tomando como referencia lo establecido en el artículo 6.2 del mismo cuerpo legal; y, **(iii)**, en tercer lugar, que el rechazo de la misma se revelase absoluta y totalmente injustificado²⁶⁷.

Ya por último, habría que tener en cuenta que cuando la empresa resuelve la solicitud de excedencia voluntaria, lo hace en cumplimiento y dentro de los requisitos establecidos a tal efecto, ya sea en base al convenio colectivo de aplicación o, en su caso, al propio Estatuto de los Trabajadores. Una vez que se cumplen los requisitos de acceso a la situación de excedencia voluntaria, y se solicita su reconocimiento, la empresa efectivamente está obligada a reconocerlo.

Por ello, una vez que se produce dicho reconocimiento empresarial, la fecha de notificación es absolutamente irrelevante puesto que dicha fecha no opera como “*dies a quo*” para el nacimiento del derecho; nacimiento que, por otra parte, se

²⁶⁷ En este sentido, cabe destacar la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de fecha 27 de julio de 2007 (JUR 2007/306772). En la misma línea, la STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 31 de octubre de 2007 (JUR 2008/85584).

produce en el momento que, reuniéndose todos los requisitos, tanto legal como convencionalmente exigibles, se solicita²⁶⁸.

²⁶⁸ Siguiendo la línea judicial mantenida por la STSJ del Principado de Asturias de fecha 3 de julio de 1998 (AS 1998/2325).

IV. La Fijación Temporal de la Excedencia Voluntaria.

1. La nueva duración de la excedencia voluntaria, en aplicación de lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres. Aspectos a destacar.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres ha supuesto un antes y un después en relación a los límites temporales establecidos en la figura jurídica de la excedencia voluntaria.

Desde la entrada en vigor de la Ley 8/1980 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, la duración de la excedencia voluntaria había permanecido inalterable. A lo largo de casi tres décadas, los mínimos y máximos temporales de la excedencia voluntaria se habían fijado en dos y cinco años, respectivamente. Todo ello cambió con la entrada en vigor de la nueva normativa, la cual respetó la duración máxima de la institución, pero modificó de manera significativa su margen mínimo, fijándolo en cuatro meses.

Así, por tanto, todos aquellos trabajadores que tuvieran una antigüedad mínima de un año en la empresa tendrían derecho a que se les reconociera la posibilidad de solicitar una excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no superior a cinco años.

En mi opinión, lo que verdaderamente pretendió el legislador a la hora de poner en práctica esta nueva regulación fue flexibilizar el uso de la excedencia

voluntaria. Hasta ahora, el empleado se veía muy limitado en cuanto al ejercicio de su derecho a situarse en excedencia voluntaria, pues el marco mínimo temporal de dos años resultaba, en la mayoría de las ocasiones, un obstáculo insalvable.

La nueva duración mínima de cuatro meses permitiría que los trabajadores pudieran retornar a la empresa en un lapso de tiempo relativamente breve. Además de ello, hay que tener en cuenta que el empleado solicitante, en el supuesto de que durante el tiempo de excedencia voluntaria perdiera su puesto de trabajo, no tendría derecho a las prestaciones por desempleo, ya que se consideraría que no se encontraría realmente en una situación de desempleo ordinaria, puesto que aún conservaría un derecho preferente al reingreso en la empresa de origen, derecho que únicamente podría ser ejercitado a la finalización de su situación de excedencia, lo que ocasiona la consiguiente desprotección económica para el trabajador²⁶⁹. Por ello, la nueva duración mínima establecida ofrece muchas más posibilidades legales al empleado, otorgándole un mayor margen de actuación.

Por otra parte, a través de la nueva duración mínima, los trabajadores van a poder encontrar muchas más soluciones a la hora de hacer frente a las diversas circunstancias que pudiesen atravesar, ya fueran de carácter personal o profesional.

Anteriormente a la nueva normativa, el empleado que se veía afectado por un problema concreto que limitaba sus posibilidades laborales en la empresa, solía recurrir a los permisos y licencias temporales retribuidas para así poder ausentarse del trabajo en base a una serie de motivos y causas tasadas y enumeradas en el

²⁶⁹ PÉREZ ALONSO, M.A.: “La excedencia laboral. Aspectos laborales y de seguridad social. A propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Aranzadi Social*, número 10, 2007.

artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores. No obstante lo anterior, en ocasiones dichos permisos no eran suficientes, por lo que el trabajador se encontraba en una evidente situación de inseguridad jurídica a la hora de afrontar el problema que le había surgido. En ese caso, el recurso al artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores se consideraba escaso, y el recurso a la excedencia voluntaria, arriesgado, debido al excesivo tiempo de espera a la hora de llevar a cabo el reingreso.

Es por eso que, en mi opinión, el objetivo esencial de la nueva regulación no es otro que el de dotar de mayores posibilidades de actuación al trabajador, flexibilizando su situación laboral, permitiéndole afrontar las diversas circunstancias personales o profesionales que le puedan surgir con muchas más garantías legales.

2. Límites temporales de la excedencia voluntaria.

En relación a la duración de la excedencia voluntaria, el Estatuto de los Trabajadores no ha establecido unos períodos temporales fijos para su disfrute. Lo que sí que ha hecho es marcar unos topes mínimos (cuatro meses) y máximos (cinco años), que deben ser respetados por el empleado. La norma estatutaria no ha establecido de manera clara y directa la forma de entender estos plazos, ni tampoco el modo en el que éstos deben ser tratados, ya que su configuración legal es realmente escasa. La pregunta que siempre se ha planteado la doctrina es la de si estos límites temporales impuestos por la Ley son de carácter necesario, o por el contrario, son susceptibles de variación, ya fuera de manera convencional o mediante pacto individual.

Efectivamente, la modificación de los tope mínimos y máximos es perfectamente asumible, siempre que se realice en beneficio de los derechos que el trabajador ya tiene reconocidos implícitamente. En general, la duración de la excedencia voluntaria podría ser alterada por los convenios colectivos o por acuerdos privados entre empresario y trabajador, siempre que actuasen mejorando lo dispuesto por la norma estatutaria, pero sin la opción de recortar el máximo permitido estatutariamente²⁷⁰, es decir, que la modificación únicamente debería consistir en reducir el tope mínimo o en aumentar el tope máximo²⁷¹.

Otra cuestión diferente sería cuando la intención del empresario o del convenio colectivo de aplicación consistiera en aumentar el tope mínimo – haciendo que fuera superior a cuatro meses – o reducir el tope máximo de la excedencia voluntaria – haciendo que fuera inferior a cinco años²⁷² –.

²⁷⁰ PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, *op. cit.*, página 25; en el mismo sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.: “Otros tipos de excedencia: voluntaria, por nacimiento de hijos y por ejercicio de funciones sindicales”, *op. cit.*, página 310

²⁷¹ En este caso, cabe hacer referencia a una Sentencia ya comentada anteriormente, como es la STS de fecha 26 de junio de 1998 (RJ 1998/5790). La cuestión trata sobre el caso de un empleado que solicita una excedencia voluntaria, en su duración máxima, al amparo de la norma convencional vigente en ese momento. La duración máxima que establecía dicha regulación convencional era de diez años. El dilema se plantea en torno a la aparición posterior de un nuevo convenio colectivo que fija la duración máxima en cinco años, derogando lo dispuesto por el anterior, produciendo como consecuencia fundamental el cese del trabajador por expiración del plazo de su situación de excedencia voluntaria. La resolución judicial entiende que no puede afectar la reducción de plazo de la excedencia voluntaria a quien ya venía disfrutando de la misma.

²⁷² En este sentido, el convenio colectivo de “Petróleos del norte, S.A.”, aprobado mediante Resolución de fecha 27 de abril de 2010, cuyo artículo 44 establece que la Compañía “concederá excedencia voluntaria a su personal por un plazo no inferior a seis meses ni superior a tres años siempre que se den una serie de circunstancias”.

En este sentido, y tomando como referencia la opinión mayoritaria de la doctrina, estas cláusulas se considerarían nulas por establecer condiciones “*in peius*” a las legalmente previstas²⁷³. Aunque, tal y como ya he dicho anteriormente, existiría la alternativa de modificar la duración de la excedencia voluntaria, alterando sus topes mínimos y máximos, pero siempre a cambio de una compensación a favor del trabajador, podría venir traducido en el reconocimiento de un derecho de reserva incondicional de puesto de trabajo a la finalización de la situación de excedencia voluntaria.

El artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores plantea un sistema de límites – tanto mínimos como máximos – pero no establece con precisión la duración que debe tener una situación de excedencia voluntaria. Es recomendable que el trabajador, en la comunicación de solicitud que entregue al empresario, especifique claramente que duración desea que tenga su excedencia voluntaria²⁷⁴. Y digo recomendable porque el empresario debe conocer el tiempo que el trabajador va a permanecer en situación de excedencia con el fin de proceder a una

²⁷³ RODRÍGUEZ COPE, M^a. L.: “La Regulación de la Excedencia Voluntaria desde la Ley y el Convenio. Algunos problemas planteados”, *op. cit.*, página 242; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, *op. cit.*, página 26; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 70; ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, *op. cit.*, página 265.

²⁷⁴ En este sentido, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de fecha 7 de marzo de 1995 (AS 1995/912), la cual establece como requisito fundamental para el reconocimiento empresarial de la excedencia voluntaria la declaración de voluntad recepticia del trabajador con expresión del término de duración dentro de los límites legales o convencionales, establecido en función de los intereses particulares del trabajador a los que está ordenada la institución, sin que pueda ser rechazada su concesión por el empleador, salvo que medie abuso de derecho por parte del titular. Aquí se entiende que siempre que el empleado respetase los mínimos y máximos establecidos por Ley o por convenio colectivo de aplicación, podrá hacer valer su derecho frente al empresario, el cual estará obligado a expresar su reconocimiento.

mejor organización de recursos, tanto a nivel organizativo, técnico como productivo²⁷⁵.

No obstante lo anteriormente dicho, cabría plantear diferentes escenarios en materia de duración de excedencia voluntaria. En este sentido, cabría contemplar cuatro supuestos distintos: **(i)** el primero de ellos sería aquel en que el trabajador expresase con total claridad la duración de la excedencia voluntaria, recibiendo la plena aceptación por parte del empresario; **(ii)** otra segunda posibilidad sería que el trabajador, efectivamente concretase en su escrito de solicitud la duración de su excedencia voluntaria, y el empresario contestara con otro escrito sugiriéndole la modificación de dicha duración (es preciso aclarar que no nos estamos refiriendo de ninguna imposición empresarial, sino, simplemente de la posibilidad de que haya una previa negociación entre ambas partes, y siempre supeditada a que la decisión final estuviera en manos del trabajador ya que el empresario no tiene la capacidad necesaria para imponer una duración de la excedencia voluntaria de manera discrecional) ; **(iii)** el tercer caso sería aquel en que el trabajador entregase al empresario una solicitud “*sin límite*”, es decir, sin precisar una duración determinada y entonces fuese el mismo empresario el que le contestase

²⁷⁵ Naturalmente, es el trabajador interesado en el ejercicio de su derecho el que debe procurar informar al empresario acerca de la duración que quiere que tenga su excedencia voluntaria. No obstante, existen algunos convenios colectivos que limitan el comienzo del ejercicio del derecho a unos meses determinados. Es el caso del XII convenio colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, aprobado mediante Resolución de fecha 19 de diciembre de 2006, cuyo artículo 29.3 b) establece que “*en el caso del profesorado, la excedencia se comenzará a disfrutar en los meses de julio y agosto, salvo acuerdo entre las partes*”. Entiendo que dicho cláusula es ilegal por cuanto restringe los derechos laborales del trabajador, limitándolos de manera ostensible y chocando de frente contra el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, el cual considera nulos todos aquellos actos que intenten disponer de un derecho mínimo necesario reconocido al trabajador por Ley. El artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores nada dice acerca del momento de inicio de la excedencia voluntaria, por ello, y atendiendo al principio de norma más favorable establecido por el artículo 3.3. del Estatuto de los Trabajadores, la norma estatutaria tiene total preferencia respecto a la norma convencional de turno.

sugiriéndole que estableciese los correspondientes límites temporales a la hora de obtener el reconocimiento de su derecho; y (iv), en último lugar, cabría plantear la posibilidad de que, efectivamente, el trabajador no contemplara ninguna duración en su solicitud y el empresario tampoco le exigiera ningún tipo de concreción. En este caso sería la Ley, la que tendría la última palabra sobre el asunto, por lo que la excedencia voluntaria se entendería requerida por un tiempo mínimo de cuatro meses hasta un tiempo máximo de cinco años, por lo que el empleado podría solicitar su reingreso dentro de dicha curva temporal.

También sería posible que en el convenio colectivo de aplicación no se especificara expresamente la duración máxima de una excedencia voluntaria²⁷⁶. En este caso se aplicaría la duración máxima establecida en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores.

En este sentido, y según ARGUELLES BLANCO, cabría la posibilidad de que no se llegase a fijar ningún plazo específico de finalización de la situación de excedencia voluntaria, por lo que el empleado quedaría en una situación de “*sine die*”, lo que supondría una importante alteración de la naturaleza temporal de la institución jurídica. La autora incide en la viabilidad de tal opción insistiendo en que tampoco habría mucha diferencia respecto a una fijación máxima de la duración, pues el excedente, en el caso de que no hubiera vacante en el momento de solicitar el reingreso, quedaría en una situación expectante de carácter indefinido, hasta que se produjera la existencia de algún puesto de trabajo de igual

²⁷⁶ Son escasísimas las normativas convencionales que ilimitan la duración de la excedencia voluntaria. Un ejemplo sería el convenio colectivo de CAMPSA del año 1990 no establecía ningún tipo de límite temporal máximo en relación a la solicitud de una excedencia voluntaria por parte de los trabajadores que hubieran ingresado en la empresa con anterioridad al 1 de mayo de 1972. El convenio colectivo actual (años 2004 – 2009) derogó tal regulación y, en base a lo dispuesto en su artículo 41, dispuso que la excedencia voluntaria no podría tener una duración mínima inferior a un año ni superior a diez.

o similar categoría profesional. Otra cuestión sería si ese trabajador excedente voluntario fuese titular de un derecho de reserva a ese puesto de trabajo. En este caso, el caos contractual sería importante, puesto que las facultades organizativas del empresario se verían supeditadas a la decisión del trabajador de retornar a su puesto de trabajo, decisión que podría tomar en cualquier momento debido a la inexistencia de límite temporal alguno. Las consecuencias serían nefastas tanto para el empresario – pues su poder de organización se reduciría considerablemente – como para el trabajador sustituto – ya que su situación de interinidad podría prolongarse por un largo período de tiempo siempre supeditada a la decisión final de reingreso del excedente voluntario –. La autora también hace mención a la posibilidad de que el empresario y el trabajador, mediante un pacto de carácter individual, acuerden una duración concreta al solicitar la excedencia, aumentado o reduciendo los mínimos y máximos temporales.

No comparto esta teoría, pues partimos de la base de que cualquier pacto que se materialice, ya sea a nivel individual o colectivo, debe mejorar lo establecido por la previsión estatutaria y debe beneficiar directamente al empleado que ejercite sus derechos. Por tanto, cualquier pacto individual, concertado entre empresario y trabajador, que limite los márgenes temporales establecidos por el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores debería ser interpretado como una renuncia de derechos por parte del empleado, renuncia prohibida por el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto a la fecha de inicio del disfrute de la excedencia voluntaria, se entiende que ésta no tiene porqué coincidir con la fecha de reconocimiento empresarial del ejercicio del derecho, ya que esta última, generalmente, será

anterior²⁷⁷. Es conveniente que tanto trabajador como empresario establezcan previamente los límites de disfrute del derecho en virtud de un pacto bilateral. En base a dicha idea, es cierto que el trabajador es la parte que debe fijar la duración de su excedencia voluntaria así como también la fecha de efectos de dicho disfrute, puesto que hablamos de un derecho subjetivo que le pertenece. Pero también hay que señalar que el escrito de reconocimiento empresarial es un documento fundamental a la hora de matizar o concretar esa duración – incluyendo el disfrute efectivo del derecho – solicitada por el empleado.

Por tanto, existe una relación de complementariedad entre ambos documentos para llegar así a un acuerdo definitivo que fije de manera adecuada los términos bajo los cuales se va a desarrollar esa situación de excedencia voluntaria²⁷⁸. Con el fin de evitar mayores problemas, sería aconsejable que el empresario, en el escrito que entregase al trabajador reconociéndole el ejercicio de su derecho, le confirmase, precisando día, mes y año, la fecha exacta a partir de la cual se entiende por iniciada su situación de excedencia voluntaria, así como las condiciones y consecuencias que implicara tal reconocimiento. Si el empresario

²⁷⁷ PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcional, op. cit.*, página 313. El autor afirma que el período de disfrute de la excedencia voluntaria no se interrumpe, salvo pacto en contrario, cualesquiera que sean las circunstancias por las que el trabajador atraviese durante dicho período (pongamos el caso de una enfermedad o ejemplo similar).

²⁷⁸ De ahí que en ocasiones, ante la propuesta del disfrute por parte del trabajador, el empresario establezca condiciones tales como que el trabajador no se ausente o reincorpore durante el transcurso de un ciclo productivo, sino al inicio o al final del mismo. Algunos convenios colectivos que servirían de ejemplo serían el XII convenio colectivo de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación, aprobado mediante Resolución de fecha 19 de diciembre de 2006, más concretamente su artículo 29.3 b) o el convenio colectivo estatal para los centros de enseñanzas de peluquería y estética, de enseñanzas musicales y de artes aplicadas y oficios artísticos publicado en el B.O.E. el 2 de julio de 2007, cuyo artículo 34 establece que la situación de excedencia voluntaria comenzará a disfrutarse el primer mes de comienzo de cada curso, salvo mutuo acuerdo para adelantarlo.

nada dijese acerca de la fecha a partir de la cual se entendiese iniciada la excedencia voluntaria, el trabajador debería formular un nuevo escrito solicitándole una mayor concreción a efectos de cómputo. La dificultad del asunto aumentaría cuando el empresario estableciese una fecha de inicio de disfrute tardía de cara a los intereses e intenciones que, en un principio, tenía el empleado²⁷⁹.

A efectos de cómputo, la fecha de comienzo efectivo de la situación de excedencia voluntaria será aquella en la que el empleado comenzase a disfrutar de su excedencia voluntaria, independientemente de la fecha en la cual se haya producido el reconocimiento empresarial de dicha situación, fecha que, con carácter habitual, será anterior al tiempo de disfrute.

Aunque también hay que atender a circunstancias especiales que puedan condicionar la fecha de efectivo disfrute del derecho, como aquella en la que por ejemplo la empresa se retrase en reconocer el derecho y llegue incluso al extremo de entregar al trabajador dicho reconocimiento en fecha posterior a la fecha de disfrute fijada por el empleado en su escrito de solicitud²⁸⁰. Así pues, tanto el acuerdo colectivo como el pacto individual adquieren un papel esencial de cara a configurar y regular la duración de la excedencia constituyéndose como las

²⁷⁹ Piénsese en aquellos casos en los que el empleado, por ejemplo, entregase al empresario su escrito de solicitud en fecha 1 de enero de 2011, con fecha de efectos de disfrute para el día 20 de enero del mismo año, y el empresario le contestase al día siguiente reconociendo dicho ejercicio pero retrasando la fecha de efectos de disfrute en tres meses. A todas luces, esta medida estaría perjudicando sobremanera los intereses del empleado y limitando considerablemente el ejercicio de su derecho.

²⁸⁰ En opinión de ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 275, aquella fecha no tendría ninguna relevancia, rigiendo la situación la que coincidiera con su inicio efectivo y las ausencias consiguientes al trabajo. La autora afirma que el período de excedencia voluntaria, una vez iniciada ésta, se contará de fecha a fecha, cualesquiera que sean las incidencias que hayan afectado al trabajador durante su transcurso, salvo acuerdo que establezca un distinto proceder.

principales fuentes administradoras de las concretas condiciones en las que el disfrute de la excedencia voluntaria puede llevarse a cabo de la manera más factible para el trabajador²⁸¹.

Es necesario destacar que el trabajador no tiene reconocida por ley la posibilidad de solicitar el reingreso antes de la finalización de la excedencia voluntaria. El empleado debe ajustar su solicitud de reincorporación a los límites temporales previamente fijados y acordados con el empresario, tanto en la comunicación de la solicitud como en el posterior escrito de reconocimiento empresarial. La petición de reingreso previo y la consecuente denegación por parte del empresario en ningún caso equivaldría a un despido.

En estos casos, la empresa no niega la pervivencia del vínculo contractual ni tampoco realiza actos con el fin de eludir la continuación del contrato de trabajo, sino que lo único que hace es respetar los términos temporales originarios del pacto que, en su día, concertó con el empleado, pacto que respeta y se ajusta a lo contemplado, tanto por la norma estatutaria como por el convenio colectivo de aplicación o pacto individual llevado a cabo entre el empresario y el trabajador en cuestión. El trabajador, cuando presenta una solicitud de reingreso previamente a la finalización de la excedencia voluntaria, está realizando un acto que no tiene ninguna base jurídica sobre la que se pueda sustentar²⁸², fundado únicamente en su intención de reanudar su relación laboral con la empresa en función de sus propios intereses personales, laborales o familiares, pero no lleva implícito el que esa adecuación de sus intereses se haga sin tener en cuenta los intereses que también

²⁸¹ RODRÍGUEZ COPE, M^a.L.: “La regulación de la excedencia voluntaria desde la ley y el convenio”, *op. cit.*, página 244.

²⁸² STSJ de Cataluña de fecha 4 de septiembre de 1996 (AS 1996/3636) y 5 de febrero de 1996 (AS 1996/1077).

pueda tener la empresa, ya que ésta, una vez concedida la excedencia por el período solicitado, tiene derecho a poder organizar sus propios intereses función del período por el que el empleado haya optado. Asimismo, también hay que tener en cuenta que el derecho de la empresa se quebrantaría si tuviera que someterse a variaciones unilateralmente decididas por el trabajador excedente²⁸³.

Por tanto, el trabajador debe respetar íntegramente la duración acordada, sin que pueda pretender que el reingreso se haga efectivo antes de su finalización, ya que no cabe requerimiento mientras la situación de excedencia voluntaria subsista²⁸⁴. Sin embargo, siempre cabe la posibilidad de que el empresario consienta el reingreso anticipado del empleado²⁸⁵.

Por otra parte, tampoco cabe la posibilidad de que sea la misma empresa la que exija el reingreso del trabajador antes de que finalice el plazo por el cual se entendiera finalizada la excedencia voluntaria.

²⁸³ SSTSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 19 de diciembre de 2006 (JUR 2007/83006) y 29 de marzo de 2006 (JUR 2006/ 213144).

²⁸⁴ STS de fecha 22 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6263). La sentencia sostiene que “*es independiente que en el momento de solicitud de reincorporación por parte del trabajador, existiese vacante en su mismo o similar puesto de trabajo*”.

²⁸⁵ Tal y como señala la STS de fecha 18 de julio de 1986 (RJ 1986/4248) cuando afirma que “*el empleado que obtiene una excedencia por un tiempo determinado, sólo puede tener éxito en su pretensión de finalizar tal situación, voluntariamente adquirida, cuando actúe en ese sentido dentro del término señalado por la normativa aplicable*”. Es imperativo que se cumpla lo convenido en base a las normas que en su día se pactaron. En el mismo sentido, SSTS de fecha 6 de octubre de 1989 (RJ 1989/7123) y de fecha 1 de julio de 1986 (RJ 1986/3920); STSJ de Andalucía (Málaga) de fecha 12 de noviembre de 1999 (AS 1999/3705).

3. Prórroga de la excedencia voluntaria: derechos del trabajador excedente voluntario y principales puntos críticos.

En el caso que nos ocupa, la posibilidad de que el trabajador solicite una prórroga de su situación de excedencia voluntaria supone un acontecimiento que ha dificultado sobremanera el funcionamiento de la institución jurídica en sí. En este supuesto, hay que partir de una clara diferenciación en materia de prórrogas.

Por una parte, puede darse el caso de que el trabajador desee continuar su situación suspensiva y, consecuentemente, solicitar una prórroga de su excedencia voluntaria antes de que ésta llegue a su fin. A este tipo de prórroga la denominaremos “*prórroga expresa*”.

Por otra parte, cabe la posibilidad de que el trabajador solicite en tiempo y forma su reingreso, pero la empresa se lo deniegue en base a la inexistencia de vacantes de igual o similar categoría profesional, quedando en situación expectante o, tal y como afirma cierto sector doctrinal, en situación de “*prórroga tácita*”²⁸⁶.

²⁸⁶ PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcional, op. cit.*, página 319. El autor reflexiona en torno a la situación en la que quedaría el trabajador que, habiendo solicitado el reingreso en la empresa, se encuentra con la negativa justificada de la empresa por inexistencia de vacantes de igual o similar categoría profesional. A esta situación la denomina prórroga tácita en base a que dicho mantenimiento de la excedencia hasta que la vacante se produzca, técnicamente no puede considerarse como una prórroga en sentido estricto de la palabra.

3.1. Prórroga expresa o propia.

En el supuesto de la prórroga propiamente dicha, cabe distinguir entre el caso de aquel trabajador que, habiendo solicitado una ampliación de su situación de excedencia voluntaria, no llegase a superar el tope máximo temporal contemplado en el Estatuto de los Trabajadores – cinco años – o, en su caso, por la negociación colectiva, y el supuesto del empleado que solicitase una continuación de su situación suspensiva que, en esta ocasión sí, superase la duración máxima establecida legal o convencionalmente²⁸⁷.

En el primero de los casos, si la empresa se muestra conforme con dicha petición de prórroga, el acuerdo será vinculante para ambas partes, siendo únicamente susceptible de modificación en un momento posterior. Hay que señalar que el trabajador no podría actuar de una manera unilateral²⁸⁸ – de manera análoga a lo que sucede en los casos de solicitud de la excedencia voluntaria y el posterior reconocimiento empresarial –.

En este sentido, hay que tener en cuenta que en el momento se concede una excedencia voluntaria a favor del trabajador, se regulan una serie de condiciones que dictaminan la manera en la que el empleado va a disfrutar de ese derecho. Por tanto, cualquier modificación que se adopte posteriormente, ya sea por voluntad del trabajador o, en su caso, del empresario, se hará en la medida en que no

²⁸⁷ En este sentido, PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial, op. cit.*, página 319 se muestra contrario a que el trabajador pueda prorrogar su situación de excedencia voluntaria más allá del período de duración establecido en cada caso, pues el Estatuto de los Trabajadores no contiene referencia alguna que permita apoyar tal teoría.

²⁸⁸ STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 20 de septiembre de 1996 (AS 1996/2861); STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 15 de diciembre de 1995 (AS 1995/4867) y STSJ de Cataluña de fecha 1 de febrero de 1995 (AS 1995/661).

contraríen la Ley ni mermen derechos irrenunciables, en relación a lo dispuesto en los artículos 1091, 1255, 1256 y 1258 del Código Civil, pudiendo las partes regular las condiciones de la excedencia, siempre con los expresados límites de no vulneración de derechos laborales de carácter necesario, una vez perfeccionada su voluntad negociadora en virtud del carácter conmutativo y sinalagmático del contrato de trabajo²⁸⁹.

En el segundo de los casos – solicitar una prórroga de la excedencia sobrepasando la duración máxima establecida por norma legal o convencional – opino que únicamente podría entenderse viable el quebrantamiento del tope temporal sobre la base de un previo pacto individual entre empresario y trabajador. Cualquier otra opción carecería de un fundamento sólido²⁹⁰.

Determinados autores defienden el derecho del trabajador a la prórroga siempre que el empleado lo ejercitase de buena fe – avisase con antelación suficiente, respetase los topes temporales máximo, etc. –, aunque también tienen en cuenta que los evidentes vacíos legales que desprende el régimen jurídico de la excedencia voluntaria deben encontrar arreglo en los diferentes pactos individuales²⁹¹.

A pesar de todo lo dicho, la tendencia mayoritaria considera que la prórroga de la excedencia voluntaria no viene reconocida expresamente en el Estatuto de los Trabajadores y que, por tanto, no es de obligado reconocimiento por parte de la

²⁸⁹ STSJ de Cantabria de fecha 8 de mayo de 1992 (AS 1992/2819).

²⁹⁰ De la misma opinión es ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, *op. cit.*, página 278.

²⁹¹ Afirmación realizada por SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La prórroga de la excedencia voluntaria”, *op. cit.*, página 7.

empresa²⁹². Por ello, el trabajador siempre tiene la posibilidad de solicitar una prórroga de su excedencia pero la empresa en ningún momento está obligada a concedérsela, salvo acuerdo expreso ya sea plasmado en un pacto individual o de carácter colectivo. En este sentido se ha manifestado claramente el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 23 de julio de 2010²⁹³, en relación a si en base a lo dispuesto en el precepto legal del 46.2 del Estatuto de los Trabajadores podría interpretarse que el trabajador excedente voluntario tendría o no derecho a que la empresa aceptase su solicitud de prórroga hasta el máximo legal establecido por la propia norma estatutaria.

El Tribunal interpretó la excedencia voluntaria como un supuesto atípico de suspensión de contrato de trabajo, circunstancia la cual acarrea como principal consecuencia la alteración de la normalidad laboral y contractual entre el trabajador y la empresa.

En efecto, coincide en señalar que los términos bajo los cuales se define el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores están reconociendo al trabajador el derecho a una excedencia cuyo período temporal es de libre elección por él, pero nunca sobre la base de que dicho período pudiera ser alterado de forma unilateral por el propio trabajador²⁹⁴.

²⁹² En este sentido, RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 60, cuando afirma que el Estatuto de los Trabajadores no contiene referencia alguna que permita sostener la posibilidad de prorrogar la situación de excedencia más allá de la duración establecida para cada caso concreto, salvo que exista acuerdo entre las partes.

²⁹³ STS de fecha 23 de julio de 2010 (RJ 2010/7286), siguiendo la línea jurisprudencial establecida en su día por la STS de fecha 11 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9528).

²⁹⁴ SSTs de fecha 23 de julio de 2010 (RJ 2010/7286) y de 11 de diciembre de 2003 (RJ 2003/9528). En el mismo sentido, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de fecha 7 de marzo de 1995 (AS 1995/912), STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 15 de diciembre de 1995 (AS 1995/4867), STSJ de la Comunidad

En consecuencia, el hecho de que el legislador haya aceptado la posibilidad de que la excedencia pueda alcanzar una duración de entre cuatro meses y cinco años supone reconocer al trabajador un derecho a suspender su relación laboral con la empresa en función de sus intereses personales, laborales o familiares, pero eso no significa que esa adecuación de intereses se realice sin tener en cuenta los propios intereses de la empresa. Una vez concedida la excedencia por el período solicitado, el empresario ostenta la capacidad y libertad necesaria para poder organizar sus propios recursos internos en función del período por el que el trabajador optó. Desde luego, ese derecho quebraría si tuviera que someterse a variaciones ulteriores unilateralmente decididas por el trabajador excedente voluntario.

El mero hecho de aceptar la posibilidad de que un trabajador en situación de excedencia voluntaria pudiera tener derecho a obtener una prórroga de la ya concedida con anterioridad, equivaldría materialmente a aceptar la posibilidad de obtener una nueva excedencia aunque formalmente apareciera como una continuación de la primera, y ello no parecería compatible con las previsiones legales, y más aún si cabe 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 sola de las partes.

Por tanto, la conclusión alcanzada se tradujo en el reconocimiento del derecho del trabajador a la hora de solicitar la prórroga de su situación de

Autónoma de las Islas Baleares de fecha 20 de septiembre de 1996 (AS 1996/661), STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 9 de octubre de 2006 (AS 2007/2995), SSTSJ de Cataluña de fecha 5 de septiembre de 2006 (JUR 2007/111459) y 12 de noviembre de 2002 (JUR 2003/18779), y SSTSJ de Aragón de fecha 18 de julio de 2006 (AS 2007/19) y 22 de septiembre de 2005 (AS 2005/3642).

excedencia voluntaria, pero en ningún caso condicionado a un obligado reconocimiento empresarial. Por tanto, la empresa sería libre de aceptar o no la solicitud de prórroga formulada por el trabajador. Aunque ajustándonos al caso concreto, habría que tener presente que cuando la empresa concede una prórroga al trabajador no estando obligada a ello, la parte empresarial ha de estar a sus propios actos²⁹⁵.

En mi opinión, considero que el trabajador tiene plena libertad para ejercitar su derecho de prórroga, aunque nunca con la seguridad total de que la respuesta empresarial vaya a colmar sus expectativas, ya que la discrecionalidad del empresario a la hora de reconocer la prórroga es total. Además de ello, el vacío normativo existente hoy en día tampoco ayuda mucho a defender la posición jurídica del empleado que solicite una prórroga. Otra cosa muy distinta sería si el propio convenio colectivo regulase el funcionamiento jurídico de las prórrogas y la manera a través de la cual el trabajador puede llevar a cabo el ejercicio de su derecho. En esta línea, cabe distinguir tres tipos de cláusulas referidas a la prórroga: **(i)** las que la rechazan expresamente²⁹⁶; **(ii)** las que la configuran como una decisión que concierne al empresario²⁹⁷; y, **(iii)**, las que la configuran expresamente como un derecho del trabajador²⁹⁸.

²⁹⁵ STSJ de Cataluña de 2 de abril de 1996 (AS 1996/407).

²⁹⁶ El artículo 32.2 del convenio colectivo de Federación Farmacéutica del año 1995 rechazaba expresamente la posibilidad de que el empleado pudiera solicitar una prórroga de su situación de excedencia voluntaria. El artículo 33.2 del convenio colectivo actual, aprobado mediante Resolución de fecha 8 de febrero de 2008, derogó dicha cláusula.

²⁹⁷ Así lo establece el convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón, aprobado mediante Resolución de fecha 14 de enero de 2008. En él se señala que transcurrido el tiempo de excedencia, sería potestativo de la empresa ampliarlo, por igual período, a solicitud del trabajador.

²⁹⁸ Entre otros, el artículo 25 del convenio colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias, aprobado mediante Resolución de fecha 21 de diciembre de 2005. En el mismo sentido, el artículo 41 del

En cuanto a las posibles alternativas que posee el empleado en el supuesto de que la empresa rechazase su solicitud de prórroga, cabe señalar que el trabajador, complementariamente a la solicitud de prórroga, debe presentar la preceptiva solicitud de reingreso y reincorporarse a la empresa con independencia de que acuda al órgano jurisdiccional competente para solicitar el reconocimiento judicial de su derecho²⁹⁹. La demanda interpuesta por el trabajador no le exoneraría de su obligación de reincorporarse a la empresa. Ya hemos dicho antes que el empleado no está capacitado para decidir de manera unilateral la continuación de su situación de excedencia voluntaria al interpretar que la empresa tiene la obligación de prorrogársela.³⁰⁰

En este tipo de casos, el empleado debería reclamar judicialmente su protección en relación a la solicitud de la prórroga siempre y cuando no hubiera rebasado los límites legales de duración. Es más, existe una corriente judicial que incluso considera carente de legitimación activa al trabajador que reclama judicialmente su derecho a la prórroga cuando ni siquiera se ha presentado en la empresa en el momento de finalización de la excedencia voluntaria³⁰¹.

XIII convenio colectivo de Organización Nacional de Ciegos Españoles (O.N.C.E.), aprobado mediante Resolución de fecha 5 de octubre de 2005.

²⁹⁹ STSJ de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de fecha 10 de diciembre de 2002 (AS 2003/234). En este sentido, la resolución judicial es clara al respecto cuando afirma que la solicitud de prórroga no exonera al trabajador de la obligación de reincorporarse a su puesto de trabajo en el plazo estipulado. La auto – concesión de la prórroga no está autorizada y, por tanto, el hecho de que el trabajador no acuda a la empresa en la fecha señalada supone una dimisión tácita del empleado por lo que nunca podría interpretarse que la empresa tenía el propósito de despedir al trabajador.

³⁰⁰ La STSJ de Cataluña de fecha 8 de mayo de 1992 (AS 2819). En el mismo sentido la STSJ de Galicia de fecha 27 de junio de 1991 (AS 3737) y SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 18 de julio de 1991 (AS 1991/4693) y 18 de julio de 1989 (AS 1989/955).

³⁰¹ STSJ de Galicia de fecha 28 de junio de 2001 (AS 2001/1624).

Aunque también cabe tener en cuenta otras opciones, como por ejemplo aquellos casos de empresas que deniegan la solicitud de prórroga del trabajador y meses después incluye a este mismo trabajador en una lista de excedentes. En este supuesto se considera que la empresa habría concedido una prórroga tácita al empleado³⁰².

Asimismo, existe una razonable doctrina judicial que sostiene que si, pese al carecer de auténtico derecho a la prórroga, el trabajador la solicita y la empresa guarda silencio absoluto al respecto, el principio de buena fe contractual – regulado en el artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores – ampara la presunción de que se le ha concedido, pues *“tal falta de respuesta no podría perjudicar al actor”*³⁰³.

En definitiva, la postura lógica del trabajador debería ser, en primer lugar, solicitar la prórroga de su situación de excedencia voluntaria, y, si no fuera concedida por el empresario, solicitar el reingreso a la empresa, y ello siempre de manera anterior a la finalización de su situación de excedencia voluntaria.

Así pues, en el caso de que la empresa rechazase conceder la prórroga – manteniendo que es una posibilidad totalmente válida teniendo en cuenta lo dicho anteriormente en relación a la libertad que se le confiere a la empresa para rechazar o aceptar la solicitud de prórroga presentada por el trabajador – podrá denegar o aceptar el reingreso, con lo que se abrirían dos nuevas opciones: **(i)** la primera de ellas, en el caso de que se aceptara el reingreso, supondría la reincorporación del trabajador a la empresa, con lo que la relación contractual se reactivaría por completo; **(ii)** la segunda de ellas, si la empresa denegase el

³⁰² STSJ de Andalucía (Granada) de fecha 20 de mayo de 2002 (JUR 2002/7930).

³⁰³ STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 2 de marzo de 2006 (AS 2006/2606).

reingreso por falta de vacantes de igual o similar categoría profesional, el trabajador, en el caso de que aún no se hubiera alcanzado la duración máxima de la excedencia voluntaria, vería satisfecho su derecho a la prórroga que hubiera solicitado, y, por el contrario, si ya se hubiera consumido la duración máxima establecida por la norma, el empleado se colocaría a la expectativa en espera de que se produjera, en un futuro, algún puesto libre que le permitiera volver³⁰⁴.

Por tanto, lo que debe quedar claro es que la omisión de dicha solicitud de reingreso constituye causa de pérdida del derecho a la reincorporación, o la pérdida de la condición de excedente. La solicitud de prórroga debe venir acompañada de una solicitud de reingreso. Así el riesgo legal para el trabajador se reduce considerablemente y con ello se evita llegar a la situación de perder por completo su vinculación con la empresa.

3.2. Prórroga tácita

Por otra parte, cabe destacar el segundo supuesto de prórroga de la excedencia voluntaria, es decir, aquellos casos en los que la empresa deniega el reingreso al trabajador por razón de inexistencia de vacantes de igual o similar categoría profesional.

La principal consecuencia es que el derecho de reingreso del empleado deviene expectante y la situación de excedencia voluntaria se transforma en indefinida³⁰⁵, en tanto en cuanto no se produjera la mencionada vacante.

³⁰⁴ STS de fecha 5 de diciembre de 1996 (RJ 1996/9134). En el mismo sentido, SSTSJ de Galicia de fecha 5 de octubre de 2001 (JUR 2002/5643) y 12 de mayo de 1999 (AS 1999/1068).

³⁰⁵ Ya hemos mencionado anteriormente la teoría expuesta por PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial, op. cit., página 109*, en relación con la calificación de dicha situación como una “prórroga tácita” de la excedencia voluntaria.

Así pues, una vez finalizado el tiempo inicial de excedencia y manifestada por el trabajador su voluntad de volver al trabajo, tal reincorporación se producirá si hay vacante en ese momento o en el futuro, cuando tal supuesto se dé, quedando así vigente este derecho a través del tiempo, pues por mandato legal el vínculo está suspendido y el trabajador tendría reconocida una expectativa para llegar a la reanudación del cumplimiento de sus prestaciones y recibir las recíprocas³⁰⁶.

El problema legal que plantea el funcionamiento de esta prórroga tácita por inexistencia de vacantes es de carácter sustantivo. Si la excedencia voluntaria solamente concluye cuando se produce vacante en la empresa, resulta materialmente imposible concretar con exactitud los límites temporales que van a marcar la duración de la situación, ya que los cinco años de duración máxima que establece el Estatuto de los Trabajadores pueden perder todo sentido jurídico cuando el trabajador solicite su reingreso y no existan vacantes en ese momento, prorrogándose su situación de excedencia de manera automática³⁰⁷. Con todo ello, queda claro que en el momento en que el trabajador solicita su reingreso y la empresa se lo deniega aduciendo inexistencia de vacantes, el empleado se coloca

³⁰⁶ STS de fecha 21 de abril de 1986 (RJ 1986/2213). En el mismo sentido las SSTS de fecha 29 de octubre de 1986 (RJ 1986/5930) y 2 de julio de 1987 (RJ 1987/5062); STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 14 de mayo de 1993 (AS 1993/2660), STSJ de Cataluña de fecha 11 de abril de 2002 (AS 2002/1788) y STSJ de Extremadura de fecha 31 de marzo de 2004 (AS 2004/1291).

³⁰⁷ GONZÁLEZ SUÁREZ, F.: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 150. El autor opina que para que el precepto legal fuera legalmente efectivo, habría que entender que dicha fijación de plazo obligaría a la empresa a reservar el puesto de trabajo durante el mismo. Uno de los pocos autores que se ha atrevido a cuestionar la enorme confusión jurídica que ofrece la norma en relación a la situación en la que queda el empleado cuando solicita el reingreso y la empresa se lo deniega por falta de vacantes es MONGE RECALDE, J.: *La excedencia laboral en la Jurisprudencia*, op. cit., página 78, el cual afirma que al generarse una excedencia ilimitada, en la práctica se produce un desconocimiento del derecho a la reincorporación concluyendo que dicha situación constituye una remora incompatible con la elasticidad del mundo jurídico actual.

en una situación de prórroga tácita produciéndose una novación en la naturaleza jurídica y temporal de su situación de excedencia voluntaria, dejando atrás su carácter cierto y adquiriendo un carácter incierto, que se prorrogaría hasta que se produjera el reingreso del empleado en la empresa.

Una vez llegado a este punto, lo que debe quedar claro es que el derecho al reingreso no prescribe, independientemente de los años que transcurran hasta que el excedente voluntario reitere o insista en su solicitud de reincorporación³⁰⁸.

En relación al momento adecuado en el que el empleado debe solicitar el reingreso en la empresa, la gran mayoría de la doctrina ha interpretado que lo correcto es solicitar la reincorporación antes de la finalización de la excedencia voluntaria, pues lo contrario supondría un alargamiento innecesario de la excedencia voluntaria y se consideraría como una dejación del derecho a la reincorporación³⁰⁹.

En realidad, el problema de fondo del reingreso es una falta total de regulación en la norma estatutaria. Y resulta curiosa dicha laguna normativa pues el panorama legislativo existente de manera anterior al Estatuto de los Trabajadores, constituido esencialmente por las ordenanzas laborales, sí que

³⁰⁸ STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 8 de julio de 1992 (AS 1992/6540). Trata el supuesto de una trabajadora que solicita su reingreso antes de concluir su período de excedencia voluntaria. La resolución afirma que la empresa, a partir de tal momento, adquiere la obligación de llamarla y destinarla a la primera vacante de igual o similar categoría que se produzca. En definitiva, la conclusión a la que llega la Sentencia es que la relación laboral subsiste, al igual que la obligación de la empresa de readmitir o indemnizar al empleado. En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de fecha 29 de enero de 1993 (AS 1993/482).

³⁰⁹ PÉREZ ALONSO, M.A.: *La Excedencia Laboral*, *op. cit.*, página 35.

determinaba la necesidad de que la solicitud se realizara dentro de un plazo de antelación situado siempre antes de la finalización del período de excedencia³¹⁰.

3.3. Efectos de la prórroga

En último lugar, considero apropiado realizar una distinción entre lo que he denominado “*prórroga expresa*” y la “*prórroga tácita*” en función de los efectos que se desprenden de cada una de ellas.

La primera de ellas podría considerarse una nueva situación de excedencia voluntaria, es decir, el trabajador solicita expresamente colocarse de nuevo en tal situación suspensiva. No se persigue ningún otro objetivo que mantener la suspensión del contrato de trabajo. Por ello, las condiciones a partir de las cuales se pactó el reconocimiento del derecho a la excedencia voluntaria se mantendrían invariables – contemplando entre otras, el deber de buena fe contractual o, en el caso de que se haya pactado así, el deber de no concurrencia desleal con empresas del mismo sector – sin que se produjese ninguna alteración en los derechos y obligaciones de las partes, salvo por supuesto que se produjera pacto en contrario entre partes.

La segunda de ellas se estructuraría como una ampliación forzosa de la situación de excedencia. El trabajador solicita su reingreso y la empresa se lo deniega alegando inexistencia de vacantes. En este caso, la voluntad del trabajador es totalmente ajena a la decisión de la empresa y, por tanto, lo lógico es que las condiciones que se pactaron al inicio de la excedencia desaparezcan, dando al trabajador plena libertad para acceder a otro empleo o realizar cualquier actividad

³¹⁰ MONGE RECALDE, J.: *La excedencia laboral en la Jurisprudencia*, op. cit., página 69.

por cuenta propia. En esta situación, sería inviable que la empresa obligase al empleado a mantenerse en situación de desempleo, o limitase su capacidad de acción o decisión bajo la amenaza de perder su derecho de reingreso una vez se produjera la primera vacante³¹¹.

Piénsese por ejemplo en aquellos casos en los que el empleado pactó al inicio de la excedencia voluntaria un acuerdo de no concurrencia desleal en relación a prestar servicios para otras empresas del mismo sector que se dedicasen a la misma actividad que la empresa de origen. Una vez agotado el tiempo de excedencia y denegado al empleado la posibilidad de reincorporación a la empresa por falta de vacantes, su situación suspensiva quedaría en expectativa a la espera de que se produjera la primera vacante, pero ello no sería obstáculo para que el empleado pudiera buscar – ya sin ningún tipo de límite – el puesto de trabajo en la empresa que él decidiera, sin tener en cuenta lo firmado anteriormente.

³¹¹ Resoluciones judiciales como la STS de fecha 6 de febrero de 1991 (RJ 1991/808) suponen una clara contravención del equilibrio de intereses establecido entre empresario y trabajador, en el sentido de que cualquier tipo de límite que se imponga sobre este derecho debe ser interpretado restrictivamente. No se puede condicionar el reingreso del excedente voluntario a que no ocupe ningún cargo remunerado o al desistimiento del contrato de trabajo paralelo en vigor en ese momento. Ello supondría una clara restricción de sus derechos como trabajador. ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, op. cit., página 281 opina que incluso no hay que descartar la posibilidad de que el nuevo empleo – el que en ese momento tenga – y el previo – al que se retornaría – por sus jornadas y características fueran perfectamente compatibles.

V. Efectos que conlleva la situación de excedencia voluntaria.

1. Aspectos contractuales.

El pilar básico sobre el cual se sustenta el contenido y régimen jurídico de la excedencia voluntaria está relacionado directamente con los efectos que se desprenden de dicha institución jurídica. En base a una primera interpretación literal del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, es sencillo diferenciar dos efectos básicos.

El primero de ellos sería el derecho preferente al reingreso que tiene el trabajador excedente voluntario a ocupar una vacante de igual o similar categoría profesional a la suya.

El segundo se extraería en base a una interpretación negativa del apartado uno del artículo 46, cuando afirma que la excedencia forzosa otorga derecho al cómputo de la antigüedad. En este caso, esta afirmación se contrapone con lo establecido para la excedencia voluntaria, pues se entiende que este efecto no se extiende a ésta y que, por lo tanto, el trabajador carece del mismo.

El hecho de que el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores remarque la individualidad del derecho preferente del trabajador a reingresar en la empresa utilizando el adverbio “*sólo*” no nos debe llevar a error. La protección jurídica del trabajador que pasa a una situación de excedencia voluntaria se modifica, pero en ningún momento se elimina. Ello es sinónimo de que a partir del inicio de la

excedencia, tanto el trabajador como el empresario, van a observar la exoneración de sus obligaciones básicas, como son las de prestar servicios y remunerar dichos servicios, respectivamente, aunque sin perjuicio del mantenimiento de una serie de obligaciones de carácter accesorio o secundario que van a adoptar un papel fundamental a la hora de configurar los términos esenciales de la “nueva” relación contractual.

Asimismo, y desde mi punto de vista, la finalidad del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores no es otra que tratar de diferenciar lo máximo posible el régimen jurídico de la excedencia voluntaria y la excedencia forzosa en relación a clarificar cual es el derecho sobre el que se sustenta la una y la otra³¹². La expresión “solo”, utilizada por la Ley, no debe ser entendida en términos literales absolutos, sino en relación con los efectos específicamente contemplados por la norma respecto a la excedencia forzosa. No obstante, diversos autores, apoyándose en una interpretación literal del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, defendieron en su día la naturaleza extintiva de la excedencia voluntaria, pues, en su opinión, el derecho preferente al reingreso era la única consideración jurídica que le reconocían al trabajador³¹³. Hoy en día, dicha interpretación es rechazada de pleno³¹⁴, pues de lo contrario únicamente bastaría con estudiar lo establecido en el

³¹² Por una parte, la excedencia forzosa otorga un derecho de reserva de puesto de trabajo al empleado que la solicite, en base a lo dispuesto en el artículo 46.1 del Estatuto de los Trabajadores y, por otra parte, la excedencia voluntaria únicamente garantiza un derecho preferente de reingreso en una vacante de igual o similar categoría profesional, en base a lo establecido en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores.

³¹³ En este sentido, destacar a VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, op. cit., página 14. El autor afirma que durante el período de excedencia “no subsisten los derechos, facultades, deberes, posiciones jurídicas activas y pasivas en suma, que constituyen la típica compleja relación de trabajo por cuenta ajena”.

³¹⁴ En opinión de PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial*, op. cit., página 286, la excedencia voluntaria se configuró en las normas sectoriales anteriores al Estatuto de los Trabajadores como una institución de significación suspensiva de la relación individual de trabajo; razón por la cual

artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, con las consiguientes limitaciones que ello supondría³¹⁵.

En esta línea, han surgido diferentes teorías a fin de delimitar cuales obligaciones continuarían vigentes y cuáles no. Desde un punto de vista general, se puede considerar que el trabajador y el empresario quedan exonerados de las obligaciones básicas de trabajar y de remunerar dicho trabajo interrumpiéndose las obligaciones accesorias relacionadas con ellas. No obstante, el resto de obligaciones de carácter accesorio que no estuvieran relacionadas con las de carácter principal, quedarían plenamente vigentes, en tanto en cuanto fueran compatibles con la finalidad última de la excedencia voluntaria³¹⁶.

Bajo una perspectiva contractual, no hay ninguna duda de que el principal efecto de la excedencia voluntaria se traduciría en el mantenimiento de la relación jurídica contractual entre el empresario y el trabajador. Las razones para defender dicha postura vienen marcadas por el propio desarrollo de la relación en sí y las diversas circunstancias que la afectan. El hecho de que la excedencia voluntaria no se pueda considerar, en ningún caso, como un supuesto extintivo del vínculo

mantiene que una interpretación literal del precepto del 46.5 del Estatuto de los Trabajadores tendría un carácter demasiado simplista y asistemático. Es cierto que la regulación que el Estatuto de los Trabajadores hace de la excedencia voluntaria no es completa ni exhaustiva pero ello no nos puede llevar al error de interpretar los artículos 46.2 y 46.5 del Estatuto de los Trabajadores únicamente tomando como referencia los dos efectos esenciales que contienen ambos.

³¹⁵ Ya he manifestado a lo largo del trabajo cual es mi postura al respecto, en el sentido de sostener que la excedencia voluntaria se caracteriza por ocupar una posición autónoma dentro de nuestro ordenamiento jurídico laboral, aunque rodeada de elementos provenientes de la figura de la suspensión del contrato de trabajo, los cuales completan su estructura básica.

³¹⁶ En concordancia con la opinión de PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcional*, *op. cit.*, páginas 289 y 292, cuando considera que la excedencia voluntaria es una inexecución de las prestaciones, no la desaparición de éstas.

contractual³¹⁷ es un elemento que ayuda a valorar otros múltiples indicios a través de los cuales se entiende vigente la relación contractual que une a ambas partes. Hay que tener presente que, por ejemplo, durante la duración de la excedencia voluntaria cabe la posibilidad de que el empresario decida extinguir el contrato de trabajo del empleado por causas disciplinarias o similares³¹⁸ así como también que la relación laboral del empleado se pueda haber visto afectada durante su situación de excedencia voluntaria, de tal forma que, en el momento de su reincorporación, se haya producido un procedimiento de movilidad geográfica o funcional en la empresa que haya afectado directamente a su puesto de trabajo o competencias ordinarias, respectivamente.

Así pues, y siguiendo la línea doctrinal establecida por GORELLI HERNÁNDEZ, la situación contractual del trabajador quedaría configurada de la siguiente manera: **(i)** el contrato continúa en vigor a efectos tanto contractuales como laborales³¹⁹; **(ii)** el trabajador queda completamente exonerado de la obligación de trabajar; **(iii)** en el mismo sentido, el empresario queda exonerado de la obligación de abonar el salario durante la situación de excedencia voluntaria; **(iv)** se interrumpen las prestaciones directamente vinculadas con las obligaciones

³¹⁷ Imposibilidad manifiesta de considerar a la excedencia voluntaria como un supuesto de extinción del contrato de trabajo no solamente por el hecho de que estamos hablando de una figura que no está incluida en ninguno de los supuestos de extinción contemplados por el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, sino también porque no hay ningún fundamento lógico que permita sostener la hipótesis de que en el momento en que se produce el reingreso del trabajador en la empresa lo que verdaderamente se está produciendo es el nacimiento de una relación contractual completamente nueva, sino todo lo contrario, lo que realmente se produce es la reanudación de la relación contractual ordinaria que tenía el trabajador antes de solicitar la excedencia.

³¹⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 77.

³¹⁹ En el mismo sentido, RUANO ALBERTOS, S.: *La excedencia voluntaria no causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 51; MONGE RECALDE, J.: *La excedencia laboral en la Jurisprudencia*, op. cit., página 65.

principales sin perjuicio de que las prestaciones relacionadas con las obligaciones accesorias mantengan su plena eficacia; (v) el tiempo que dure la situación de excedencia voluntaria disfrutada por el trabajador no computa a efectos de antigüedad; (vi) el trabajador únicamente ostenta un derecho palpable como es el de reingreso preferente en la empresa en el supuesto de que exista vacante de igual o similar categoría profesional a la que tenía anteriormente.

La negociación colectiva es un instrumento que ayuda a entender mejor la verdadera naturaleza de la excedencia voluntaria. El tratamiento que numerosos convenios colectivos otorgan a dicha figura jurídica no deja lugar a dudas: durante el tiempo que el trabajador permanezca en excedencia voluntaria, quedan en suspenso todos sus derechos y obligaciones³²⁰.

En este aspecto, la mayoría de los convenios colectivos se limitan a reflejar lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores y tienden a destacar los dos efectos fundamentales que emanan la figura de la excedencia³²¹. Este modo de

³²⁰ Numerosos convenios colectivos establecen unos parámetros mínimos a la hora de configurar el tratamiento jurídico que merece la excedencia voluntaria. El artículo 37 del convenio colectivo de “Helicsa, S.A.”, aprobado mediante Resolución de fecha 23 de marzo de 1995, establece que *“durante el tiempo que el trabajador permanezca en excedencia voluntaria quedan en suspenso todos sus derechos y obligaciones y, consecuentemente, no percibe remuneración alguna por ningún concepto, ni le es de abono el tiempo de excedencia para su antigüedad”*.

³²¹ Así por ejemplo destacar el colectivo de Oficinas de Farmacia, aprobado mediante Resolución de fecha 16 de junio de 2004, cuyo artículo 41.1 afirma claramente que *“la excedencia se entenderá concedida sin derecho a retribución alguna y dicho período no computará a efectos de antigüedad”*. De igual manera, el artículo 17 B) del convenio colectivo de Fondo de Promoción de Empleo Sector de Construcción Naval, aprobado mediante Resolución de fecha 30 de marzo de 2001; el convenio colectivo de Federación Farmacéutica, aprobado mediante Resolución de fecha 23 de enero de 2008, cuyo artículo 33.2 es tajante en este aspecto, cuando afirma taxativamente que *“el tiempo que los trabajadores permanezcan en situación de excedencia voluntaria no será computado a ningún efecto”*. En la misma línea, resaltamos el convenio

regular el contenido jurídico de excedencia persigue un objetivo, cual es eliminar cualquier equiparación posible del tiempo de excedencia voluntaria, ya no sólo con el tiempo de servicios del trabajador, sino también con cualquier otro derecho económico del trabajador, ya sea en materia de promociones o ascensos, vacaciones, jubilación, etc.

Por otro lado, en materia de vacaciones, siempre ha habido una gran polémica al respecto, ya que anteriormente a la reforma establecida por la Ley de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo, la mayor duración del período mínimo de excedencia voluntaria – dos años – suponía un obstáculo considerable a la hora de hablar de un derecho a vacaciones, pues es constante la jurisprudencia que mantiene que las vacaciones deben ser disfrutadas por el trabajador dentro del año natural de prestación de servicios. No obstante, a partir de la entrada en vigor de la citada normativa de igualdad, el límite mínimo temporal se ha reducido a cuatro meses, lo que podría plantear ciertas dudas. Una vez se produjese la reincorporación del empleado excedente voluntario en la empresa, son varias las líneas doctrinales que se han seguido a la hora de interpretar esta situación en relación con la antigüedad del empleado.

Por una parte, hay algunos autores que consideraron a la situación de excedencia voluntaria como una extinción propiamente dicha del contrato de trabajo y, por ende, interpretaron el reingreso del empleado como una “*recuperación*” de su antigüedad³²².

colectivo de “*Compañía Castellana de bebidas gaseosas, S.A.*”, aprobado mediante Resolución de fecha 28 de marzo de 2007.

³²² SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Las nuevas relaciones laborales y La Ley del Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, página 149. El autor entiende que únicamente la excedencia de carácter forzoso es causa legal de suspensión y que el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores se refiere únicamente a la excedencia

Por otra parte, hay autores que parten de la base de que la excedencia voluntaria es un supuesto suspensivo de la relación contractual, y por ello consideran que en el momento de reingreso del trabajador en la empresa, se produce la conservación de la antigüedad que ostentaba antes del inicio de aquélla³²³.

En mi opinión, y a modo de detalle, considero que el término correcto que se tendría que utilizar en este tipo de casos sería el de “*reanudación de obligaciones, derechos y deberes laborales*”. Cabe reseñar que el hecho de que el empleado solicite una excedencia voluntaria conlleva, de manera implícita, la conservación de todos los derechos que tenía reconocidos anteriormente a la solicitud de la excedencia así como también el cumplimiento de una serie de obligaciones de carácter accesorio durante el tiempo que dure su excedencia. Por tanto, el reingreso del trabajador excedente voluntario conllevaría, inevitablemente, una “*reanudación*” del vínculo laboral establecido entre ambas partes, valorando las especiales circunstancias bajo las cuales se desarrolla la situación de excedencia voluntaria.

voluntaria, de tal manera que es la excedencia forzosa la figura jurídica que se configura como un auténtico supuesto suspensivo, con derecho a conservación del puesto, cómputo de la antigüedad de su vigencia y reincorporación automática al desaparecer la causa que la produce, en tanto que la excedencia voluntaria equivale a la extinción del contrato con derecho condicionado a la readmisión. El tiempo en situación de excedencia voluntaria se considera inerte a efectos contractuales, por tanto la reincorporación del empleado supone la creación de una nueva relación contractual; teoría que, en la actualidad, es mayoritariamente rechazada.

³²³ PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcional, op. cit.*, página 296. La excedencia voluntaria no entra dentro de los supuestos que otorgue derecho al cómputo de la antigüedad y, en consecuencia, cuando el trabajador excedente voluntario se reincorpora al servicio de la empresa lo hace conservando la antigüedad que ha quedado interrumpida por razón de dicha excedencia.

Asimismo, el hecho de que la excedencia voluntaria únicamente otorgue al trabajador un derecho preferente de reingreso es significativo a efectos de dos cuestiones esenciales: la primera de ellas giraría en torno a la posibilidad de llevar a cabo contratos de interinidad por sustitución; la segunda de ellas en relación con la opción, por parte de la empresa, de amortizar la plaza vacante dejada por el empleado.

La posibilidad de celebrar un contrato de interinidad con el trabajador que sustituye al excedente voluntario se considera inviable, y ello tomando como referencia una doctrina judicial restrictiva³²⁴, que no admite el recurso a esta modalidad de contratación con el fin de cubrir la ausencia de una persona que ejerce el derecho a una excedencia voluntaria, doctrina que fundamenta su razonamiento en base a lo establecido en el artículo 15.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, cuando regula expresamente que el contrato de interinidad por sustitución únicamente podrá ser concertado *“cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de la sustitución”*. Por tanto, y atendiendo a la fundamentación jurídica sobre la cual se apoya la citada doctrina, la Ley estaría excluyendo de su ámbito de aplicación la utilización de este tipo de contrato en situaciones de excedencia voluntaria, pues no hace falta recordar que el efecto básico que se desprende del régimen jurídico de la excedencia voluntaria es el otorgamiento de un derecho preferente de reingreso al empleado, nunca un derecho de reserva de su puesto de trabajo³²⁵.

³²⁴ SSTSJ de Galicia de fecha 21 de octubre de 2005 (AS 2005/3544), de 29 de noviembre de 2004 (AS 2004/3774) y de 30 de enero de 2001 (AS 2001/288)

³²⁵ En este sentido, destacar el convenio colectivo del centro de trabajo de la empresa *“Grupo Amcor Flexibles Hispania, S.L.”*, aprobado mediante Resolución de fecha 28 de marzo de 2008, cuyo artículo 35 afirma que *“únicamente al excedente del periodo de cuatro meses a un año, la Empresa le admitirá*

Siguiendo en la misma línea, otra cuestión interesante sería la relativa a la reforma que la Ley 3/2007, de 22 de marzo llevó a cabo sobre diversos apartados del Estatuto de los Trabajadores en general, y sobre el sistema jurídico de la excedencia voluntaria en particular, en relación con la variación del tope mínimo temporal de duración de la excedencia voluntaria. Es cierto que antes de la reforma, el hecho de que la excedencia voluntaria tuviese una duración mínima de dos años suponía un serio obstáculo para cualquier trabajador que optara a la misma, y tal vez esa fuera la razón de la poca utilización de la institución, pero ahora, tal y como viene configurada la nueva regulación, la viabilidad de solicitar una excedencia ha aumentado de manera considerable y, por lo tanto, cabría replantearse esa doctrina judicial restrictiva comentada anteriormente dentro de una corriente algo más flexibilizadora.

En este sentido, cabe resaltar que la primera norma reglamentaria que desarrolló el artículo 15.1 c) del Estatuto de los Trabajadores fue el Real Decreto 2303/1980, de 17 de octubre, que, en relación con el contrato de interinidad, vino a establecer, como así lo entendieron los tribunales laborales, que el modo más propio y normal de extinción de tal tipo de contrato era la que se producía por la reincorporación del trabajador sustituido, aunque ésta no fuese la única causa de extinción del mismo, toda vez que, también, se podía producir por muerte, invalidez permanente, jubilación, o no reincorporación del trabajador en el plazo previsto. Posteriormente, la publicación del Real Decreto 2104/1984, de 21 de

automáticamente en el puesto que ocupaba al producirse la excedencia, excepto los jefes, que sólo volverán a ocupar su puesto anterior cuando éste se encuentre cubierto por una persona con contrato temporal o se halle vacante". En la misma línea, entre otros, el convenio colectivo Nacional de Prensa no Diaria, (artículo 56), aprobado mediante Resolución de fecha 21 de septiembre de 2004, señala que "durante el disfrute de la excedencia, a pesar de que se haya solicitado y concedido por un plazo superior a dos años, transcurridos éstos, podrá el trabajador renunciar al resto de la excedencia, con la obligación de avisar con un mes de antelación, su deseo de reincorporarse al trabajo activo".

noviembre, en su artículo 4.2.d) dispuso que los contratos de interinidad *"se considerarán indefinidos cuando no se hubiera producido la incorporación del trabajador sustituido en el plazo legal o establecido"*. No obstante, y una vez se publicó el Real Decreto 2546/1994, que derogaba el expresado RD 1984, ya no cabía admitir la transformación de los contratos de interinidad en contratos indefinidos cuando no se producía la reincorporación del trabajador sustituido, toda vez que su artículo 4.2.c) establecía, claramente, como causa de extinción del contrato de interinidad *"la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo"*.

En base a una línea jurisprudencial pacífica³²⁶, el contrato de interinidad para cubrir una plaza se configuraría como una relación jurídico-laboral que, en su momento, podría haber estado sujeta a condición resolutoria y que en la actualidad se perfilaría más bien como un contrato laboral a término.

Asimismo, no se deben olvidar los evidentes perjuicios que supondría para la empresa la prohibición de utilizar esta modalidad contractual, pues a mayor posibilidad de solicitar excedencias voluntarias, mayores van a ser las bajas de carácter temporal que se produzcan en el seno de la misma, con el consiguiente desajuste tanto de carácter organizativo, productivo, económico como estructural que se pueda dar en el desarrollo normal del trabajo diario. El empresario se va a encontrar con una situación realmente incómoda cuando, en los casos en que la

³²⁶ SSTS de fecha 20 de enero (RJ 1997/619) y 22 de octubre (RJ 1997/7547) de 1997. Ambas Resoluciones entienden que el artículo 4.2 c) del Real Decreto 2546/94 incluye, entre las causas de extinción del contrato de interinidad, la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo, de lo que se desprende que la muerte, la incapacidad permanente, la jubilación o la no reincorporación del empleado sustituido producen la extinción o quiebra del contrato de interinidad, no su prórroga o la transformación del contrato temporal en indefinido. En el mismo sentido, destacar la STSJ de Cataluña de fecha 16 de enero de 2007 (JUR 2007/220748).

excedencia voluntaria haya sido solicitada en base a una duración mínima, tenga que encontrar a personal capacitado para suplir las funciones del trabajador excedente, si sabe que, al cabo de únicamente cuatro meses, va a retornar a la empresa.

Por esa razón, la figura contractual del contrato de interinidad por sustitución podría encajar en este tipo de situaciones. El empresario cubriría la vacante de una manera ágil, rápida y adecuada, sin necesidad de amortizarla o buscar a la desesperada a alguien competente para ocupar el puesto. Una vez concluyera la duración de la excedencia voluntaria, el empresario podría volver a contar de nuevo con los servicios del trabajador excedente voluntario, si éste hubiese presentado en tiempo y forma la correspondiente solicitud de reingreso; o bien, incluso cabría la opción de contratar de manera definitiva al trabajador interino, con una formación y preparación ajustada y proporcionada a esos cuatro meses en los que ha estado prestando servicios; o, en defecto de las dos anteriores, comenzar a buscar a alguien que se adaptase a las características requeridas para el desempeño del puesto de trabajo, sin posibilidad alguna de que el contrato de interinidad por sustitución pudiera ser declarado en fraude de ley.

En relación a la posibilidad por parte de la empresa de amortizar la plaza dejada vacante por el trabajador excedente voluntario, únicamente hay que destacar³²⁷ que dicha amortización debe hacerse conforme a los procedimientos legales establecidos así como también que la amortización, ya sea de la vacante dejada por el excedente o de otra de igual o similar categoría a la suya, debe hacerse antes de solicitar la reincorporación el trabajador excedente voluntario, pues la empresa puede realizar durante la situación de excedencia todas las

³²⁷ No es mi intención la de profundizar demasiado en esta materia, pues realizaré el pertinente desarrollo de la cuestión en el capítulo dedicado a “*vacantes y amortizaciones*”.

contrataciones que requiera su actividad, sin que por ello aparezca perjudicado el derecho expectante del trabajador excedente, lo que sin embargo no puede hacer de forma unilateral es amortizar o suprimir plazas que hagan imposible la readmisión de aquél³²⁸.

2. Aspectos salariales.

El trabajador que se coloca en una situación de excedencia voluntaria queda exonerado de prestar servicios a la empresa; asimismo, y en aplicación del carácter sinalagmático de dicha institución jurídica, el empresario también queda liberado de remunerar a ese trabajador, salvo pacto en contrario. El problema viene dado por la falta de especificación, tanto por parte del Estatuto como por la mayoría de los convenios colectivos, en torno a saber que se entiende por salario.

El artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores nada nos dice acerca de las consecuencias que se producen, tanto para el trabajador como para el empresario, derivadas de la solicitud de una excedencia voluntaria. Entendiendo la excedencia voluntaria como una auténtica suspensión singular del contrato de trabajo, con autonomía y sustantividad propia, es necesario remitirse a lo dispuesto en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, donde se regula el régimen jurídico de la suspensión del contrato y, más concretamente, en su apartado segundo, donde se recoge el principal efecto que implica la suspensión de un contrato, cual es la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo.

³²⁸ STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 16 de enero de 1997 (AS 1997/302) y STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 3 de marzo de 1998 (AS 1998/1292).

Dicho esto, cabe señalar que la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria conlleva, en un sentido estricto, la no realización de ningún servicio a favor del empresario; por contra, el empresario se ve obligado a respetar el contrato de trabajo, manteniendo las condiciones que en su día se pactaron. La consecuencia básica de todo ello implica que el trabajador no reciba concepto salarial alguno. Ahora bien, dentro del concepto salario caben multitud de interpretaciones, pues, tal y como ya he dicho antes, nos encontramos ante un concepto con una amplitud interpretativa importante.

Para empezar, es conveniente definir con exactitud lo que se entiende por salario. El artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores afirma claramente que *“se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie”*. Correlativamente, el punto segundo del citado artículo crea un ámbito de exclusión cuando señala que *“no tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral”*.

Por una parte, es razonable pensar que el empresario debe cesar en el abono, no sólo del salario, sino de todas aquellas percepciones tanto salariales como extrasalariales, directa e indirectamente vinculadas con el desarrollo del trabajo³²⁹. Una vez dicho esto, la doctrina se ha planteado la siguiente cuestión: ¿Podría mantenerse la obligación empresarial de abonar percepciones no relacionadas directamente con la prestación de servicios y sí con la existencia de una relación laboral vigente durante el tiempo que dure la situación de excedencia voluntaria? O dicho en otras palabras, ¿está obligado el empresario a remunerar al

³²⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 80.

trabajador conceptos extrasalariales tomando como referencia la vigencia de la relación contractual? Un sector mayoritario de la doctrina vincula la percepción del salario con la prestación de servicios³³⁰ y no con la condición de trabajador en base a la vigencia de la relación contractual, de tal manera que la falta de prestación de servicios – derivada de la situación de excedencia voluntaria – determinase la pérdida por parte del trabajador del derecho a percibir cualquier prestación económica – ya fuera salario en dinero o en especie –, a pesar de que no se hiciera mención expresa en el convenio colectivo de aplicación³³¹.

La teoría se ajusta a la realidad práctica, pues el trabajador que percibe una cantidad en concepto de salario ordinario lo está percibiendo en base a la prestación de servicios que en ese momento está realizando a favor de la empresa; prestación de servicios directamente relacionada con su condición de empleado que forma parte de la plantilla, organización y estructura de aquélla.

Desde mi punto de vista, es el propio Estatuto de los Trabajadores el elemento que define las pautas a seguir en esta cuestión, pues el artículo 26.1 del citado texto legal es claro cuando define el concepto de salario y explica lo que se entiende incluido y excluido de su ámbito de aplicación. Partiendo de esa base, la prestación de servicios realizada a favor del empresario es inherente a la condición de empleado que forma parte de la empresa. Por tanto, y a tenor de lo anteriormente expuesto, no sería posible establecer una diferenciación entre los

³³⁰ Tal y como afirma la STSJ de Castilla y León (Burgos) de fecha 30 de junio de 2005 (JUR 2005/253859). El Tribunal ratifica que el trabajador no tiene derecho al percibo de las partes proporcionales de las gratificaciones de carácter extraordinario cuando el cese en la empresa sea voluntario. En el mismo sentido, la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 19 de octubre de 2004 (AS 2004/3391).

³³¹ El artículo 27 del convenio colectivo para el personal laboral de la Diputación General de Aragón, aprobado mediante Resolución de fecha 12 de enero de 1998, sí que especifica de manera concisa que el disfrute de la excedencia voluntaria conlleva la pérdida del derecho a disfrutar de vivienda.

emolumentos económicos que se reciben cuyo origen reside en una prestación de servicios y las percepciones económicas que se reciben las cuales se apoyan única y exclusivamente en la condición de trabajador.

Además de lo dicho, cabe destacar el ejercicio de precisión que en algunas ocasiones la negociación colectiva ha llevado a cabo en torno a este asunto, en el sentido de especificar detalladamente los supuestos en los que los empleados en situación de excedencia voluntaria no devengan derechos económicos ni perciben remuneración alguna por ningún concepto³³². Es importante señalar que, antes del inicio de la situación de excedencia voluntaria, ambas partes deben haber saldado cualquier deuda u obligación pendiente de ser satisfecha en favor de alguna de ellas, para lo que se debe proceder a su liquidación. En este sentido, estamos hablando de un procedimiento que resulta necesario, pues el trabajador, una vez el empresario ha reconocido de una manera expresa su situación de excedencia voluntaria, se coloca en una situación repleta de incertidumbre, pues únicamente conserva un derecho preferente de reingreso. Es por ello que, en el supuesto de que la relación contractual finalmente no se restableciese, el perjuicio ocasionado al empleado sería considerable, en relación con los determinados devengos que se le pudieran adeudar de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria³³³.

³³² En este sentido, cabe destacar el convenio colectivo de “*LTE Internacional Airways, S.A.*”, aprobado mediante Resolución de fecha 25 de enero de 1995, cuyo artículo 41 establece que “*durante el tiempo que el trabajador permanezca en excedencia voluntaria, quedan en suspenso todos sus derechos y obligaciones, y consecuentemente, no percibirá remuneración alguna por ningún concepto*”. En la misma línea, el convenio colectivo de “*Pilotos de Helicsa, S.A.*”, aprobado mediante Resolución de fecha 23 de marzo de 1995 (artículo 37).

³³³ En el mismo sentido, ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria, op. cit.*, página 295. La autora afirma que, en este tipo de casos, se procederá como si se tratase de una baja definitiva,

Asimismo, cabe recordar que la liquidación de los haberes devengados al trabajador no tiene el valor de un finiquito de la relación laboral ni, por ende, ningún tipo de carácter liberatorio. El hecho de que ambas partes cumplan las obligaciones pendientes, tanto de carácter contractual como salarial, no supone, en ningún caso, la existencia de un acuerdo mutuo con la intención de extinguir el contrato.

Por otro lado, cabe la posibilidad de que el trabajador que, tras haber finalizado su situación de excedencia voluntaria, realice la correspondiente solicitud de reingreso y se reincorpore a la empresa, teniendo derecho a percibir el salario que tenía reconocido anteriormente a la solicitud de la excedencia, pero con arreglo a los distintos incrementos salariales que se hayan producido durante el transcurso de aquélla.

3. Exclusión del cómputo del tiempo en excedencia voluntaria a efectos indemnizatorios.

Existen algunas situaciones por las cuales un trabajador excedente voluntario puede considerar que tiene derecho al percibo de cantidades en concepto de indemnización. Una de las principales, y sin duda, la que mayor polémica ha generado en los últimos años, ha sido la referente a la inclusión o no de los trabajadores excedentes voluntarios en un proceso de despido colectivo.

saldando los devengos de vencimiento superior al mes e incluyendo la compensación económica correspondiente a los días de vacaciones no disfrutados.

En relación a esta cuestión, cabe destacar que, en línea con lo manifestado por una amplia corriente jurisprudencial a principios de este siglo, no existe derecho a obtener una indemnización en un proceso de despido colectivo, cuando el trabajador está en situación de excedencia voluntaria, al considerar que no es lo mismo la pérdida de un puesto de trabajo que se está desempeñando y que constituye normalmente el medio de vida básico del empleado, que el desvanecimiento de un derecho expectante a ocupar una vacante en la empresa en la que se prestaban los servicios y de la cual ese mismo trabajador se apartó de manera voluntaria³³⁴.

En este sentido, el fundamento jurídico seguido consiste en diferenciar una doble escala de prestación de servicios.

El primer grupo se compondría de aquellos trabajadores que continúan en la empresa, cuya relación contractual y laboral se entiende dentro de la organización y estructura normal de la compañía. El otro grupo estaría compuesto por aquellos trabajadores que, ejerciendo su derecho a la excedencia voluntaria, se han colocado en una situación especial, cuyo punto característico esencial sería la suspensión de su contrato de trabajo y, por consiguiente, la exoneración recíproca de las obligaciones de trabajar, por parte del empleado, y de remunerar dicha prestación de servicios, por parte del empresario. Dichos trabajadores lo único que conservarían es un derecho preferente a un futuro reingreso en la empresa en un puesto de trabajo de igual o similar categoría profesional en el momento de

³³⁴ STS de fecha 29 de noviembre de 2006 (RJ 2006/9131). En resumidas cuentas, el núcleo principal de los fundamentos jurisprudenciales se basan en que el excedente voluntario no tiene derecho a la indemnización derivada del proceso de despido colectivo, porque en el momento de iniciar el procedimiento no se encuentra prestando un servicio activo en la empresa. En el mismo sentido, STS de fecha 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/9676), en línea con lo mantenido por la STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 31 de enero de 2006 (JUR 2006/144528) y STSJ de la Región de Murcia de fecha 20 de diciembre de 2005 (JUR 2005/48344).

finalización de su excedencia voluntaria, siempre que cumpla con una serie de mínimos requisitos, tanto materiales como formales (comunicación de la solicitud de reingreso en tiempo y forma adecuada, etc.). En base a esa diferencia de contextos contractuales, la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo ha establecido un diferente “*tratamiento contractual*”, dependiendo si el trabajador es un activo o un pasivo de la empresa. En el caso de que el trabajador fuera un pasivo – excedente voluntario – el cierre de la empresa, con el consiguiente despido colectivo, no comportaría para el excedente voluntario más que la pérdida de la referida expectativa ya que la indemnización por despido colectivo persigue compensar un daño que no padece a quien se encuentra en situación de excedencia voluntaria y, por tanto, el excedente carece del derecho a cobrar la indemnización propia de tal causa extintiva.

Bien podría plantearse el dilema de que, si realmente estamos hablando de una situación de excedencia voluntaria y ésta se ha equiparado plenamente a una causa de suspensión de contrato de trabajo, ¿por qué no tratarla como tal en los casos de los trabajadores excedentes voluntarios que, en el momento de iniciarse un proceso de despido colectivo, desean tener derecho a la correspondiente indemnización? Pues la razón primordial vendría dada porque el estatuto del excedente voluntario, materializado por lo dispuesto en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores cuando afirma que únicamente tiene un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa, diverge enormemente de la situación que existe en la suspensión en el sentido de que únicamente posee un derecho

potencial o expectante y no un derecho ejercitable en el acto o momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso³³⁵.

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de octubre de 2000³³⁶ marcó un antes y un después a la hora de enfocar este problema. A sus fundamentos jurídicos y posterior fallo, se le unieron dos Votos Particulares muy interesantes, que plantearon diferentes alternativas a la decisión final que adoptó el pleno de la Sala Cuarta de lo Social. El segundo de ellos³³⁷, cuyo criterio comparto totalmente³³⁸, realiza una serie de matizaciones respecto del tratamiento que se debe conceder al derecho que tendrían los trabajadores excedentes voluntarios a percibir cantidades en concepto de indemnización. El razonamiento otorga un diferente trato jurídico dependiendo si el cierre de la empresa es total o parcial.

En el primero de los casos se deduce que lo único que les reconoce el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores es una expectativa de readmisión condicionada a la existencia de vacantes y, al producirse el cierre total de la empresa, esa condición nunca podrá producirse, por lo que su derecho expectante

³³⁵ STS de 26 de octubre de 2006 (RJ 2006/6685). La Resolución asevera que la finalidad de la indemnización del despido prevista en el artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador. Según el criterio del Tribunal, este daño *“no existe o por lo menos no es comparable al anterior, cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso expectante, en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes”*.

³³⁶ STS de fecha 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/9676).

³³⁷ Voto particular emitido por el Magistrado Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. D. Fernando Salinas Molina, D. Joaquín Samper Juan y D. Bartolomé Ríos Salmerón.

³³⁸ A mi juicio, el razonamiento expuesto en dicho segundo voto particular completaría el brillante fundamento jurídico expuesto en la Sentencia de referencia.

desaparece por causa legalmente justificada y con ello su posible derecho a la readmisión³³⁹.

En el supuesto de que la extinción de las relaciones laborales sea parcial, no consideran aplicable el criterio de la Sentencia, siempre que subsistieran en la empresa empleos “*de igual o similar categoría*” que los de los demandantes, pues en estos supuestos la extinción de la relación laboral con el trabajador excedente supondría privarle de la expectativa de derecho que él tenía reconocida por el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores sin que se haya cumplido una de las dos condiciones de las que dependía su derecho a la readmisión, cual es la inexistencia de plazas de igual o similar categoría³⁴⁰.

En la misma línea, cabe destacar que el trabajador excedente voluntario, en el caso de que se produjese su despido y éste fuera declarado improcedente, es primordial conocer que no se le va a computar el tiempo transcurrido en excedencia voluntaria a efectos de calcular la correspondiente indemnización así como tampoco se le van a abonar los pertinentes salarios de tramitación³⁴¹.

³³⁹ La fundamentación es razonable puesto que la situación del excedente voluntario es la de quien, en base exclusivamente a su propio interés, se ha separado de la empresa, por lo que no se le reconoce el derecho a reingresar, sino sólo la expectativa de poder ser readmitido si hay vacante. Por tanto, el trabajador que tiene derecho a la indemnización es el que se contrata para ocupar el puesto de trabajo en excedencia cuando éste se amortice, y no quien estando excedente por propia decisión no pueda reingresar en la empresa precisamente porque haya cesado la actividad en la que había prestado servicios inicialmente.

³⁴⁰ En estos casos, el criterio del segundo voto particular incluido en la STS de fecha 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/9676) considera que lo que realmente se está produciendo es una privación al trabajador interesado de la expectativa de vuelta a su trabajo que tenía legalmente reconocida, sin causa que lo justifique (aunque la haya para amortizar concretos puestos de trabajo), lo que justificaría su derecho a indemnización

³⁴¹ SSTs de fecha 26 de junio de 1998 (RJ 5790) y 28 de octubre de 1998 (RJ 9048).

En relación con los trabajadores que, una vez finalizada su situación de excedencia voluntaria, se reincorporasen a un centro de trabajo en localidad distinta del originario, no tendrían derecho a las indemnizaciones pactadas en convenio colectivo ya que se considera que dichos pactos únicamente son de aplicación a los trabajadores que ocupaban el concreto puesto de trabajo y no al que en ese momento se hallaba en situación de excedencia voluntaria³⁴².

Tampoco hay que olvidar los casos de los trabajadores que antes de solicitar su excedencia voluntaria tuvieran reconocido algún tipo de complemento retributivo de carácter extraordinario con carácter “*ad personam*” y, posteriormente a su reingreso, realizasen la correspondiente reclamación de dicha cantidad. En estos supuestos, la doctrina es clara al respecto cuando afirma que la misma situación de excedencia voluntaria es la causa que origina la pérdida de la consolidación del derecho al citado complemento “*ad personam*” ya que el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores únicamente concede a los trabajadores el derecho a reingresar con ocasión de vacante³⁴³.

4. Derechos colectivos e individuales del trabajador excedente voluntario.

Con el fin de conocer exactamente los derechos, tanto a nivel individual como colectivo, que conserva el trabajador excedente voluntario, es necesario partir de la base que nos proporciona la regla general, cual es la principal consecuencia que produce la situación de excedencia voluntaria en la esfera

³⁴² SSTSJ de Cataluña de fecha 15 de abril de 2004 (JUR 2005/148790) y 24 de octubre de 2005 (JUR 2006/43185).

³⁴³ STSJ de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de fecha 28 de octubre de 2005 (AS 2005/3013).

jurídica del empleado: la exoneración recíproca de las obligaciones de prestar servicios y remunerar dicho trabajo por parte del trabajador y empresario. No cabe duda de que el trabajador, a lo largo de la excedencia, va a retener la titularidad de una serie de derechos así como también va a estar compelido a cumplir con una serie de deberes y obligaciones laborales de carácter accesorio, con el fin de respetar los términos y condiciones sobre los cuales se ha cimentado su peculiar situación de excedencia voluntaria.

Por una parte cabe destacar los derechos básicos laborales de carácter colectivo contemplados en el artículo 4.1 del Estatuto de los Trabajadores, los cuales regulan las diferentes tareas de representación de los trabajadores.

Es conveniente resaltar el derecho de huelga que ostentan los trabajadores de una empresa y su relación con la situación de los trabajadores que se encuentran disfrutando de una excedencia voluntaria. El artículo 2 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo es claro al respecto, al considerar que los trabajadores facultados para acordar la declaración de huelga serán los trabajadores a través de sus representantes. Por tanto, el trabajador excedente voluntario conserva su condición laboral como empleado de la empresa, a pesar de que no realice prestación de servicios alguna, por lo que, en un principio, podría pensarse que sí que tendría posibilidad de ejercitar su derecho a la huelga. La disyuntiva en este sentido viene dada cuando atendemos a lo dispuesto en el artículo 6.1 del mencionado Real Decreto, el cual establece que *“durante la huelga se entenderá suspendido el contrato de trabajo y el trabajador no tendrá derecho al salario”*, en relación con los efectos fundamentales que produce el ejercicio de dicho derecho. El hecho de que un trabajador se encuentre en situación de excedencia voluntaria ya comporta la suspensión de las

obligaciones recíprocas, por parte de empresario y trabajador, de abonar y prestar servicios, respectivamente.

Por tanto, carecería de sentido reconocer al trabajador excedente voluntario un derecho a la huelga cuando ésta se manifiesta a través de una cesación en la prestación de servicios, que ya está de por sí interrumpida por razón de la excedencia³⁴⁴.

En relación con el derecho de reunión, señalar que viene reconocido por el artículo 21 CE en relación con lo dispuesto por el artículo 4.1 f) y 77 y ss., del Estatuto de los Trabajadores. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 del Estatuto de los Trabajadores, los trabajadores de una misma empresa o centro de trabajo tienen derecho a reunirse en asamblea. Estamos hablando de un derecho de muy poca utilidad para alguien que se encuentra en situación de excedencia voluntaria.

El único motivo por el cual el empleado tendría interés en ejercitar este tipo de derecho colectivo sería conocer con exactitud la marcha de la empresa en un momento determinado³⁴⁵ (la evolución de empleo en la misma, la cuenta de resultados, ganancias y pérdidas obtenidas, balances y resultados, etc.), y ello en el caso de que su excedencia voluntaria estuviera a punto de finalizar para así estar seguro cuando, llegado el momento, tuviera que decidir entre comunicar su

³⁴⁴ VIDA SORIA, J.: *La suspensión del contrato de trabajo, op. cit.*, páginas 73 y 74. En consonancia con la opinión del autor, la posibilidad de que un trabajador excedente voluntario ejercitara su derecho de huelga sería, técnicamente hablando, muy complicado de sostener, pues el requisito básico en este tipo de casos no es ostentar la condición de trabajador en la empresa, sino estar en ese momento prestando un servicio efectivo a favor de la misma.

³⁴⁵ En el mismo sentido, GOERLICH PESET, J.M., *Los efectos de la huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

solicitud de reingreso y optar a una posible reincorporación o no presentar nada y dar por extinguida su relación contractual con la empresa de origen. Aún así, la realidad práctica es muy distinta, ya que la representación legal de los trabajadores no tiene ninguna obligación de notificar la convocatoria de la reunión al excedente voluntario³⁴⁶.

En cuarto lugar, cabe hacer mención al derecho a la participación en la empresa, regulado de manera parcial e indirecta, en el artículo 128.2 CE y, de manera total y directa, en los artículos 61 y ss. del Estatuto de los Trabajadores. Es necesario resaltar que, como derechos subjetivos del trabajador, los de participación suponen el derecho a participar, como electores o elegibles, en los correspondientes procesos electorales. En su condición de representantes electos, disponen de una serie de garantías y facilidades, contempladas en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores, y de competencias, reguladas a través del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo respeto constituye una obligación del empresario. En este punto, la cuestión objeto de debate se centra en dilucidar si el trabajador excedente voluntario tiene derecho a ser elegible para el cargo de representante unitario de los trabajadores, o bien que, ya habiendo sido elegido

³⁴⁶ El artículo 78 del Estatuto de los Trabajadores no establece obligación alguna, tanto para los delegados de personal como para el comité de empresa, de convocar a trabajadores que, en ese momento, tengan suspendida su relación contractual con la empresa. Únicamente el artículo 77 realiza una mención al respecto, cuando señala que *“la presidencia comunicará al empresario la convocatoria y los nombres de las personas no pertenecientes a la empresa que vayan a asistir a la asamblea”*. A pesar de que tampoco se establece una obligación expresa al respecto, sí cabría interpretar que se establece un deber implícito de comunicar la convocatoria a los sujetos que tengan algún tipo de relación con la empresa y que, en ese momento y por las circunstancias que fueran, no estuvieran prestando servicios. Según ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria, op. cit.*, página 325, parece que puede defenderse la existencia de una compatibilidad entre estas situaciones y el derecho de asamblea dentro de la organización productiva considerada.

con anterioridad al inicio de su situación de excedencia voluntaria, pueda mantener dicho cargo.

Desde mi punto de vista, es necesario conocer exactamente el contexto jurídico en el que se encuentra el empleado y adaptarlo a la realidad práctica laboral, más aún teniendo en cuenta que un trabajador que solicita una excedencia voluntaria únicamente mantiene, como efecto básico, un derecho preferente al reingreso en la empresa. De ahí que su desvinculación contractual es casi total, por lo que no sería de recibo que siguiera ocupando un cargo tan importante como es el de representante legal de los trabajadores, si no puede ejercerlo desde un primer plano, conociendo los problemas del día a día de la empresa, políticas internas de actuación, conflictos laborales con los trabajadores (ya sean de carácter disciplinario, contractual, salarial o equivalente, etc.). El trabajador, desde el momento en que se le reconoce su derecho al ejercicio de una excedencia voluntaria, deja de prestar servicios para su empresario y de relacionarse laboralmente con el conjunto de trabajadores a los que representa³⁴⁷.

En el caso de que el trabajador excedente voluntario fuera delegado de personal o miembro del comité de empresa, no cabría hablar de cese obligatorio, sino de que el mandato quedaría interrumpido durante el tiempo que durase esa excedencia voluntaria. A este respecto, el artículo 67.4 del Estatuto de los

³⁴⁷ En el mismo sentido, ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, op. cit., página 324; en cambio, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., páginas 81 y 82, mantiene una postura similar aunque con un pequeño matiz, relacionado con la pérdida de los mecanismos de protección, regulados en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores, que no se extienden en el tiempo – durante el año siguiente al cese – en los supuestos de dimisión o revocación. En mi opinión, el trabajador excedente voluntario, en el momento dimite de su cargo de representante legal de los trabajadores, automáticamente está renunciando a dichos mecanismos de protección que le reconoce el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que la duda quedaría solventada.

Trabajadores señala que cuando se produce una vacante en el Comité de Empresa, (con independencia de cuál sea la causa), ésta deberá cubrirse automáticamente por el trabajador siguiente en la lista a la que pertenezca el sustituido. Por lo tanto, éste sería el trámite a seguir. Dicha sustitución deberá comunicarse a la oficina pública correspondiente de la autoridad laboral competente. Como consecuencia de ello, cuando finalizara la excedencia voluntaria del empleado, y siempre y cuando éste reingresara en la empresa antes de que se agotara el tiempo que durase su mandato electoral, volvería a ocupar el cargo para el que fue designado. De lo contrario, su mandato habría quedado extinguido y, por lo tanto, el cargo sindical que ostentaba vacío de contenido. Es lógico pensar que el mandato del trabajador en su cargo de representante legal no se extinguiría automáticamente, pues nada dice en este sentido la norma legal, la cual establece a su fin una prórroga *sine die* del mismo en tanto en cuanto no se promuevan y celebren nuevas elecciones, siguiendo lo dispuesto en el artículo 67.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Incluso existe alguna previsión en la negociación colectiva con el objeto de dar solución a este tipo de situaciones como, por ejemplo, establecer un mecanismo automático de sustitución en el caso de que un empleado que ocupase un cargo en la representación legal de los trabajadores se iniciase una situación de excedencia voluntaria, disponiendo que en el supuesto de que durante dicha sustitución se produjera la reincorporación del miembro del Comité sustituido, el sustituto cesaría como tal, y las garantías contempladas en los artículos 46.1, 56.2 y 68 del Estatuto de los Trabajadores se distribuirían entre ambos, proporcionalmente al tiempo de ejercicio del cargo por parte de cada uno de ellos³⁴⁸.

³⁴⁸ Cumpliendo lo marcado por el artículo 118 del XV Convenio colectivo de “Ford España, S.L.”, aprobado mediante Resolución de fecha 26 de abril de 2010.

Las sustituciones de las vacantes que produzcan son automáticas, pero dependiendo del escenario en el que nos encontremos se llevarían a cabo por un procedimiento u otro. Con ello, si hablamos de sustituciones de delegados de personal, el mecanismo legal se basa en la elección del siguiente trabajador que hubiera obtenido más votos en la lista presentada; desde la vertiente contraria, y si la cuestión se focalizara sobre un miembro del comité de empresa, entonces el sustituto sería el siguiente trabajador que apareciera en la lista de la candidatura a la que perteneciese éste.

En ambos casos, la sustitución duraría el tiempo que restase del mandato y, como circunstancia especial, cabría destacar que la ley no exige como requisito el mantenimiento en la afiliación del trabajador que sustituyera al trabajador excedente voluntario y, por tanto, se produciría automáticamente la sustitución aunque aquél hubiera pasado a otro sindicato distinto del que le había propuesto en la lista originaria³⁴⁹. A meros efectos formales, y siguiendo lo dispuesto en el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, las sustituciones, revocaciones, dimisiones y extinciones del mandato deben comunicarse a la oficina pública dependiente de la autoridad laboral y al empresario, publicándose en el tablón de anuncios. Así se regula en el artículo 14, el cual establece que *“las comunicaciones a que se refiere el artículo 67, apartado 5, del Estatuto de los Trabajadores, se efectuarán en el plazo de diez días hábiles siguientes a la fecha en que se produzcan por los Delegados de Personal que permanezcan en el desempeño de su cargo o por el Comité de Empresa, debiendo*

³⁴⁹ Tal y como afirma la STSJ del Principado de Asturias de fecha 22 de mayo de 1998 (AS 1998/1447).

adaptarse la comunicación al modelo número 5, hoja 2, o al número 7, hoja 3, según proceda, del anexo a este Reglamento”³⁵⁰.

Asimismo, la lógica dice que el trabajador excedente voluntario debe mantener su derecho a participar como elector en las elecciones sindicales de la empresa. Y ello por varias razones.

El artículo 69.2 del Estatuto de los Trabajadores en ningún momento descarta dicha posibilidad, pues afirma claramente que *“serán electores, todos los trabajadores de la empresa o centro de trabajo mayores de dieciséis años y con una antigüedad en la empresa de, al menos, un mes”*. En este caso, conviene hacer especial hincapié acerca de que nos encontramos ante auténticos empleados de la empresa que, a pesar de que en ese momento no estén realizando una efectiva prestación de servicios, conservan su condición laboral de trabajador en la empresa y que, por tanto, cualquier variación de poder en el órgano de representación sindical de la compañía les afecta directamente. Ellos son los primeros interesados en participar en la elección de las personas que, al fin y al cabo, van a ser los que les informen de los diferentes asuntos que les puedan afectar en relación, principalmente, con el futuro ejercicio del derecho preferente a reincorporarse una vez finalizada su excedencia voluntaria³⁵¹.

³⁵⁰ Según la STSJ de Cantabria de fecha 17 de mayo de 1995 (AS 1995/1880).

³⁵¹ En relación a este punto, cabe destacar lo dispuesto en el artículo 64.1.1 del Estatuto de los Trabajadores, cuando de entre las principales competencias que tiene el comité de empresa, destaca la obligación de éste de *“recibir información, que le será facilitada trimestralmente, al menos, sobre la evolución general del sector económico al que pertenece la empresa, sobre la situación de la producción y ventas de la entidad, sobre su programa de producción y evolución probable del empleo en la empresa, así como acerca de las previsiones del empresario sobre celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos de contratos que serán utilizados, etc.”*

A diferencia de los derechos laborales básicos enumerados en el apartado 1 del artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores, el apartado 2 de dicho precepto enumera una serie de derechos en la relación de trabajo, los cuales exclusivamente en ella se ejercitan, aunque se señala que “*todos ellos cuentan con una previa formulación constitucional*”. En particular, al trabajador en situación de excedencia voluntaria le interesa todo aquello que pudiera guardar relación con el derecho preferente que conserva a reincorporarse una vez finalizada la excedencia voluntaria y, conforme a lo previsto en el artículo 64.1.1 del Estatuto de los Trabajadores, los representantes unitarios quedan obligados a facilitarle dicha información.

De todas maneras, y profundizando en este tema, es indudable que al trabajador excedente voluntario que pretende reanudar la relación de trabajo le conciernen algunos aspectos relativos a la marcha de la empresa³⁵², de la evolución del empleo en la misma y, en particular, de situaciones que aconsejen la reducción del volumen de la plantilla o decisiones patronales que supongan la generación de vacantes o creación de nuevos puestos de trabajo³⁵³.

³⁵² Coincidiendo con la opinión mantenida por PRADOS DE REYES DE REYES, F.J., “El derecho de reunión de los trabajadores en la empresa”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 9, 1982, páginas 588 y 589, no parece que la realización efectiva de la prestación de servicios sea un requisito básico, sin cuya existencia no pueda entenderse el reconocimiento del derecho de reunión. El autor concibe la asamblea como un instrumento al servicio de intereses colectivos que se localizan más en la situación de pertenencia a un grupo social por razón de su situación en las relaciones de producción, que en la efectiva situación de activo de la relación de trabajo y la consiguiente realización de su contenido jurídico – obligacional, haciendo especial hincapié sobre lo significativo de su ubicación bajo la rúbrica de “*derechos laborales básicos*” y, por tanto, de los que en principio parecen contemplar el desarrollo activo de la relación.

³⁵³ Según ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria, op. cit., página 325*, un buen cauce para obtener estos datos podría ser el ejercicio del derecho de asamblea o reunión en la empresa. Incluso su interés sería mayor cuando el tiempo de duración acordado para la excedencia voluntaria se

Entiendo que tanto el derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo, a la no discriminación directa o indirecta en el empleo³⁵⁴, a la integridad física y a una adecuada política de seguridad e higiene³⁵⁵ así como el derecho a la

acercara a su fin y, más aún cuando, una vez expirado, el trabajador estuviera pendiente del llamamiento del empresario en el caso de producirse una vacante adecuada para el reingreso. El tratamiento otorgado por el autor se traduciría en un derecho colectivo adherido a la esfera jurídica del trabajador excedente voluntario, aunque sin desconocer las evidentes dificultades prácticas que entrañaría la singular situación del trabajador excedente voluntario de cara a conocer, entre otros puntos, la celebración de la asamblea, puesto que ninguna obligación particular de convocatoria protegería su situación.

³⁵⁴ Cabe resaltar que la no discriminación opera tanto durante la selección del trabajador como después de su contratación, y la mayoría de ocasiones referida a una serie de circunstancias tipificadas como posibles causas de discriminación (sexo, edad, ideología, adscripción sindical, lengua dentro del territorio nacional, etc.) sustancialmente coincidentes con las enumeradas en el artículo 14 de la Constitución Española y en el artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores. Por ello, no considero conveniente fijar la exclusión de este derecho del ámbito de protección de un trabajador excedente voluntario. Piénsese en casos en los que el empresario establezca, como condición a que el trabajador excedente voluntario ejerza su derecho al reingreso, la obligación de éste de aprender un nuevo idioma o, incluso, rechazar su posible reincorporación debido al desconocimiento total del dialecto de la provincia a efectos de realizar nuevas funciones específicas (cambio de cartera de clientes, expansión geográfica de la esfera de competencias o influencias de la empresa, etc.). En opinión de GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 81, el trabajador excedente voluntario conserva un derecho a la no discriminación por parte del empresario ya que, según su punto de vista, para que haya una discriminación no hace falta que el empleado esté llevando a cabo una prestación de servicios puesto que el empresario puede extinguir su contrato de trabajo en base a una razón de carácter discriminatoria. En contra de entender vigente este derecho del trabajador se encuentran ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, *op. cit.*, página 326 y PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial*, *op. cit.*, página 300.

³⁵⁵ Lo dispuesto en el artículo 40.2 CE encuentra su desarrollo en el artículo 4.2 d) del Estatuto de los Trabajadores, y en otros preceptos del mismo texto legal, tales como los artículos 5 b), 19, 36 y 64.1. Aunque, sobre todo en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus normas de desarrollo, en una abundante normativa comunitaria, y en el convenio número 151 de la Organización Internacional del Trabajo. En contra, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 82; ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, *op. cit.*, página 326 y MONGE RECALDE, J. L.: *La excedencia laboral en la Jurisprudencia*, *op. cit.*, páginas 65 y 66.

percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida³⁵⁶ se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la esfera jurídica del trabajador excedente voluntario, pues son derechos que están directamente relacionados con la existencia de una prestación efectiva de servicios del empleado. Obviamente, la situación de excedencia voluntaria implica una ausencia total de trabajo efectivo.

En la misma línea, los derechos relativos a la ocupación efectiva indirecta³⁵⁷, al respeto a la intimidad del trabajador y a la consideración debida a su dignidad³⁵⁸ así como al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato tienen plena eficacia jurídica a efectos de la especial situación suspensiva en la que se encuentra el trabajador. En relación a éste último, estamos hablando de una opción que viene implícita en la misma naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria.

Tal y como veremos más adelante, en casos en los que el trabajador excedente voluntario solicite en tiempo y forma el reingreso en la empresa y ésta no conteste a su petición o la rechace bajo el pretexto de alegar falta de vacantes o circunstancias similares que no supongan el desconocimiento del vínculo contractual existente entre ambas partes, se puede ejercitar una acción procesal de

³⁵⁶ La norma estatutaria desarrolla lo dispuesto en el artículo 35.1 de la Constitución española, complementado por lo dispuesto en los artículos 26 y 50 del Estatuto de los Trabajadores.

³⁵⁷ A pesar de su carácter instrumental respecto de otros derechos – tales como el derecho al trabajo, a la promoción y formación en el trabajo, a la no discriminación, a la participación en la empresa, etc. – así como pese a carecer de un contenido legal específico, estamos hablando de un derecho que tiene propia autonomía como límite de poderes empresariales.

³⁵⁸ Destacar que, en este punto, el desarrollo por parte del propio Estatuto de los Trabajadores es considerablemente limitado, al limitar los registros y controles empresariales, en relación a lo dispuesto en los artículos 18, 20.3, 4.2 e) y 64.1.4 d). Por ello es necesario remitirse también a textos de carácter externo, fundamentalmente en la LO 1/1982, de 5 de mayo, que ha venido a suplir el carácter pragmático de la norma estatutaria.

reingreso tendente al reconocimiento de dicho derecho de reincorporación preferente; por otra parte, cuando se produce una negativa rotunda e inequívoca que implica el rechazo de la existencia de la relación entre las partes, esta negativa no es ya únicamente un desconocimiento del derecho a la reincorporación, sino un rechazo claro y evidente de la existencia de algún vínculo entre las partes, por consiguiente la acción que debe ser ejercitada es la de despido³⁵⁹.

Otra vía sería que el trabajador procediera a extinguir, por su propia voluntad, su contrato de trabajo, en base a lo establecido por el artículo 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, por razón “*de incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario*”. Aunque en este caso también cabe resaltar la posibilidad que tiene el trabajador de solicitar la extinción contractual por razón de una conducta empresarial de negar ocupación efectiva y retribución a quien tenía derecho a la reincorporación tras haber finalizado una excedencia voluntaria, constituyendo una grave transgresión de los derechos reconocidos en el artículo 4, apartados 2 a) y f)³⁶⁰ del Estatuto de los Trabajadores.

³⁵⁹ SSTs de 4 de abril de 1991 (RJ 1991/3290), 19 de octubre de 1994 (RJ 1994/8254), 24 de marzo de 1997 (RJ 1997/3041), 22 de octubre de 1997 (RJ 1997/7548), 18 de enero de 2000 (RJ 2000/951); en la misma línea, STSJ de Cataluña de fecha 20 de septiembre de 2000 (AS 2000/4243), STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 29 de noviembre de 2000 (AS 2000/4476), STSJ de Extremadura de fecha 2 de enero de 2002 (AS 2002/1041), STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de fecha 26 de marzo de 2004 (AS 2004/1108) y STSJ del Principado de Asturias de fecha 3 de marzo de 2006 (AS 2006/3081),

³⁶⁰ STS de fecha 8 de noviembre de 1993 (RJ 1993/742). La resolución defiende la idea de que una vez cesada la causa de suspensión del contrato – en este caso hablamos de una excedencia voluntaria – el trabajador tiene derecho a la reincorporación efectiva al puesto de trabajo salvo supuestos de mutuo acuerdo, en que se estará a lo pactado. Comparto la opinión del Tribunal, ya que hay que tener en cuenta que, si solicitada dicha reincorporación, no es atendida por el empleador que mantiene al trabajador sin ocupación efectiva alguna y sin abonarle ningún salario, conculca los derechos que le son reconocidos por el artículo 4.2 a) y f) del Estatuto de los Trabajadores; aparte, claro está, de incurrir en un grave

Por otra parte, es conveniente resaltar los deberes laborales del trabajador ordinario común, contemplados en el artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores, y su especial influencia en el contexto de una situación de excedencia voluntaria.

Una consecuencia de la excedencia voluntaria es la interrupción de los deberes laborales básicos en relación al cumplimiento con las obligaciones concretas del puesto de trabajo que ocupaba el excedente voluntario, con la observancia de las medidas de seguridad e higienes, las relativas al cumplimiento de las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de las facultades directivas de éste y la contribución, por parte del trabajador, a la mejora de la productividad de la empresa. Todas ellas están íntimamente conectadas con una efectiva prestación de servicios³⁶¹ por parte del empleado, siendo precisamente la ausencia de dicha prestación una de las bases que definen la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria. En este sentido, ARGUELLES BLANCO, mantiene la idea de que, en el caso de que el empleado no hubiera

incumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo que constituye una justa causa para que el trabajador pueda solicitar la extinción de su contrato, en base a lo dispuesto en el artículo 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores.

³⁶¹ En el mismo sentido, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 84. Sin embargo, autores como ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, op. cit., página 327 y PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcional*, op. cit., página 299 opinan que lo más recomendable, en este tipo de casos, es que el trabajador excedente voluntario cuiden su salud y capacidad productiva en orden al cumplimiento de un deber personal de diligencia profesional, el cual se mantendría subsistente. Desde mi punto de vista, la Ley en ningún momento impone dicha obligación, teniendo aquélla un carácter meramente discrecional por parte del empleado. No se puede relacionar una situación de excedencia voluntaria con una observancia implícita de lo dispuesto en los apartados b) y e) del artículo 5. Estamos hablando de una decisión que depende única y exclusivamente de la voluntad del excedente voluntario. Por tanto, dichos deberes laborales los considero totalmente excluidos de las competencias que debería asumir el trabajador.

cuidado y conservado el nivel de conocimientos, el nivel competitivo, grado de funcionalidad o destreza en el manejo y saber hacer de la actividad que llevaba a cabo antes de solicitar la excedencia voluntaria, el empresario tendría viabilidad legal para utilizar el artículo 52 a) del Estatuto de los Trabajadores para poder así proceder a extinguir el contrato del empleado en base a una supuesta ineptitud conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa³⁶².

5. El pacto de no concurrencia durante la excedencia voluntaria.

5.1. Concepto y definición.

El trabajador, durante el tiempo que dure su situación de excedencia voluntaria, conserva una serie de derechos, deberes y obligaciones de carácter accesorio o secundario. Entre ellos, el que más problemas ha ocasionado ha sido el relacionado con el deber de no concurrencia desleal por parte del empleado, en tanto en cuanto durase dicha situación de excedencia.

Cabe señalar que el punto de partida legal de la prohibición de prestar servicios a otros empresarios en el caso de que dicha prestación se considerase una concurrencia desleal de servicios, lo encontramos en el artículo 73 de la Ley de Contrato de Trabajo, el cual fue sustituido por el artículo 21.1 del Estatuto de los

³⁶² ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria, op. cit.*, página 327. Desde mi punto de vista una cosa no tiene nada que ver con la otra. Si una vez producida la reincorporación del trabajador, éste no demostrara una aptitud correcta y acorde a las funciones requeridas por el puesto de trabajo en concreto, la empresa podrá utilizar los mecanismos de despido que considere necesarios, pero desde luego nunca relacionar dicha ineptitud con el hecho de que el trabajador, durante su excedencia voluntaria, no hubiera cuidado su productividad o rendimiento, incumpliendo así lo establecido en el artículo 5 e) del Estatuto de los Trabajadores.

Trabajadores. El primero de los preceptos citados suponía para el trabajador una prohibición absoluta de hacer concurrencia al empresario o colaborar con quienes la hiciesen³⁶³. La carga de restricciones del citado artículo eran tan amplio que suponía una autentica quimera para el trabajador realizar una efectiva prestación de servicios a favor de un tercer empresario que no supusiera una infracción del deber de no competencia desleal. Fue por ello por lo que el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores modificó el contenido de dicha prohibición, introduciendo el calificativo de “*desleal*”.

Adentrándonos en el contenido ofrecido por el Estatuto de los Trabajadores en relación con la prohibición de competencia desleal, el artículo 5 d) del Estatuto de los Trabajadores realiza un primer acercamiento al deber laboral de no concurrencia con la actividad de la empresa, acotando su ámbito de aplicación a los supuestos previstos en la propia normativa estatutaria. Dicho precepto está directamente relacionado con lo dispuesto en el artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores – cuando afirma que tanto el trabajador como el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe – y el artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores – precepto que establece la prohibición de prestar servicios a varios empresarios cuando de dicha prestación se derive una concurrencia desleal.

La consecuencia fundamental del incumplimiento de la obligación de no competir deslealmente con otras empresas del mismo sector o actividad la encontramos recogida en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores,

³⁶³ El artículo 73 LCT se expresaba en los siguientes términos: “*el trabajador está obligado a no hacer concurrencia a su empresario ni a colaborar con quienes la hagan. No podrá realizar, salvo consentimiento del empresario, obra o trabajo complementario o de los que figuren en su contrato, si tales actividades pertenecieran a la rama industrial o comercial de la empresa y perjudicara a ésta*”.

cuando califica de incumplimiento grave y culpable la transgresión de la buena fe contractual. Cabe destacar que los preceptos que comentamos no definen exactamente lo que cabe entender por competencia o concurrencia desleal, sino que únicamente se limita a mencionar la prohibición, sin llegar a entrar en el fondo del asunto. Es por ello por lo que la doctrina se ha esforzado, a lo largo de los últimos años, en encontrar una definición que se ajuste a las características del citado deber laboral. Cuando utilizamos el término “*competencia desleal*” estamos refiriéndonos a la realización de una actividad coincidente con la de la empresa para la que se presta servicios, exigiéndose, asimismo, que esa actividad perjudique al empresario. En este sentido, el artículo 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal³⁶⁴, nos ayuda a definir mejor el significado y concepto de lo que se considera una concurrencia desleal con la actividad de la empresa, el cual considera que existe competencia desleal cuando se da “*comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”.

El criterio mantenido por los Tribunales es mucho más amplio, como así lo reflejan varias Sentencias que afirman que, para calificar a una conducta como competencia desleal, es necesario que exista una coincidencia material de la actividad desarrollada por el empresario y por el trabajador, con los mismos objetivos y actividades³⁶⁵. En el mismo sentido cabe señalar que también se ha

³⁶⁴ Es decir, vincula el artículo 21.1 Estatuto de los Trabajadores con el deber de buena fe expuesto por los artículos 5 a) y 20.2 Estatuto de los Trabajadores.

³⁶⁵ STS de 22 de febrero de 1990 (RJ 1990/1136) y STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 23 de febrero de 2002 (AS 2002/717).

exigido que la conducta concurrente del trabajador cause un perjuicio real o potencial al empresario³⁶⁶.

Partiendo de la base que nos proporcionan semejantes condiciones, hay que rechazar por completo la posibilidad de que una competencia de carácter simple pueda suponer un quebrantamiento de la lealtad debida del trabajador a favor del empresario³⁶⁷, ya que ésta no supone en sí misma una transgresión de la prohibición, sino que se produce cuando las actuaciones que integran la competencia tengan cierta entidad, o estén cualificadas por rasgos adicionales que justifiquen su calificación como comportamiento desleal y que produzcan un claro perjuicio al empresario.

Lo que es evidente es que, para que se pueda considerar que un trabajador excedente voluntario está realizando una actividad profesional que pueda interpretarse como una concurrencia desleal en relación a los intereses de la empresa originaria, es fundamental que aquella persiga los mismos objetivos o fines que el empresario, detalle importante para considerar a la actividad como concurrente y poder concluir que la conducta del excedente voluntario ha transgredido la buena fe contractual³⁶⁸.

³⁶⁶ STSJ de Cataluña de fecha 17 de mayo de 2002 (AS 2002/2029). La resolución entiende el concepto “*concurrentia desleal*” como la dedicación a actividades laborales de la misma naturaleza o rama de la producción que las que se están ejecutando en virtud del contrato de trabajo siempre que las mismas perjudiquen al empresario.

³⁶⁷ En el mismo sentido, ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, op. cit., página 313. La autora sostiene que para que se produzca una verdadera concurrencia desleal de servicios “*es necesario que las actuaciones que integran la competencia tengan cierta entidad, o estén cualificadas por rasgos adicionales que justifiquen su calificación como comportamiento desleal, así como que produzcan un perjuicio al empresario*”.

³⁶⁸ Otra importante definición del concepto “*concurrentia desleal*” la encontramos en la STSJ de la Comunidad Foral de Navarra de fecha 28 de abril de 2000 (AS 2000/1017), entendiéndose que se produce

Y todo ello partiendo de la base de que, durante el tiempo que dure la situación de excedencia voluntaria, el trabajador se encuentra vinculado al empresario a través de una serie de obligaciones de carácter accesorio, tal y como ya hemos relatado anteriormente, obviando las teorías que afirmaban la inexistencia de cualquier tipo de prohibición de concurrencia desleal durante una excedencia voluntaria al suponer que la relación jurídica – contractual entre empresario y trabajador se había extinguido, conservándose tan sólo un derecho preferente al reingreso en la primera vacante que hubiera en la empresa³⁶⁹.

una concurrencia desleal de actividades “cuando el trabajador despliega una actividad productiva en empresa distinta que tiene el mismo objeto que la que produce la competencia, por dedicarse una y otra a un mismo objeto y a un mismo ámbito, con la disputa de un mismo potencial de clientes, de tal manera que la valoración como desleal de su conducta se produce cuando el trabajador utiliza el conocimiento profesional adquirido contra su principal, para así potenciar la actividad competitiva y, por ello mismo, una deslealtad en la concurrencia del mercado, lo que supone un incumplimiento grave y culpable conforme a lo establecido en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores, toda vez que la competencia desleal vulnera la buena fe exigible en cualquier relación laboral con independencia de la ventaja económica que pudiera o no haber obtenido el productor, y el perjuicio causado a la empleadora al afectar al elemento espiritual del contrato y a sus consecuentes deberes éticos”.

³⁶⁹ Era esta la línea mantenida por CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: *Prohibición de Competencia y Contrato de Trabajo*, op. cit., páginas 160 y 161. El autor distingue tres tipos de instituciones jurídicas: la primera de ellas sería la suspensión del contrato de trabajo, la cual afecta a la ejecución del contrato pero no a la existencia del contrato mismo que sigue en vigor. En este sentido es necesario indicar que el autor está de acuerdo con la pervivencia de la prohibición de competencia desleal impuesta al trabajador; la segunda de ellas vendría relacionada con la figura jurídica de la excedencia forzosa, respecto de la cual el autor parte de la base del derecho a la reserva del puesto de trabajo ostentado por el empleado y con ello justifica que se trate de una envoltura formal de una verdadera suspensión del contrato de trabajo, con todas las consecuencias del vínculo de continuidad contractual que ello implica; en tercer lugar, se centra en la excedencia voluntaria, y argumenta que, puesto que la única consecuencia palpable de dicha figura jurídica es la conservación de un derecho preferente de reingreso a favor del trabajador, dicha incertidumbre contractual produce que la excedencia envuelva y de forma a una verdadera extinción del contrato de trabajo por causas no imputables a ninguna de las partes, destacando ésta como la principal característica diferenciadora de las dos instituciones jurídicas anteriores.

Pero, una vez llegados a este punto, nos encontramos con el mismo problema de siempre, el de saber qué objetivos o fines son los que persigue el empresario y, por ende, condicionantes de calificar a una conducta como desleal; esto es, cuáles serían los límites que marcarían las líneas tendentes a diferenciar la realización de una actividad similar de la que no es.

El Tribunal Supremo, a la hora de delimitar los márgenes legales que definen a una concurrencia desleal de actividades, ha establecido una serie de requisitos para conocer, con relativa exactitud, en qué ocasiones se está incurriendo en la prohibición y en qué ocasiones se está respetando. Así pues, la línea jurisprudencial implantada deja claro que la competencia desleal de actividades requiere como presupuesto previo que la actividad tachada de concurrente se produzca dentro del mismo plano de actuación al que desarrolla la empresa principal, en términos de competencia con ésta, por ir dirigida a potencial clientela idéntica, con ofrecimiento de bienes o servicios similares. De otro lado, también se exige que dicha actuación concurrente sea desleal al aprovechar los conocimientos adquiridos con ocasión de su prestación de servicios a la empresa principal para favorecer la actividad concurrente o con la intención de desviar la clientela de aquella en beneficio de esta última³⁷⁰.

Profundizando un poco más en las características que definen la configuración jurídica que otorga el artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores a la prohibición de concurrir de manera desleal durante una situación tan especial como es la excedencia voluntaria, considero conveniente realizar una serie de matizaciones al respecto.

³⁷⁰ STS de fecha 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988/7093). En el mismo sentido, la STSJ de Cantabria de fecha 20 de febrero de 2002 (AS 2002/3600).

Así pues, cabe tener en cuenta que, a pesar de los términos legales utilizados por el artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores para definir el concepto de competencia desleal³⁷¹, ésta puede existir tanto en el caso en que se prestase servicios por cuenta ajena para otros empresarios como a través de la prestación de servicios por cuenta propia desarrollado por el trabajador³⁷². Junto a ello también se han considerado dentro de dicha conducta los “*actos preparatorios de la actividad*”, es decir, aquellos que sin llevarse a cabo de forma efectiva constituyen un “*elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal, por parte del trabajador, respecto de la empresa... que le ha facilitado los medios para adquirir experiencia y perfeccionamiento profesional que luego aquél pretende utilizar en su propio provecho y en demérito o perjuicio para los intereses de su empresa*”³⁷³.

En relación a dicha idea, cabe destacar lo dispuesto en el artículo 5 d) del Estatuto de los Trabajadores, que señala como uno de los deberes básicos del trabajador el no concurrir en la actividad de la empresa. El artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores delimita el contenido del mismo, al establecer que la prohibición de efectuar la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios se estima concurrencia desleal cuando la actividad del trabajador va

³⁷¹ Básicamente cuando establece la prohibición de que la prestación laboral se realice para diversos empresarios.

³⁷² En este sentido, cabe hacer referencia a la STS de fecha 7 de marzo de 1990 (RJ 1990/1773). En el mismo sentido aplica la STSJ de Aragón de fecha 26 de octubre de 2001 (JUR 2002/37780) y STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 23 de febrero de 2002 (AS 2002/717).

³⁷³ STS de fecha 22 de marzo de 1991 (RJ 1991/1889). En el mismo sentido, las SSTS de fecha 25 de abril de 1990 (RJ 1990/3496) y 28 de mayo de 1990 (RJ 1990/4509) en concordancia con lo establecido en las SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 25 de julio de 2002 (AS 2002/3114) y 5 de octubre de 2005 (AS 2005/3118) y STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 8 de mayo de 2002 (JUR 2003/57192).

encaminada a realizar tareas laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las que está ejecutando en virtud del contrato de trabajo, sin consentimiento de su empresario y siempre que se le cause un perjuicio real o potencial. Según la jurisprudencia, entre dichas actividades se encuentra la de fundar o constituir sociedades competitivas sin que sea necesario, incluso, que se haya materializado la puesta en marcha y funcionamiento de la nueva empresa.

No obstante, y como norma habitual, cabe tener presente que la doctrina jurisprudencial parte de una presunción de lesividad e ilicitud de la concurrencia en actividades iguales o análogas a la del empresario. Por tanto, dicha presunción se destruiría cuando fuera el empresario la persona que autorizase o consintiese dicha concurrencia, ya fuera de forma expresa o tácita³⁷⁴. Asimismo, es importante saber que no existe competencia desleal en los casos en que exista una colaboración del empleado para otra empresa de la misma actividad cuando ésta sea puntual, anecdótica, desinteresada y sin contraprestación alguna. Es decir, hablamos de supuestos de los que se deduce que el actor no desarrolla ni tiene previsto desarrollar, vigente la relación laboral, una actividad concurrente con la de la empresa y menos aún dirigida a su potencial clientela³⁷⁵.

No ocurriría lo mismo en aquellos supuestos en los que el trabajador solicitase una excedencia voluntaria alegando una serie de motivos personales y familiares, tales como el cansancio físico o psíquico, y durante el transcurso de

³⁷⁴ STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 23 de febrero de 2002 (AS 2002/717). En la misma línea, la STS de fecha 7 de marzo de 1990 (RJ 1990/1773).

³⁷⁵ STSJ de Castilla y León (Valladolid) de fecha 14 de mayo de 2002 (AS 2002/3164). En el mismo sentido, cabe resaltar la STSJ de Galicia de fecha 14 de octubre de 2003 (JUR 2004/178135), STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 14 de enero de 2003 (AS 2003/1595); y SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 8 de febrero de 2005 (AS 2005/156) y de 21 de julio de 2005 (JUR 2005/213556).

dicha excedencia voluntaria, emplease la totalidad del tiempo en prestar servicios para otra empresa, la cual además pertenece al mismo sector que la originaria. En estos casos, a pesar de que el convenio colectivo de aplicación no estableciese prohibición alguna en materia de concurrencia desleal, se podría considerar que la actitud del trabajador ha transgredido la buena fe contractual y que ha utilizado la excedencia voluntaria con fines distintos a los que dijo en un primer momento³⁷⁶.

Sin embargo, y con la finalidad de conseguir la plena operatividad de la prohibición de concurrir deslealmente durante la situación de excedencia, y en defecto de cláusula convencional al respecto, la empresa debe señalar expresamente y por escrito al empleado si es su deseo establecer dicha restricción. Por ello, en el momento que no conste acreditado que la empresa hubiera prohibido al actor realizar trabajos en empresas de objeto social similar al suyo, ni asimismo lo vetase el Convenio Colectivo aplicable, resulta evidente considerar la

³⁷⁶ STS de fecha 5 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8935). En este caso, el convenio colectivo de establecimientos sanitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco configuraba los períodos de excedencia voluntaria inferiores a dos años no como excedencias de régimen común, que otorgan al excedente un nuevo derecho de reingreso preferente en la primera vacante disponible a raíz de su petición de vuelta al trabajo, sino como verdaderos períodos de suspensión del contrato de trabajo, al obligar a la empresa al término de la excedencia a readmitir al excedente en el mismo puesto de trabajo que ocupaba anteriormente. Por otra parte, se podría plantear la duda sobre la obligatoriedad o no, por parte del trabajador, de fundamentar la causa por la cual solicita su excedencia voluntaria, puesto que, como ya comenté anteriormente, si la excedencia voluntaria se caracteriza por algo es, precisamente, por falta de motivación expresa. En este supuesto concreto, habría que pensar más bien lo contrario, que una excedencia con reserva de puesto de mayor duración no sólo debe ir acompañada de una motivación, sino que la misma debe ser proporcionalmente más fuerte que la de la excedencia breve. En el mismo sentido, la STSJ de Andalucía (Granada) de fecha 27 de febrero de 2007 (AS 2007/3386).

inexistencia de límite alguno para el trabajador de prestar sus servicios profesionales en el lugar que aquél estimase conveniente³⁷⁷.

Y, a mayor abundamiento, sería conveniente que el empresario, ya no solamente pactara con el trabajador excedente voluntario una prohibición a la hora de concurrir con la actividad de la empresa durante el tiempo que durase su situación de excedencia voluntaria, sino que además, y siempre en defecto de cláusula convencional que lo pudiera prever, fijara de manera expresa la pérdida del derecho preferente de reingreso en el caso de que efectivamente el empleado incumpliera la obligación de no concurrencia establecida en el acuerdo formalizado. Con esta medida se podría reforzar la posición del empresario de cara a defender la procedencia y adecuación del decaimiento del derecho preferente de reingreso ostentado por el trabajador excedente voluntario.

5.2. Importancia de la autonomía individual y de la autonomía colectiva.

En otro orden de cosas, y para un mejor desarrollo de la cuestión, considero conveniente resaltar la existencia de dos tipos de cláusulas a la hora de prohibir la concurrencia desleal con una actividad similar a la de la empresa.

La primera de ellas giraría en torno a la idea de prohibir una competencia desleal durante el tiempo que dure la situación de excedencia voluntaria³⁷⁸; la

³⁷⁷ SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 1 de diciembre de 2004 (AS 2004/3275) y 11 de septiembre de 2001 (JUR 2001/326492); STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 10 de abril de 2007 (AS 2007/3264) y STSJ de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de fecha 22 de febrero de 2007 (AS 2002/1953).

³⁷⁸ Convenio colectivo de la empresa “*Fertiberia, S.L.*”, aprobado mediante Resolución de fecha 29 de septiembre de 2004, cuyo artículo 11.1 establece que la excedencia voluntaria “*no podrá utilizarse nunca para prestar servicios en otra Empresa del mismo sector y, si esto se comprobare, se procederá a la*

segunda de ellas, establecería como condición indispensable para el reconocimiento del derecho a la excedencia voluntaria, el compromiso formal del trabajador de no concurrir deslealmente con la actividad de la empresa³⁷⁹. Así pues, nos encontramos con dos tipos de cláusulas.

De un lado, las cláusulas que aplican la prohibición paralelamente al tiempo que dure la excedencia voluntaria y, de otro lado, las cláusulas que aplican dicha prohibición de manera anterior al inicio de la excedencia voluntaria, actuando como condición resolutoria. En este sentido, entiendo que la amplitud y generalidad con la que se expresan la mayoría de los convenios colectivos que establecen cláusulas que impiden una prestación de servicios para empresas que se

rescisión del contrato, a no ser que le haya sido concedida la oportuna autorización". En el mismo sentido, el convenio colectivo de la empresa "BBV Interactivos, S.A.", aprobado mediante Resolución de fecha 3 de enero de 200; convenio colectivo estatal de la madera, aprobado mediante Resolución de fecha 26 de julio de 2006 (artículo 74 b); convenio colectivo de "INDRA DTD, S.A.", aprobado mediante Resolución de fecha 9 de octubre de 1996; IV convenio colectivo de la empresa "Gas Natural, S.D.G., S.A.", aprobado mediante Resolución de fecha 23 de agosto de 2005 (artículo 51).

³⁷⁹ Convenio colectivo de "Chocolates Lacasa, S.A.", publicado en el B.O.E. el 28 de Abril de 2007, cuyo artículo 26.1 b) establece como condición indispensable para la concesión de la excedencia voluntaria el compromiso formal del empleado de que, durante el tiempo de excedencia, no se dedique a la misma actividad de la empresa, ni por cuenta propia ni por cuenta ajena, incidiendo en que el incumplimiento de tal condición será causa de extinción de la relación laboral, con pérdida del derecho obtenido. En la misma línea, el convenio colectivo de Harinas, Panificables y Sémolas, aprobado mediante Resolución de fecha 8 de septiembre de 2004 (artículo 16.1 b); convenio colectivo estatal para la "Fabricación de Conservas Vegetales", aprobado mediante Resolución de fecha 2 de septiembre de 2005 (artículo 39.1 b); convenio colectivo para la Industria de las Granjas Avícolas y otros Animales, aprobado mediante Resolución de fecha 9 de noviembre de 2006 (artículo 15); convenio colectivo estatal para las entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo, aprobado mediante Resolución de fecha 31 de enero de 2008 (artículo 54.5). En relación a este último convenio, resulta cuanto menos curioso la forma que tiene de delimitar el ámbito de actividades que puedan ser consideradas como similares a las de la empresa, cuando establece que la causa que motive la solicitud de la excedencia voluntaria no podrá ser el trabajo o dedicación a cualquier actividad de las incluidas en el ámbito funcional del citado convenio.

dediquen a la misma actividad o que estén encuadradas dentro del mismo sector se deberían reputar como nulas, pues es entendible que una de las principales causas por la cual un empleado ejercita su derecho a la excedencia voluntaria es la de seguir progresando a nivel profesional. La negociación colectiva debería fijar unos parámetros que definieran, de una manera mucho más específica, que actividades se considerarían concurrentes con las de empresa a fin de determinar la existencia o no de una transgresión de la buena fe contractual por parte del trabajador. Hay que reseñar que no cabe identificar todo trabajo en una empresa de la competencia con la concurrencia desleal ya que es necesario un análisis concreto de cada supuesto, con el ánimo de no utilizar una concepción amplia del término “*concurrencia desleal*”, para así facilitar la consecución de los objetivos de la excedencia voluntaria.

Asimismo, también entiendo como nulas aquellas cláusulas que establezcan prohibiciones absolutas a realizar todo tipo de actividad que se pueda considerar desleal a los intereses de la empresa justificando el carácter general de la prohibición en el reconocimiento al trabajador de un derecho de reserva de puesto de trabajo al finalizar la situación de excedencia voluntaria. En mi opinión, dicho beneficio a favor del trabajador no justifica de ninguna manera la conveniencia de aceptar tal prohibición de competencia desleal, competencia que incluso podría afectar a actividades que, desde un punto de vista lógico, ni siquiera se considerarían desleales. El hecho de que, a través del convenio colectivo, se hubiese establecido un régimen jurídico más favorable para el trabajador excedente voluntario, no implicaría obligación alguna de aceptar una prohibición absoluta de concurrencia desleal³⁸⁰. Es por ello por lo que debe aceptarse la

³⁸⁰ En sentido contrario, ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, *op. cit.*, página 320, cuando defiende la validez de las cláusulas de los convenios colectivos que establecen una prohibición absoluta de concurrir deslealmente encuentran su justificación en el reconocimiento de un derecho

prestación de servicios durante la excedencia voluntaria pero siempre teniendo en cuenta las características del puesto de trabajo ocupado así como las del sector de la actividad a que perteneciera³⁸¹ así como cualquier otra circunstancia susceptible de ser analizada a fin de averiguar una acreditada existencia o no de una supuesta competencia desleal de servicios.

En cualquier caso, el trabajador excedente voluntario que lleve a cabo una efectiva prestación de servicios a favor de una tercera empresa encuadrada dentro del mismo sector o actividad que la originaria – y en el caso de que, tanto el correspondiente convenio colectivo de aplicación como las diversas características del supuesto concreto den lugar a pensar en la probada existencia de una prohibición infringida – se consideraría que el empleado habría podido cometer una transgresión de la buena fe contractual, produciéndose, como consecuencia principal, la extinción del vínculo contractual entre el trabajador y la empresa.

En este caso concreto, la existencia del Derecho Constitucional al trabajo del artículo 35.1 de la Constitución Española en relación con lo dispuesto en el artículo 4.1 a) y 4.2 a) del Estatuto de los Trabajadores, no podrían justificar dicha transgresión, pues el que no se diera ocupación efectiva al trabajador no implicaría que éste, conculcando la buena fe contractual, pudiese realizar desleal competencia a la empresa, sino que en todo caso, podría en todo caso ejercitar las

automático de reingreso a favor del empleado. En esta línea se expresa el convenio colectivo de “CECOFAR” (Centro Cooperativo Farmacéutico), publicado en el B.O.E. en fecha de 6 de septiembre de 2006, cuando en su artículo 6 establece que la solicitud de excedencia voluntaria “*no podrá ser utilizada para prestar servicios en empresas similares que impliquen competencia, salvo autorización expresa y por escrito para ello*”. Se puede observar el carácter incierto y genérico de la prohibición, al no delimitar de ninguna manera el grado de restricción de dicha competencia desleal.

³⁸¹ RODRÍGUEZ COPE, M^a. L.: “La Regulación de la Excedencia Voluntaria desde la Ley y el Convenio. Algunos problemas planteados”, *op. cit.*, páginas 253 y 254.

acciones para obtener dicha ocupación o bien reclamar la extinción contractual con indemnización, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores.

5.3. Tratamiento del despido del trabajador excedente voluntario en casos de concurrencia desleal.

Las consecuencias que se producen a raíz del incumplimiento de deber de no concurrir deslealmente con la actividad de la empresa originaria encuentran múltiples vertientes.

La principal de ellas radica en proceder al despido del trabajador excedente voluntario en base a lo dispuesto en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores, basado esencialmente en un incumplimiento grave y culpable del empleado como consecuencia de una transgresión de la buena contractual³⁸². Cabe señalar que la empresa dispone de otras alternativas a la hora de afrontar la extinción del contrato de trabajo del empleado en base a la existencia de una posible competencia desleal, como por ejemplo la posibilidad de comunicar al trabajador el decaimiento de su derecho preferente de reingreso en base a la

³⁸² En el mismo sentido, PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, op. cit., páginas 309 y 310, GORELLI HERNANDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 86 y ARGUELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, op. cit., página 404. Éste último señala la conveniencia de que la transgresión de la buena fe contractual llevada a cabo por el empleado genere una responsabilidad resarcitoria de carácter extraordinario, por la cual se exigirá al trabajador una indemnización por daños y perjuicios derivados de dicha conducta concurrente. Asimismo, señala que para la viabilidad de la misma será preciso probar, de manera fehaciente, la realidad del daño, su cuantía y el nexo causal entre la actuación del trabajador y la producción del daño ocasionado.

realización de actividades de naturaleza concurrente³⁸³. En este caso, y ante una más que probable interposición de demanda de despido por parte del trabajador, es obvio que la carga de la prueba recae sobre la empresa, pues es ésta quien debe probar la existencia del carácter desleal de dicha prestación de servicios, o, dicho en otras palabras, corresponde a la empresa demostrar la prueba del hecho obstativo, es decir, la demostración de que realmente el trabajador durante su excedencia voluntaria prestó servicios para empresas de la competencia³⁸⁴.

Asimismo, cabe la posibilidad de evitar la vía del despido disciplinario e interpretar la extinción del vínculo contractual en base al incumplimiento de las causas válidamente consignadas en el contrato, es decir, en relación a lo dispuesto en el artículo 49.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, siempre y cuando el convenio colectivo de aplicación establezca una prohibición expresa de concurrencia desleal y se acrediten de manera suficiente los elementos que den lugar a la aplicación del pacto³⁸⁵. En este supuesto no se podría deducir derecho alguno, concretamente el pretendido de reincorporación tras una situación de excedencia voluntaria, al perderse tal derecho de reincorporación por tratarse de

³⁸³ Un ejemplo sería el convenio colectivo de “*Fertiberia, S.L.*”, aprobado mediante Resolución de fecha 29 de septiembre de 2004. Cabe destacar, entre otros, el convenio Estatal de la madera, aprobado mediante Resolución de fecha 28 de diciembre de 2001, cuyo artículo 74.2 b) establece que “*durante el período de excedencia, el trabajador, en ningún caso, podrá prestar servicios que supongan una concurrencia desleal en relaciona la empresa. Si así lo hiciera, perdería automáticamente su derecho de reingreso*”; convenio colectivo del Sector de Derivados del Cemento, aprobado mediante Resolución de fecha 28 de septiembre de 2006, y más concretamente, su artículo 77.1 dentro del apartado correspondiente a “*Disposiciones Comunes para las Excedencias*”.

³⁸⁴ STS de 3 de octubre de 1990 (RJ 1990/7526) y STSJ de la Comunidad Foral de Navarra de fecha 23 de octubre de 1992 (AS 1992/4747).

³⁸⁵ Las SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 18 de septiembre de 2001 (AS 2001/3992), 17 de febrero de 1994 (AS 1994/861), 17 de mayo de 1993 (AS 1993/2596) y 18 de noviembre de 1992 (AS 1992/5717).

un contrato ya extinguido por voluntad de las partes, al cumplirse la causa resolutoria que habían acordado.

Aunque, como es lógico, para que dicho mecanismo resolutorio pudiera llegar a producir sus efectos sería necesario un previo pacto expreso entre ambas partes, puesto que cabe recordar que el trabajador excedente voluntario puede, en principio, trabajar en empresas de similar actividad, salvo que se hubiese pactado expresamente la no concurrencia, dado que el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores establece, “*únicamente el derecho del trabajador de situarse en excedencia voluntaria*”, sin ninguna limitación en cuanto a la posibilidad de realizar trabajos durante la situación de excedencia que, en su caso, debe señalarse expresamente y por escrito si la demandada quiere exigir tal prohibición³⁸⁶.

En mi opinión, y siempre considerando que el trabajador, durante el tiempo que dure su situación de excedencia voluntaria, mantiene plenamente vigente su relación contractual con la empresa, existen otras posibilidades de proceder a la extinción del contrato de trabajo.

En este sentido, en el caso de que el empresario decida, de manera unilateral, denegar al trabajador su derecho de reingreso en base a un incumplimiento en materia de concurrencia desleal, cabría la posibilidad de que aquél procediera a utilizar el mecanismo extintivo establecido en el artículo 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores y solicitar la extinción del contrato de trabajo por su propia voluntad alegando que se ha producido un incumplimiento grave de las

³⁸⁶ Siguiendo la doctrina judicial dispuesta en la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 1 de diciembre de 2004 (AS 2004/3275), STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 22 de septiembre de 2003 (AS 2004/28), STSJ de las Islas Canarias (Tenerife) de fecha 22 de febrero de 2007 (AS 2007/1953) y STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 10 de abril de 2007 (AS 2007/3264).

obligaciones por parte del empresario, como es el no reconocimiento de su derecho de reingreso preferente a ocupar la primera vacante que se produjera en la empresa de la misma o similar categoría profesional³⁸⁷. Así, el trabajador quedaría compelido a probar que, efectivamente, no ha realizado ningún tipo de actividad concurrente que hubiera podido causar un perjuicio real al empresario.

En el caso de que el empresario optase por el despido disciplinario, lo más recomendable sería llevar a cabo una declaración formal de la voluntad resolutoria mediante la cual se comunicase, de manera expresa y en tiempo y forma adecuados, la voluntad del empresario de extinguir la relación contractual³⁸⁸. El trabajador excedente voluntario, en el caso de no estar conforme con la decisión tomada por la empresa, podría impugnarla dentro del plazo estipulado para ello, cual es el plazo de veinte días hábiles estipulado en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores.

³⁸⁷ El trabajador también podría solicitar la extinción de su contrato de trabajo, a través de lo establecido en el artículo 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores en el supuesto de que, una vez realizada la solicitud de reingreso, haya sido la empresa la que no hubiese comunicado, en tiempo y forma, la existencia de una vacante cuando se produzca, con el objeto de que el reingreso pudiera tener lugar. El deber de buena fe también se manifiesta para ambas partes, tanto para el trabajador como para la empresa.

³⁸⁸ STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 7 de julio de 2000 (JUR 2001/68374), STSJ de Aragón de fecha 4 de abril de 2005 (JUR 2005/165328), STSJ de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de fecha 15 de junio de 2005 (JUR 2005/191660), STSJ del Principado de Asturias de fecha 11 de marzo de 2005 (JUR 2005/217879), STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 14 de febrero de 2007 (JUR 2007/153135), STSJ de Castilla y León (Valladolid) de fecha 24 de octubre de 2007 (JUR 2008/46790) y STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 20 de septiembre de 2007 (JUR 2008/6137).

6. Aspectos en materia de Seguridad Social.

El hecho de que un trabajador se coloque en una situación de excedencia voluntaria comporta un efecto básico, como es la obligación de la empresa de cursar la baja de aquél en Seguridad Social, con efectos desde la fecha de inicio de la excedencia. Por lo tanto, no existe obligación de cotizar durante dicha situación. Como es lógico, en el ámbito de la Seguridad Social, la obligación de cotizar va unida a una efectiva prestación de servicios así como a una percepción de salarios, de manera que en el momento quedan suspendidas ambas obligaciones principales, y sin perjuicio de la subsistencia de las obligaciones secundarias, se produce el cese de dicha obligación³⁸⁹.

Resulta obvio que nos encontramos ante una situación que, debido a sus especiales características, ofrece múltiples variables las cuales son merecedoras de un especial análisis, siendo desarrolladas en los siguientes puntos.

6.1. Excedencia y prestaciones en materia de Seguridad Social.

Para que un empleado se encuentre protegido por el sistema español de Seguridad Social, debe encontrarse en situación de alta o, en su defecto, en una situación asimilada al alta en el momento se produce el hecho causante. En el caso del trabajador excedente voluntario, no se da ninguna de las variantes requeridas ya que su contrato de trabajo se encuentra suspendido a todos los efectos

³⁸⁹ Tal y como establece el artículo 106.2 LGSS, cuando afirma que *“la obligación de cotizar se mantendrá por todo el período en que el trabajador esté de alta en el Régimen General o preste sus servicios, aunque estos revistan carácter discontinuo”*.

6.1.1. Prestaciones que no requieren situación de alta.

En este aspecto, cabe resaltar que existen determinadas situaciones que no exigen al trabajador estar de alta o en situación asimilada al alta para poder tener derecho a percibir las prestaciones correspondientes.

Así pues, a lo largo de los últimos años, se ha ido asentando una cierta flexibilización en torno al requisito del alta en función de las particulares circunstancias del caso concreto, llegando a la conclusión de que el requisito de estar en alta o situación asimilada al alta no debe ser exigido en todos los casos con rigor formalista, sino que ha de ser interpretado en un sentido humano e individualizado³⁹⁰, acorde con la realidad de cada supuesto y tendente a paliar el real infortunio de los trabajadores, de manera tal, que si una vez examinada la vida laboral del trabajador se llega a la conclusión de que ha estado afiliado y en alta con regularidad durante el tiempo de trabajo activo, no es dable negarle luego la condición de beneficiario por la circunstancia de hallarse en situación de baja al solicitar la prestación³⁹¹.

³⁹⁰ VIQUEIRA PÉREZ., C.: *La prestación por desempleo*, Tirant lo Blanch, 1990, Valencia.

³⁹¹ STSJ de la Comunidad Foral de Navarra de fecha 25 de enero de 1999 (AS 1999/5121). La sentencia matiza que dicha interpretación humana, flexible y e individualizadora no significa que haya desaparecido la exigencia legal del alta, sino que tan sólo la misma se tiene por excepcionalmente cumplida y destaca que para la aplicación de dicha teoría se considera necesaria la concurrencia de una serie de condiciones, tales como: (i) la acreditación de un largo período de cotización efectiva como consecuencia de una dilatada vida laboral; (ii) la concurrencia de alguna circunstancia impositiva de la actividad laboral; (iii) que se produzca el abandono del puesto de trabajo y la correspondiente baja en el Régimen General de la Seguridad Social por causa de alguna de tales circunstancias, en cuanto que éstas van a permitir fundamentar la presunción de que el trabajador hubiera continuado ligado al sistema de Seguridad Social de no haber concurrido las mismas; y, (iv), por último, que dicha situación no esté causada voluntariamente por el empleado.

Con ello, el trabajador que se encuentra en situación de excedencia voluntaria y solicita la declaración de incapacidad, sea en el grado que sea, y que, además de ello, alega como hecho causante el acaecimiento de un suceso (como por ejemplo, un accidente no laboral) ocurrido con anterioridad a su situación de excedencia, el requisito de asimilación al alta debe entenderse cumplido pues dicho accidente no laboral se considera el evento determinante de las secuelas que sufriría el empleado. En este aspecto, determinados autores plantean dicha posibilidad dentro de un marco mucho más genérico sin acotarlo a circunstancias tan concretas, siendo suficiente cumplir con los requisitos de base dispuestos por la norma legal de aplicación a cada caso concreto con el fin de acceder a las prestaciones de invalidez permanente absoluta y gran invalidez derivada de causas comunes, y ello a pesar de que no se cumpliera el requisito de alta ni asimilada al alta en el momento del hecho causante, e incluso tener derecho a percibir prestaciones en concepto de pensión de jubilación³⁹².

En el mismo sentido, cabe destacar que la situación de asimilación al alta ha sido interpretada por la jurisprudencia de forma amplia en el sentido de entender englobado en dicha situación no sólo al trabajador desempleado que perciba prestación por dicha contingencia, sino también a quien, sin percibir prestación, se encuentre sin trabajo por situación a él no imputable y quiera y pueda trabajar. Por ello, y en relación al derecho de percibo de las prestaciones correspondientes a pensiones de viudedad y orfandad en supuestos en los que el cónyuge hubiera fallecido durante su situación de excedencia voluntaria pero hubiera solicitado su reingreso en la empresa en tiempo y forma adecuados,

³⁹² Tal y como afirma RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., páginas 55 y 56, haciendo especial mención en el caso de la pensión de jubilación y de invalidez, manifestando la naturaleza no contributiva de asistencia sanitaria respecto de aquéllas así como también de las asignaciones por hijo a cargo.

señalar que los Tribunales han interpretado la situación del trabajador excedente como asimilada al alta, al menos, para generar, a favor de los diferentes familiares, las correspondientes prestaciones.³⁹³ El punto de partida de dicha teoría flexibilizadora casi siempre exige que el trabajador excedente voluntaria hubiera solicitado el reingreso en la empresa anteriormente al momento del hecho causante.

De la misma forma, esta doctrina judicial encuentra su aplicación en otras prestaciones incluidas dentro del Régimen General de la Seguridad Social, como por ejemplo en la referente a la prestación por maternidad. Tal y como reza el artículo 124.1 LGSS, para ser beneficiario del subsidio de maternidad, además de ser trabajador por cuenta ajena, se exige reunir la condición de estar afiliado a la Seguridad Social y en alta o situación asimilada a la de alta. No obstante, y en relación a estas situaciones, el artículo 125 de la susodicha Ley General de la Seguridad Social no recoge entre tales la situación de excedencia voluntaria. En este aspecto, es doctrina de los tribunales el señalar que, incluso en el caso de que la trabajadora haya solicitado la excedencia voluntaria para acudir a un País extranjero a realizar los trámites de adopción pertinentes, dicha causa, aún siendo noble y altruista, no es susceptible de acogerse a la tan comentada teoría flexibilizadora y humanitaria implantada por la jurisprudencia y doctrina judicial³⁹⁴.

³⁹³ STSJ de Aragón de fecha 7 de julio de 2002 (AS 2002/2396). En el mismo sentido la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 15 de febrero de 1996 (AS 1996/993), STSJ de la Región de Murcia de fecha 30 de marzo de 1999 (AS 1999/1209) y STSJ de Castilla y León (Burgos) de fecha 27 de mayo de 1997 (AS 1997/1473). La mayoría de los casos son similares, pues en todos ellos concurren especiales circunstancias que justifican la aplicación de de la aludida doctrina jurisprudencial flexibilizadora y humanitaria en orden a la exigencia del requisito del alta para poder acceder a las prestaciones objeto del conflicto concreto.

³⁹⁴ STSJ de Andalucía (Granada) de fecha 30 de noviembre de 2000 (AS 2000/526).

No obstante, existen determinadas situaciones en las que el trabajador no tiene porqué estar dado de alta para tener derecho a obtener el percibo de determinadas prestaciones. Es el caso por ejemplo de la prestación en concepto de pensión por viudedad, contemplada en el artículo 174.1 LGSS, cuando establece que *“también tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años”*. Por tanto, y a tenor de lo contemplado en dicho precepto, el cónyuge supérstite del trabajador que hubiera fallecido durante su situación de excedencia voluntaria, seguiría teniendo, no obstante, derecho a percibir las correspondientes cantidades en concepto de prestaciones por viudedad. En el mismo escenario se podría situar a las prestaciones derivadas de la pensión por jubilación, y ello atendiendo a lo reflejado en el artículo 161.3 LGSS, el cual afirma que *“no obstante lo dispuesto en el párrafo primero del apartado 1 de este artículo, la pensión de jubilación podrá causarse, aunque los interesados no se encuentren en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta, siempre que reúnan los requisitos de edad y cotización contemplados en el citado apartado 1”*³⁹⁵.

³⁹⁵ El apartado primero del artículo 161 LGSS establece cuales son los requisitos para que un trabajador pueda convertirse en beneficiario de cantidades en concepto de pensión por jubilación, desglosados en los siguientes: (i) haber cumplido sesenta y cinco años de edad; y, (ii) tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.

6.2. La situación de excedencia voluntaria y el derecho a la prestación por desempleo.

La excedencia voluntaria es una figura jurídica creada por nuestro ordenamiento jurídico laboral con un fin principal, como es el de satisfacer los intereses del trabajador. Y hablamos de intereses de cualquier tipo, ya sean de carácter personal, familiar, social, profesional, económico, etc. Por ello, la persona que obtenga el reconocimiento empresarial en relación al disfrute de una excedencia voluntaria conoce de antemano que los derechos que tenía reconocidos anteriormente a que se produjera dicha situación van a quedar seriamente limitados. No obstante, es necesario hacer un análisis exhaustivo de cada caso concreto con el fin de averiguar que el alcance de dichas limitaciones y las consecuencias que puedan derivarse.

6.2.1. “Doctrina del paréntesis”.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, resulta necesario hacer referencia a la denominada “*doctrina del paréntesis*”.

A modo de introducción, cabe destacar que, de conformidad con lo establecido en los artículos 207 b) y 210.1, en relación con los artículos 107 y 125 de la Ley General de la Seguridad Social y el artículo 13 del Real Decreto 2064/1995, de 22 diciembre, por el que se Aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, durante el tiempo que se prolongue la situación de excedencia voluntaria, no existe situación asimilada al alta ni, por tanto, obligación de cotizar; por lo que si no hay cotización durante ese periodo, ni tampoco posibilidad legal de que la hubiera, no cabe entender que dicho periodo, que procede de la voluntad personal del

beneficiario, deba obviarse en el sentido de que no altere el periodo legal de ocupación cotizada mínimo para generar el derecho a la prestación.

Por tanto, la “*doctrina del paréntesis*” se aplicaría cuando la falta de cotización durante la situación de excedencia voluntaria hubiera sido derivada de una imposibilidad real y manifiesta de trabajar por causas ajenas a la voluntad del beneficiario³⁹⁶. Por ello, en el momento en el que quedase acreditada dicha

³⁹⁶ STS de fecha 4 de abril de 2011 (RJ 2011/3697). La sentencia en cuestión excluye la posibilidad de aplicar la “*doctrina del paréntesis*” en un supuesto de excedencia voluntaria a efectos de percibir las correspondientes cantidades en concepto de prestación por desempleo. El argumento principal que esgrime dicha resolución judicial se basa en afirmar una ausencia total de voluntad continuada, por parte de la trabajadora, a la hora de permanecer vinculada al mercado de trabajo, valorando que la situación de excedencia voluntaria obedece única y exclusivamente a la voluntad exclusiva de aquélla, concluyendo que “*al no aplicar a dicho periodo la "doctrina del paréntesis no procede retrotraer el periodo computable de ocupación cotizada a los seis años anteriores al inicio de la situación de excedencia voluntaria, sino que tal periodo será el inmediatamente anterior al inicio de la situación de desempleo"*”.

No obstante lo anterior, el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia enumera una serie de supuestos en los que sí sería aplicable la “*doctrina del paréntesis*”, quedando desglosados de la siguiente manera: (i) la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo, porque esta situación acredita el “*animus laborandi*”, o lo que es igual, la voluntad de no apartarse del mundo laboral, y en base a las SSTS de fecha 29 de mayo de 1992 (RJ 1992/3619), 1 de julio de 1993 (RJ 1993/6879), 26 de mayo de 2003 (RJ 2003/5090) y 12 de julio de 2004 (RJ 2004/5585); (ii) la antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar, tal y como establecen las SSTS de fecha 10 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9771) y 24 de octubre de 1994 (RJ 1994/8106); (iii) la percepción de una prestación no contributiva de invalidez en que tampoco se cotiza, en base a lo previsto en las SSTS de fecha 9 de diciembre de 1999 (RJ 2000/517), 2 de octubre de 2001 (RJ 2001/8978) y 20 de diciembre de 2005 (RJ 2006/585); (iv) el periodo de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral, cuando el recluso ha mostrado durante él, su disponibilidad para el trabajo mediante la realización de servicios personales, siguiendo lo reflejado en las SSTS de fecha 12 de noviembre de 1996 (RJ 1996/8556) y 19 de julio de 2001 (RJ 2002/580); y, (v), la existencia comprobada de una grave enfermedad que conduzca al hecho causante, por la que pueda ser fundadamente explicable que se hubiesen descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta, en base a las SSTS de fecha 26 de enero de 1998 (RJ 1998/1056) y 17 de septiembre de 2004 (RJ

voluntad por parte del empleado, de continuar vinculado al mercado laboral, la aplicación de la “*doctrina del paréntesis*” sería viable³⁹⁷, con lo que se retrotraería el periodo computable de ocupación cotizada a los seis años anteriores al inicio de la situación de excedencia voluntaria. Por el contrario, y en el caso de que no acreditase de manera conveniente tal extremo, traducido en una voluntad por parte del empleado de acceder al trabajo, solamente habría de tenerse en cuenta para la duración de su devengo el tiempo en que, efectivamente, se prestó la actividad laboral³⁹⁸.

En conclusión, y en el supuesto de que no se dieran los condicionantes mínimos necesarios establecidos tanto por la ley como por la jurisprudencia al objeto de aplicar la “*doctrina del paréntesis*” al período durante el cual el trabajador hubiera permanecido en situación de excedencia voluntaria, no procedería retrotraer el periodo computable de ocupación cotizada a los seis años anteriores al inicio de la situación de excedencia voluntaria, sino que tal periodo sería el inmediatamente anterior al inicio de la situación de desempleo.

6.2.2. Derecho a la prestación por desempleo.

En relación con los casos en los que el trabajador se encuentra en situación de excedencia voluntaria en una relación de prestación de servicios anterior, y a lo largo de dicha situación trabaja para otra u otras empresas durante un lapso

2004/6320). En este sentido, y por igual razón, cabría también excluir del periodo computable a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y carencia, un interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo que no fuera revelador de esa supuesta voluntad por parte del trabajador excedente voluntario de apartarse del mundo laboral, apoyándonos en las SSTS de fecha 29 de mayo de 1992 (RJ 1992/3619) y 10 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2975).

³⁹⁷ Siguiendo la jurisprudencia contenida en las SSTS 24 de noviembre de 2010 (RJ 2011/1211) y de fecha 23 de diciembre de 2005 (RJ 2006/595).

³⁹⁸ STS de fecha 12 de julio de 2004 (RJ 2004/5585).

temporal suficiente para poder obtener, en base a este nuevo nexo contractual, el derecho a percibir la prestación contributiva de desempleo, cabe plantearse la siguiente cuestión, ¿una vez extinguido ese nuevo nexo contractual en contra de su voluntad, puede o no ser considerado dicho trabajador en situación legal de desempleo? Y ello a pesar de hallarse en situación de excedencia voluntaria en lo que concierne a la primera relación jurídica de prestación de servicios.

ARGUELLES BLANCO³⁹⁹ realizó un profundo estudio sobre la cuestión relativa al derecho a la prestación por desempleo en materia de excedencia voluntaria, distinguiendo tres tipos de situaciones: **(i)** la posibilidad de que el trabajador excedente voluntario hubiera llegado a cotizar en la segunda empresa el tiempo suficiente para tener derecho a la prestación por desempleo, fijado por el artículo 207 b) LGSS. En este caso considera que el empleado tiene derecho a ser beneficiario de una prestación por desempleo; **(ii)** la opción de que el trabajador, al extinguirse su contrato de trabajo con la segunda empresa, no hubiera llegado a cotizar en ésta el tiempo suficiente para tener derecho a la prestación negando el derecho del trabajador a que se sumasen los días cotizados en la empresa en la que estuviera excedente, alegando que el vínculo contractual con ésta sigue vigente y que la separación por parte del empleado se ha producido de una manera voluntaria; y **(iii)**, por último, comenta la posibilidad de que la extinción del contrato con la segunda empresa se hubiera producido cuando el empleado ya hubiera solicitado el reingreso a la empresa originaria. Afirma que, puesto que el trabajador ya habría manifestado su deseo de volver a la empresa, su derecho a obtener las correspondientes prestaciones por desempleo sería completamente efectivo.

³⁹⁹ ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., páginas 328 y ss.

Teniendo en cuenta las diversas teorías expuestas en torno a este punto en materia de desempleo, es conveniente partir de la base jurídica que nos ofrece el artículo 208.2.4) de la LGSS, cuando sostiene que *“no se considerará en situación legal de desempleo a los trabajadores que no hayan solicitado el reingreso al puesto de trabajo en los casos y plazos establecidos en la legislación vigente”*. La mayoría de autores se apoyaron en lo dispuesto en tal precepto para considerar la conveniencia de denegar dicho derecho de prestación por desempleo a aquellos trabajadores que, habiendo cotizado en la segunda empresa el tiempo suficiente para tener derecho a dicha prestación, no hubieran solicitado el reingreso en la empresa en tiempo y forma adecuados. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la persona que se encuentra en excedencia voluntaria no siempre puede solicitar, de forma válida y eficaz, su reingreso al servicio activo, puesto que tal clase de solicitud sólo puede formularse con respecto al momento en que termine el plazo por el que se le concedió dicha excedencia, o en aquellos casos – muy poco frecuentes por otra parte – en que se pacta explícitamente la posibilidad de que el empleado solicite, en cualquier momento, el reingreso al servicio activo, sin restricción temporal en tal sentido. Pero ahora, hay que tener presente que si el plazo de la excedencia voluntaria convenido no está próximo a su fin, la solicitud de reingreso del trabajador carecería por completo de efectividad, pues la empresa no está obligada a tomar en consideración tal clase de peticiones hasta el momento en que ese plazo no hubiera concluido⁴⁰⁰.

De ello se deriva que cuando el trabajador en situación de excedencia voluntaria inicia un nuevo trabajo y luego cesa en él en contra de su voluntad, si todavía no hubiera transcurrido el plazo inicial de la excedencia que le impidiese solicitar la reincorporación al primer trabajo, en el que ésta le hubiera sido

⁴⁰⁰ STS de fecha 24 de marzo de 2001 (RJ 2001/4111). En el mismo sentido la STSJ de Andalucía (Málaga) de fecha 1 de diciembre de 2001 (JUR 2001/78212).

concedida, no existiría, por tal causa, obstáculo alguno que le impidiese estar comprendido en situación legal de desempleo. Por consiguiente para poder excluir a dicho trabajador de esta situación no basta con que se acredite que el mismo se halla en situación de excedencia voluntaria relativa a una prestación de servicios anterior, sino que además es necesario que se constate que dicho empleado, en cuanto a esa situación de excedencia, está ya en condiciones de solicitar válidamente el reingreso a su antiguo puesto de trabajo o similar, señalando que, incluso si ese plazo ha transcurrido ya, tampoco existirá ningún impedimento para considerarlo incluido en la situación legal de desempleo en aquellos casos en que el trabajador acredite que formuló en tiempo oportuno la solicitud de reingreso, pero tal solicitud no hubiera sido atendida por la correspondiente empresa u organismo público⁴⁰¹. Dicho en otras palabras, se hace del todo exigible un plus de actividad en el trabajador excedente voluntario, para acreditar que quiere y no puede trabajar, como es la de tratar de poner fin a dicha situación de excedencia voluntaria. Y es por ello, que de no hacerlo así hace que devengue causal y no involuntario el evento desocupacional y que sólo a él cabe atribuir y por ende soportar⁴⁰².

⁴⁰¹ STSJ de Cataluña de fecha 20 de marzo de 2002 (JUR 2002/141063) y STSJ de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de fecha 1 de octubre de 2004 (JUR 2004/304360).

⁴⁰² En base a lo establecido en la STS de fecha 24 de marzo de 2001 (RJ 2001/4111).

VI. LA SOLICITUD DE REINGRESO

1. El plazo de preaviso.

El régimen jurídico de la excedencia laboral voluntaria encuentra multitud de vacíos legales en la redacción ofrecida por el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, pero si tuviéramos que destacar un punto conflictivo que sobresale por encima de todos los demás, ese es, sin ninguna duda, el relativo al reingreso en la empresa por parte del trabajador excedente voluntario.

Entiendo que, a pesar de que nos encontramos ante un efecto fundamental de la excedencia voluntaria, y, como tal, debía haber sido encuadrado en el capítulo anterior referente a los efectos propios de dicha figura jurídica, me veo en la obligación de situarlo en un capítulo único, pues la complejidad interpretativa que se desprende del procedimiento de reingreso es tal que, en mi opinión, merece un capítulo independiente. En este sentido, el Estatuto de los Trabajadores nada nos dice acerca del procedimiento, modo y forma en que debe realizarse dicho reingreso. La principal consecuencia de esa falta total de regulación ha desembocado en una serie de conflictos legales que nuestros Tribunales y, en menor medida, la negociación colectiva, han tratado, en la medida de lo posible, de minimizar.

En primer lugar, cabe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, el cual establece que *“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”*. Así pues, existirían tres características que definirían a la perfección la naturaleza del

derecho al reingreso en situaciones de excedencia voluntaria: **(i)** es un derecho potencial o expectante, es decir, el ejercicio de dicho derecho estaría sujeto a un requisito esencial, como sería la existencia de una vacante de igual o similar categoría profesional a la que tuviera el trabajador anteriormente a su situación de excedencia voluntaria⁴⁰³; **(ii)** es un derecho preferente, lo que supondría que desde el momento en que el trabajador excedente voluntario realizase su solicitud de reingreso en tiempo y forma, adquiriría preferencia frente a cualquier tercero⁴⁰⁴ que aspirase a ocupar un puesto de trabajo de igual o similar categoría a la suya; y, **(iii)**, se trata de un derecho cuya efectividad se encontraría sujeta al cumplimiento por parte del trabajador excedente voluntario de unos requisitos de carácter temporal, ya que el empleado que deseara reingresar en la empresa se encontraría sujeto al cumplimiento del plazo de preaviso estipulado, bien en el convenio colectivo aplicable, bien en el pacto individual de reconocimiento expreso de la situación de excedencia voluntaria formalizado entre ambas partes.

En este sentido, y tal y como veremos más adelante, uno de los requisitos más importantes a la hora de poder reingresar en la empresa es el cumplimiento de dicho plazo de preaviso, cuyo formato ofrece múltiples alternativas, o, cuanto menos, la necesidad de que la solicitud de reingreso se produzca de manera

⁴⁰³ STS de fecha 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/9676) y STSJ de Andalucía de fecha 12 de Noviembre de 1999 (AS 1999/3705).

⁴⁰⁴ Se trata de una preferencia relativa, pues piénsese en aquellos casos en los que, en el momento en que el trabajador excedente voluntario solicite el reingreso en la empresa, hay trabajadores que aspiran a ocupar ese mismo puesto de trabajo en base a situaciones derivadas de otras clases de excedencia cuyo derecho es superior (por ejemplo, excedencias forzosas, por cuidado de hijo o familiares, etc.) o, incluso, en aquellos supuestos de promociones internas o ascensos profesionales – en estos casos, la decisión de ascender o promocionar al empleado en activo debería adoptarse de manera anterior a la solicitud de reingreso, ya que lo contrario podría llegar a interpretarse como una maniobra torticera por parte de la empresario para precisamente evitar que se llegara a producir la reincorporación del trabajador excedente voluntario.

anterior a la finalización de la situación de excedencia voluntaria, escenarios que serán objeto de un análisis posterior.

En una situación de excedencia voluntaria, el hecho de que exista únicamente un derecho preferente de reingreso y no una reserva de plaza, tal y como ocurre con los supuestos típicos de suspensión de contratos de trabajo regulados en el artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores, sitúa a dicha figura jurídica en una posición complicada a efectos prácticos. En primer lugar, el trabajador excedente voluntario debe cursar la solicitud de reingreso en tiempo y forma para así activar su derecho preferente de reingreso, derecho que únicamente podrá ser ejercitado en el momento en que se produzca en la empresa alguna vacante de su misma o similar categoría profesional⁴⁰⁵.

Y es aquí donde la posición del trabajador excedente voluntario se vuelve dramática, puesto que, en la mayoría de los casos, desconoce por completo el organigrama funcional existente en ese momento en la empresa así como también la composición de la plantilla y los diferentes cambios que ha sufrido la misma durante el tiempo que ha durado la situación de excedencia voluntaria⁴⁰⁶. Todo

⁴⁰⁵ Siguiendo la línea doctrinal dispuesta por la STSJ de la Comunidad de Madrid, de fecha 8 de octubre de 2007 (AS 2008/566), en relación con lo establecido con la línea jurisprudencial iniciada por el Tribunal Supremo, en Sentencia de fecha 18 de septiembre de 2002 (RJ 2002/10678), cuando afirma que *“no se trata, por tanto, de un requisito extraño a la lógica de la institución de la excedencia voluntaria por asuntos propios, sino de una exigencia que facilita el funcionamiento de la misma en uno de sus aspectos cruciales, que es el ejercicio del derecho de reingreso, temporalmente limitado dentro de los márgenes establecidos por la Ley y por los convenios colectivos”*.

⁴⁰⁶ Siguiendo la línea mantenida por RODRÍGUEZ COPE, M^a. L., *“El derecho preferente al reingreso del excedente voluntario: cobertura de la vacante apropiada con trabajadores ¿con mejor derecho?”*, *Aranzadi Social*, nº 20/2006 (BIB 2006/2774), mientras que el excedente voluntario no haya manifestado en tiempo y forma su voluntad de reingreso, el empresario podrá proceder a la cobertura de la vacante mediante cualquier sistema y tipo de contratación, pues el derecho a la libre contratación, dentro del ejercicio regular

ello sitúa al trabajador excedente voluntario en una clara posición de inferioridad respecto al empresario, tal y como analizaremos más adelante.

Desde un punto de vista general, el trabajador excedente voluntario debe solicitar el reingreso de manera anterior a la finalización de su situación de excedencia voluntaria, atendiendo a la duración inicialmente pactada entre ambas partes, la cual, salvo pacto en contrario que mejore lo dispuesto en la norma legal, tendrá una duración mínima de cuatro meses y una duración máxima de cinco años. En este sentido, y teniendo en cuenta la falta de regulación legal al respecto, es habitual que, en el escrito de reconocimiento expreso por parte de la empresa de la situación de excedencia voluntaria, se establezca o se pacte un plazo de preaviso para que el trabajador solicite su reingreso. Dicho plazo bien puede venir preestablecido por el propio convenio colectivo de aplicación o bien puede ser acordado entre ambas partes.

Desde mi punto de vista, el cumplimiento del plazo de preaviso es beneficioso, tanto para el trabajador como para el empresario, pero siempre y cuando se encuentre sujeto a una serie de límites y matizaciones legales respecto de los cuales es necesario atenerse con el fin de no desvirtuar la realidad práctica, tanto desde el punto de vista del empleador como desde el prisma del empleado. Así pues, es cierto que, durante el plazo de preaviso el empresario está en condiciones de adoptar las medidas que considere oportunas en orden a la posible reincorporación del trabajador excedente voluntario, y ello por razón de que cuenta con un margen de maniobra adecuado a la hora de actuar y tomar las decisiones que estime oportunas. Por su parte, el empleado cuenta con la ventaja

de las facultades de dirección del empresario, está contemplado en los artículos 5 c) y 20 del Estatuto de los Trabajadores, con el debido respeto a los límites dispuestos en la propia Ley y en los pactos colectivos e individuales.

de imponer, con una mayor antelación si cabe, su derecho preferente frente a otras personas o trabajadores de la propia empresa que quisieran acceder a su mismo o similar puesto de trabajo⁴⁰⁷.

En este aspecto, me gustaría hacer una reflexión acerca de este último punto, relativo al establecimiento de un plazo de preaviso de obligado cumplimiento por parte del trabajador y la posibilidad de que éste solicite el reingreso con una antelación mayor de la inicialmente pactada entre ambas partes. Aquí nos encontramos con un problema de fondo, cual es que, en teoría, en el momento en que el empleado solicita el reingreso en la empresa, el campo de actuación del empresario queda considerablemente limitado a la hora de reestructurar y reorganizar su empresa utilizando la plaza que había quedado vacante como consecuencia de la situación de excedencia voluntaria en la que se encuentra el empleado, y mucho más si tal solicitud de reingreso se produce antes de lo previsto. En este sentido, la gran mayoría de los convenios colectivos⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ STS de fecha 18 de septiembre de 2002 (RJ 2002/10678).

⁴⁰⁸ En este aspecto, cabe destacar, entre muchos otros, el convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares, aprobado mediante Resolución de fecha 29 de febrero de 2008, cuyo artículo 9.1.1. establece que *“la solicitud de reingreso deberá hacerse, dentro del período de excedencia, con una antelación mínima de un mes respecto a la fecha en que termine”*; convenio colectivo para las empresas mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos, aprobado mediante Resolución de fecha 24 de julio de 2008 (artículo 39); convenio colectivo de *“Kaefer Aislamientos, S.A.”*, aprobado mediante Resolución de fecha 29 de septiembre de 2006 (artículo 29); convenio colectivo de la empresa *“Centro Europeo de Reparto Farmacéutico de Cataluña, S. A”*, aprobado mediante Resolución de fecha 24 de mayo de 2005 (artículo 27); convenio colectivo de la empresa *“Lacasa, S.A.”*, aprobado mediante Resolución de fecha 20 de abril de 2009 (artículo 26); convenio colectivo del sector *“Piscinas e Instalaciones Acuáticas”*, aprobado mediante Resolución de fecha 28 de junio de 2000 (artículo 11.8); convenio colectivo de Federación *“Farmacéutica Sociedad Cooperativa, C.L.”*, aprobado mediante Resolución de fecha 23 de enero de 2008 (artículo 33.2); convenio colectivo estatal de perfumería y afines, aprobado mediante Resolución de fecha 3 de septiembre de 2010 (artículo 55.1); XXII convenio colectivo de *“Repsol Butano,*

exigen a todos aquellos trabajadores en situación de excedencia voluntaria que quieran reintegrarse a la empresa, la presentación de la solicitud de reincorporación con una antelación mínima de un mes a la fecha de expiración o vencimiento del período de excedencia previsto⁴⁰⁹. En este tipo de situaciones, existen casos en los que determinados trabajadores solicitan su reingreso con una antelación mucho mayor a la inicialmente prevista, con lo que el empresario que deseaba amortizar la plaza, promocionar a otro trabajador de la empresa o contratar a otra persona para ocupar el puesto de trabajo queda realmente limitado a la hora de llevar a cabo cualquier de estas opciones, y más aún teniendo en cuenta que estamos hablando de una figura jurídica que si por algo viene caracterizada es por la enorme dificultad que encuentra a la hora de su aplicabilidad práctica en el día a día de los empresarios y trabajadores debido a las terribles lagunas jurídicas que desprende su régimen jurídico.

1.1. Solicitud “*ex tempo*”.

Tal y como he dicho antes, el Estatuto de los Trabajadores no establece ningún tipo de plazo de preaviso para el trabajador a efectos de presentar su solicitud de reingreso a la empresa. Así pues, y partiendo de una base legal inexistente, los conflictos jurídicos que originan este tipo de situaciones no hacen sino multiplicarse en la actividad ordinaria de las empresas. Por tanto, la Ley no

S. A.”, aprobado mediante Resolución de fecha 21 de febrero de 2007 (artículo 68) y convenio colectivo de la empresa Fondo de Empleo-Sector de Construcción Naval, aprobado mediante Resolución de fecha 30 de marzo de 2001 (artículo 17).

⁴⁰⁹ Convenio colectivo de trabajo de los hospitales de la XHUP y de los centros de atención primaria concertados para los años 2005-2008, aprobado mediante Resolución dictada en fecha 4 de octubre de 2006, cuyo artículo 46.3 establece que “*si el trabajador/a no solicita el reingreso en la empresa 1 mes antes de la finalización de la excedencia, causa baja definitiva. El reingreso está condicionado a la existencia de una vacante en un puesto de trabajo similar al que ocupaba al iniciarla*”.

exige que el trabajador excedente voluntario comunique a la empresa su intención de restablecer los plenos efectos de la relación laboral, aunque, obviamente, deberá hacerlo en tiempo oportuno⁴¹⁰.

Tomando como referencia la regla general, y en defecto de plazo de preaviso preestablecido al respecto, cabe decir que el trabajador se encuentra obligado a manifestar su deseo de reincorporarse a la empresa de manera previa a la finalización de su situación de excedencia voluntaria.

A sensu contrario, y tomando como referencia la especialidad de la norma, el trabajador debe respetar dicho plazo de preaviso, en el caso de que existiere, y presentar su solicitud de reingreso de manera previa a la expiración del mismo. Asimismo, también nos encontramos ante una línea científica que ya en su día defendió la posibilidad de que el trabajador excedente voluntario presentase su solicitud de reingreso de una manera posterior a la finalización de su situación de excedencia voluntaria⁴¹¹, teoría cuanto menos discutible, ya que lo contrario prolongaría la duración de la excedencia voluntaria por tiempo superior al prefijado y se consideraría como una dejación del derecho a la reincorporación⁴¹².

⁴¹⁰ STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de fecha 14 de abril de 1992 (AS 1992/1896).

⁴¹¹ ALBIOL MONTESINOS, I.: *Suspensión del contrato*, en AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de Marzo*, op. cit., página 346, el cual considera que la solicitud de reingreso debe solicitarse cuando acaba la situación de excedencia voluntaria. En esta misma línea se manifestó MONGE RECALDE, J.L.: *La Excedencia Laboral en la Jurisprudencia*, op. cit., página 70, cuando afirmaba que se resistía a admitir que algún tribunal pudiera declarar la invalidez de una solicitud de reingreso basándose en la extemporaneidad de su ejercicio, en el caso de que la misma hubiera sido cursada en fechas posteriores pero muy cercanas al momento de finalización de la situación de excedencia voluntaria, basándose fundamentalmente en lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 23 de abril de 1986 (RJ 1986/2231).

⁴¹² PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., página 35.

Y ello a pesar de que el legislador haya omitido en el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, cualquier referencia a plazo de preaviso, como así ocurre en el presente caso, no siendo susceptible que el reingreso pueda ser solicitado en cualquier momento, incluso posterior a la finalización del período de disfrute de la excedencia voluntaria.

Teniendo en cuenta lo anterior, nos encontramos con multitud de situaciones, las cuales han dado lugar a las pertinentes confusiones legales e interpretaciones jurídicas que no han hecho sino aumentar el grado de inseguridad jurídica al respecto. En este aspecto, cabe destacar los siguientes escenarios.

1.1.1. Solicitud posterior al plazo de preaviso: decaimiento del derecho.

Cabe la posibilidad de que el trabajador excedente voluntario solicite su reingreso a la empresa de manera previa a la finalización de su situación de excedencia voluntaria, pero de manera posterior al plazo de preaviso fijado en el convenio colectivo⁴¹³ de aplicación o en el pacto individual que hubieran podido formalizar ambas partes en su momento. En teoría, y atendiendo a este caso en concreto, la solicitud presentada por el trabajador excedente voluntario vendría

⁴¹³ Convenio colectivo nacional de Artes Gráficas, Manipulados de Papel y Cartón, Editoriales e Industrias Auxiliares, aprobado mediante Resolución de fecha 29 de febrero de 2008, cuyo artículo 9.1.1 establece que *“la solicitud de reingreso deberá hacerse, dentro del período de excedencia voluntario, con una antelación mínima de un mes respecto a la fecha en que termine”*. En el mismo sentido, se manifiesta el convenio colectivo de convenio colectivo estatal de fabricantes de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida, aprobado mediante Resolución de fecha 5 de diciembre de 2006, el convenio colectivo para las empresas mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos, aprobado mediante Resolución de fecha 24 de julio de 2008, el convenio colectivo estatal para las Delegaciones Comerciales del Ente Público Empresarial Loterías y apuestas del Estado, aprobado mediante Resolución de fecha 20 de mayo de 2009 y el convenio colectivo de la empresa *“Lacasa, S.A.”*, aprobado mediante Resolución de fecha 20 de abril de 2009.

formulada fuera de plazo y, por tanto, se produciría el decaimiento de su derecho preferente de reingreso, por lo que su vínculo contractual con la empresa se entendería totalmente extinguido.

En este sentido, y a falta de regulación expresa en la Ley, han sido los Tribunales los que, desde principios de los años 80, se han ido encargando poco a poco de matizar tal cuestión, aportando nuevas vías de interpretación. En este sentido, el Tribunal Supremo⁴¹⁴ sostuvo en su momento que el trabajador excedente voluntario, a pesar de haber incumplido el plazo de preaviso establecido en el convenio colectivo de aplicación que se tratase, seguía teniendo derecho a ejercitar su derecho preferente de reingreso en la empresa, y ello apoyándose en lo dispuesto en el artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores⁴¹⁵ o también denominado “*principio de norma más favorable*”. La explicación de esta postura jurisprudencial se fundamentó en que el Estatuto de los Trabajadores no establecía ningún plazo de preaviso para el trabajador y que, por tanto, no era de recibo la adopción de una medida tan drástica que contemplara la pérdida definitiva del derecho preferente de reingreso del trabajador excedente voluntario.

⁴¹⁴ STS de 17 de julio de 1986 (RJ 1986/4174), la cual establece que “*dicho conflicto debe ser resuelto conforme al artículo 3-3 de la Ley 8/1980 de 10 de marzo aplicando la norma más favorable al trabajador, cual lo verificó el Juzgador de instancia, haciéndolo de la norma denunciada como infringida que no marca plazo para solicitar el reingreso, por lo que resulta suficiente se haga, como así se hizo en el caso de autos, antes de la determinación del período de excedencia, por tanto, más beneficiosas*”.

⁴¹⁵ Dicho precepto dispone que “*los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables*”.

Posteriormente, y tomando como referencia dicha línea jurisprudencial, surgieron situaciones en las que el trabajador excedente voluntario que incumplía el plazo de preaviso establecido en el convenio colectivo de aplicación, no podía beneficiarse de la aplicación del principio de norma más favorable establecido en el artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores a fin de reingresar en la empresa, y por cuya consecuencia se producía, inevitablemente, el decaimiento definitivo de su derecho⁴¹⁶. Y ello en casos en los que el convenio colectivo mejorase el régimen jurídico de la excedencia voluntaria establecido por el Estatuto de los Trabajadores⁴¹⁷, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 46.6 de dicha norma legal, siempre que la cláusula de tal contenido se ajustara al amplio margen que permitían (y permiten en la actualidad) los artículos 82 y 85.1 del Estatuto de los Trabajadores, y el artículo 37.1 de la Constitución Española, como, por ejemplo, en el supuesto de que el convenio colectivo de aplicación estableciese el deber de la empresa de acoger las peticiones oportunamente cursadas, sin condicionarlo a la existencia de vacantes⁴¹⁸.

⁴¹⁶ STS de fecha 9 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9763); STSJ de Cantabria de fecha 28 de julio de 1997 (AS 1997/2873) y STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 16 de julio de 1999 (AS 1999/7110).

⁴¹⁷ Tomando como referencia esencial, la STS de fecha 9 de diciembre de 1993 (RJ 1993/9763), la cual endureció la línea jurisprudencial marcada hasta ese momento por el Alto Tribunal, en el sentido de imponer al trabajador excedente voluntario la obligación de realizar su solicitud de reingreso respetando el plazo de preaviso dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, siempre que éste mejorara el régimen jurídico de la excedencia voluntaria establecida en el Estatuto de los Trabajadores. En el mismo sentido se expresan las SSTSJ de la Comunidad Foral de Navarra de fecha 9 de septiembre de 1999 (AS 1999/6323) y de fecha 30 de octubre de 1998 (AS 1998/4323), cuando, en el supuesto de incumplimiento del plazo de preaviso por parte del trabajador excedente voluntario, establecen la obligación de respetar la institución del preaviso exclusivamente a una excedencia con derecho de reserva de puesto de trabajo y, por ende, con derecho a la reincorporación inmediata, por tratarse de una excedencia, en su conjunto, más favorable a la regulada en el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores.

⁴¹⁸ En este aspecto, cabe destacar lo señalado por MEGINO FERNÁNDEZ, D., “Reingreso tras excedencia voluntaria y traslado del trabajador”, *Actualidad Laboral*, nº 12, 2009, página 2. Comparto plenamente la exposición inicial del autor en el sentido de afirmar que el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, por

En este aspecto, se inició una primera línea jurisprudencial reflejada, fundamentalmente, en la Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 18 de septiembre de 2002⁴¹⁹, la cual supuso un antes y un después en materia de solicitud de reingreso extemporáneo.

La cuestión fundamental en torno a la cual giró el contenido de dicha Resolución se centró en la posibilidad o no de que el trabajador excedente voluntario perdiese su derecho preferente de reingreso a la empresa, en el caso de incumplimiento del plazo de preaviso establecido en el convenio colectivo de aplicación y, por ende, contemplara el cese definitivo de su vínculo contractual con la empresa. Y todo ello independientemente de que el convenio colectivo de aplicación mejorase o no el régimen jurídico establecido en el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores en materia de excedencia voluntaria.

En este sentido, dicha sentencia, dictada por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, se limitó a relacionar directamente el incumplimiento del plazo de

su generalidad, puede ser complementado, precisado o modulado en aspectos puntuales por vía de negociación colectiva a fin de armonizar los derechos de los trabajadores en activo con los propios de los trabajadores excedentes voluntarios, ya que el artículo 37.1 de la Constitución Española y el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores otorgan valor normativo como resultado de la negociación entre los representantes de los trabajadores y empresarios, pues, tal y como señala el artículo 85.1 del Estatuto de los Trabajadores, los convenios colectivos *“pueden regular tantas materias afecten a las condiciones de empleo y el ámbito de relaciones de los trabajadores y los empresarios siempre que no se opongan a normas de orden público”*. En el mismo sentido, se expresa GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., páginas 101 y 102.

⁴¹⁹ La STS de fecha 18 de septiembre de 2002 (RJ 2002/10678) se considera el punto de partida legal de otras muchas Resoluciones las cuales han seguido hasta la actualidad la línea jurisprudencial marcada en su momento, como, por ejemplo, y entre otras muchas, SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 18 de julio de 2005 (AS 2006/297) y 8 de octubre de 2007 (AS 2008/566), SSTSJ de Andalucía (Málaga) de fecha 11 de mayo de 2006 (AS 2006/3437), de fecha 21 de abril de 2009 (AS 2009/1164) y de fecha 11 de febrero de 2004 (AS 2005/368) y STSJ de Galicia de 6 de julio de 2009 (JUR 2009/341748).

preaviso, establecido en el convenio colectivo de aplicación, a la consecuencia legal de la pérdida del derecho preferente al reingreso del trabajador excedente voluntario⁴²⁰ puesto que consideró que tal período o plazo de preaviso se trataba de una circunstancia perfectamente conocida por el trabajador, la cual no afecta al período de excedencia acordado entre ambas partes, no desvirtuando una facultad legal que ya de por sí debe ejercitarse dentro de un período limitado en el tiempo⁴²¹. Por tanto, lo que en realidad hizo el Tribunal Supremo fue posicionarse a favor de declarar la falta de validez de una solicitud de reingreso, basándose en la extemporaneidad de su ejercicio, incluso cuando la misma fuera o hubiera sido cursada en fechas posteriores pero muy cercanas al momento de finalización de la situación de excedencia voluntaria, y también independientemente de que el convenio colectivo de aplicación contemplase o no un formato de excedencia voluntaria más beneficioso para el trabajador que el establecido en las disposiciones estatutarias⁴²².

⁴²⁰ La STS de fecha 18 de septiembre de 2002 (RJ 2002/10678) afirmó que *“el derecho del trabajador a la excedencia voluntaria no es en principio un derecho de opción de reingreso que el trabajador pueda disfrutar por tiempo indefinido, sino un derecho que se concede y se obtiene con el límite temporal de un período determinado, fijados en principio por las partes del contrato dentro de los límites y reglas legales y convencionales. En este contexto legal no parece exorbitante o desproporcionado que los representantes de los trabajadores y empresarios anuden a la inobservancia del preaviso de solicitud de reingreso tal consecuencia de pérdida de la opción al reingreso, en cuanto que ésta es conocida por el trabajador, no afecta sensiblemente al período de excedencia acordado, y no desvirtúa en fin una facultad legal que ya de por sí ha de ejercitarse dentro de un período limitado más o menos extenso, y que precluye después de su agotamiento. Es cierto que se podría también haber establecido una consecuencia menos enérgica”*.

⁴²¹ En este aspecto, la STS de fecha 18 de septiembre de 2002 (RJ 2002/10678) no entra a valorar la proporcionalidad de la medida y el mayor o menor perjuicio que ésta supone para la situación del trabajador excedente voluntario, argumentando que *“no corresponde a la Jurisdicción valorar la mayor o menor oportunidad o acierto de las normas colectivas, sino solamente verificar su atencimiento al marco legal”*.

⁴²² Según la STSJ de Cataluña, de fecha 29 de octubre de 2001 (AS 2002/56), *“cuando en convenio colectivo se hubiera regulado la excedencia voluntaria, imponiendo que la petición de reingreso hubiere de*

En este aspecto, cabe destacar que la fundamentación jurídica de dicha resolución judicial se apoyó en otorgar validez a la solicitud de reingreso efectuada dentro del lapso temporal de la excedencia voluntaria, salvo que en función de algún precepto se dispusiera que la misma debiera efectuarse con determinada anticipación. Si esto aconteciera, la temporaneidad de la petición de reingreso se constituiría como condición de la obligación, que ya no sería pura, sino modal. Si la condición válida no se cumple, ergo la obligación legal no se produce, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1.114 del Código Civil, máxime si depende precisamente de la voluntad del trabajador excedente voluntario la presentación en plazo de su solicitud de reingreso, lo que define que el término en el que expira la obligación del reintegro del trabajador a su puesto de trabajo expira por el cumplimiento del plazo de duración de la excedencia⁴²³.

Tomando en consideración dicha línea jurisprudencial, no debemos olvidar que el cumplimiento del plazo de preaviso establecido para el trabajador, ya sea en virtud de pacto colectivo o individual, carece de valor jurídico si no viene

hacerse con una determinada antelación a la fecha de la finalización de tal situación, debe entenderse aplicable el plazo en cuestión, pues la posibilidad de regular en convenio colectivo el plazo de ejercicio de la petición de reingreso derivada de excelencia voluntaria, viene permitida por los artículos 82 y 85.1 del Estatuto de los Trabajadores, en virtud de los cuales y del artículo 37.1 de la Constitución Española, lo pactado en los mismos constituye fuente de la relación laboral y goza de fuerza vinculante para las partes". Por consiguiente, en el caso de que el convenio colectivo aplicable estableciera que la petición de reingreso hubiera de presentarse con una antelación mínima determinada a la finalización del plazo, y en el supuesto de no ser éste respetado por el trabajador excedente voluntario, la respuesta de la empresa se ajustaría a derecho y, por cuya consecuencia, el trabajador excedente voluntario causaría baja en la empresa.

⁴²³ STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 11 de noviembre de 1998 (AS 1998/4126). Por tanto, la existencia de un precepto explícito – en este caso, un determinado plazo de preaviso preestablecido por un convenio colectivo – impide la aplicación de interpretaciones analógicas de las normas de preaviso del despido (artículo 4.1 del Código Civil, “a contrario”).

sustentado en el principio de buena fe respecto del cual ambas partes resultan compelidos. Así pues, hay que tomar las correspondientes cautelas con aquellas situaciones en las que, por ejemplo, el trabajador excedente voluntario solicita una prórroga de su situación de excedencia y la empresa, no sólo no se la concede, sino que además, responde a dicha solicitud de prórroga una vez ha finalizado la situación de excedencia voluntaria, impidiendo al empleado ejercitar su derecho preferente de reingreso en la empresa, aprovechándose de dicha situación y dándole automáticamente de baja definitiva en la empresa.

Esta manera de proceder, por parte de multitud de empresas, ha sido calificada correctamente como despido improcedente, pues implica prescindir de un trabajador de una manera unilateral y ventajista⁴²⁴. En este mismo sentido, cabe decir que es necesario tener en cuenta que estamos hablando de una relación laboral la cual se establece entre dos partes, el trabajador y el empresario, y a ambas han de exigírsele aquellos comportamientos acordes con la buena fe como principio esencial de todas las relaciones jurídicas, arquetipo rector de las contractuales, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil, y especialmente exigible en el ámbito del contrato de trabajo, conforme a lo establecido en el artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores. Este principio de la buena fe fuerza a entender que, en el supuesto de respuestas ambiguas por parte de la empresa⁴²⁵ – que no hicieren sino impedir el ejercicio normal de las acciones

⁴²⁴ Así viene confirmado por la STSJ de Cataluña, de fecha 3 de junio de 2004 (JUR 2004/209089). En la misma línea se expresa la STSJ de las Islas Canarias (Tenerife), de fecha 28 de junio de 2001 (AS 2001/2565).

⁴²⁵ La STSJ Andalucía (Granada) de fecha 19 de noviembre de 1997 (AS 1997/4612) es muy explícita cuando ofrece algunos ejemplos al respecto, apuntando diversas expresiones y contestaciones utilizadas por las empresas en sus escritos de respuesta a solicitudes de reingreso de trabajadores excedentes voluntarios, tales como, por ejemplo, “tomar nota”, “en su momento se resolverá”, “ya tendrá noticias nuestras”.

correspondientes, al ignorar el trabajador si efectivamente tiene que esperar a que se produzca la vacante – lo que realmente se interpreta es que la empresa no quiere readmitir al empleado, intentando que la situación suspensiva del trabajador excedente voluntario perviva más allá del tiempo inicialmente marcado para ello.

Pero, por el contrario, aquellos mismos principios son fundamento de que la voluntad inequívoca del trabajador de reincorporarse al trabajo se debiera ejercitar en tiempo y forma hábil de tal modo que, producida extemporáneamente, el empresario no viera condicionado su actuar futuro, estando sometido, en toda contratación por vacante que exista, al posible ejercicio de acciones en suspenso. Es importante partir de la base de que todos los derechos han de ser ejercitados en el plazo que les es propio, de tal modo que, decaído un derecho, no puede renacer sino de conformidad a los supuestos de hipótesis que condicionan su nacimiento, es decir, surgiendo “*ex novo*”.

1.1.2. Solicitud posterior al plazo de preaviso: conservación del derecho.

Posteriormente, y como contraposición a la teoría anteriormente expuesta, se inició una segunda línea jurisprudencial a tal efecto, reflejada en la Sentencia del Tribunal Supremo dictada en fecha 24 de febrero de 2011⁴²⁶. La Resolución Judicial vuelve a debatir acerca de la trascendencia que cabría otorgar al mandato convencional que obligase al empleado que solicitase el reingreso a formular dicha solicitud con una antelación prefijada en la norma colectiva⁴²⁷.

⁴²⁶ STS de fecha 24 de febrero de 2011 (RJ 2011/2980).

⁴²⁷ En este caso, la sentencia realiza un exhaustivo ejercicio de interpretación sobre lo dispuesto en el artículo 52.4 del convenio colectivo de Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal, el cual establece que “*antes de finalizar la*

Y la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo fue la de aceptar la posibilidad de que el trabajador excedente voluntario realizase su solicitud de reingreso de manera posterior al plazo de preaviso establecido a tal efecto⁴²⁸.

Como por otra parte nunca una interpretación puede conducir al absurdo, cual sería el de negar todo significado a la exigencia del preaviso, ha de situarse su razón de ser en las consecuencias para la empresa derivadas de la dificultad de una sorpresiva petición de reingreso, aún en el caso de contar con una vacante, traduciéndose la del incumplimiento del preaviso en una moratoria para la empresa equivalente a dicho plazo, y todo ello siempre y cuando la solicitud de reincorporación se efectuara de manera anterior a la finalización de la situación de excedencia concedida.

Con ello, la fundamentación jurídica de la sentencia se caracterizaría por un marcado carácter flexibilizador y dinámico, no tan férreo como la anterior corriente jurisprudencial, lo cual ampliaría el margen de maniobra contemplado para el trabajador excedente voluntario y que reforzaría las garantías jurídicas al objeto de conservar intacto su derecho preferente de reingreso a pesar de que hubiera solicitado el reingreso en la empresa de manera posterior al plazo de preaviso establecido a tal efecto en la norma convencional pero siempre de manera

situación de excedencia voluntaria, y con una antelación de al menos treinta días antes de su finalización, el trabajador deberá solicitar por escrito su reingreso”.

⁴²⁸ Aplicando, por analogía, la doctrina en materia civil implantada por la Sala Primera del Orden de lo Civil en sus sentencias de fecha 12 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8685), 3 de febrero (RJ 2000/1603) y 21 de julio de 2000 (RJ 2000/7210), línea jurisprudencial la cual afirma “*que en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes.*”

anterior a la finalización de la situación de excedencia voluntaria, convirtiéndose este arco temporal en la última opción dispuesta para el trabajador excedente voluntario a la hora de formular su solicitud.

En mi opinión, esta última tendencia jurisprudencial es la que mejor se adapta a la realidad práctica de la situación que se crea entre el trabajador y la empresa, ya que el convenio colectivo únicamente establece un requisito adicional dentro del conjunto de recíprocas prestaciones, derechos y obligaciones que se reconocen las partes, en este caso, el plazo de preaviso, pero, en ningún caso, de imperativo cumplimiento entre ambas partes. El hecho de que el trabajador incumpla el plazo de preaviso establecido por la norma convencional pero respete el plazo máximo de duración de la situación de excedencia voluntaria formulando su solicitud de manera anterior a la finalización de ésta no debe suponer la extinción o decaimiento del derecho preferente de reingreso, sino una más que probable moratoria a favor de la empresa posibilitando una mejor organización de sus recursos humanos a fin de extraer una conclusión definitiva que se pronuncie acerca de la existencia o no de vacantes de igual o similar categoría profesional del empleado que otorgue o no efectividad a la reincorporación.

1.1.3. Solicitud anterior al plazo de preaviso.

En este aspecto, cabe destacar que a los efectos de comprobar si la solicitud es o no extemporánea, conviene fijar con precisión el momento en el que la situación de excedencia voluntaria debe entenderse finalizada, a efectos de conocer con exactitud el cómputo temporal a partir del cual se estableciese la duración total de la situación de excedencia voluntaria. Para ello se debe partir de la fecha en la cual se inicia la situación de excedencia, fijada en el escrito mediante el cual el empresario comunica al trabajador el reconocimiento de su

derecho a ejercitar la excedencia voluntaria⁴²⁹. En caso de que no se hubiera señalado ninguna fecha de inicio, se estaría a la fecha de entrega de dicho escrito de reconocimiento expreso.

Una vez llegados a este apartado de la cuestión, deberíamos plantear el supuesto contrario, es decir, que la solicitud de reincorporación fuera efectuada por el trabajador cuando todavía restase un importante período de duración de excedencia voluntaria por cumplirse, cabe resaltar que el empresario maneja la opción de negarse a aceptar dicho ingreso, sin que ello perjudique la posibilidad del empleado de volver a reproducir su petición en un futuro⁴³⁰. En este sentido, también hay un sector de la doctrina científica que defiende la libertad absoluta del empleado a la hora de presentar su solicitud de reingreso en la empresa en cualquier momento anterior a la conclusión del período de excedencia voluntaria acordado, que es durante el cual el contrato de trabajo permanece en suspenso⁴³¹.

En este aspecto nos encontramos con un evidente vacío legal, pues el legislador, a la hora de estructurar el régimen jurídico de la excedencia voluntaria,

⁴²⁹ Según lo dispuesto en la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 6 de septiembre de 2005 (JUR 2006/4141), el aplazamiento en dieciséis días del inicio de la excedencia no conlleva una modificación de la fecha final fijada por el trabajador en su solicitud de reingreso y que, por tanto, “*ello conlleva que ambas partes estén obligadas a asumir todas las consecuencias que del señalamiento de esa fecha se derivan y no merezca favorable acogida la pretensión del recurrente para que se fije una distinta, al resultar contraria a sus propios actos, y vulnerar lo dispuesto en los artículos 3.1 c) del Estatuto de los Trabajadores y 1089, 1091, 1256, 1258 y concordantes del Código Civil*”.

⁴³⁰ RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 64. En una línea diferente se manifiesta ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 340.

⁴³¹ Tal y como afirma ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 340.

ha puesto todos sus esfuerzos en tratar de fortalecer y blindar todas aquellas circunstancias que se pudieran producir dentro de un contexto de finalización de la duración de la excedencia voluntaria en relación con el ejercicio del derecho preferente de reingreso, contemplado en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores sin reparar en la posibilidad de que el empleado no sólo no cumpla con el plazo de preaviso dispuesto en el Convenio Colectivo de aplicación o establecido en pacto individual entre ambas partes, sino que lleve a cabo su solicitud de reingreso con mucho tiempo de antelación, ya no únicamente respecto a la fecha de finalización de la excedencia voluntaria, sino también respecto al plazo de preaviso que ambas partes hubieran podido fijar. Es decir, no existe una norma legal que prohíba la posibilidad de anticipar el reingreso.

En este contexto, considero que nos encontramos ante una situación que acarrea múltiples problemas en la práctica, pues, teniendo en cuenta que no hay ninguna norma que restrinja al empleado la posibilidad de presentar una solicitud de reingreso anticipada, ¿quedaría entonces el empresario condicionado a la hora de poder llevar a cabo nuevas contrataciones? ¿Ya no podría proceder a llevar a cabo la amortización de la plaza dejada vacante por el trabajador excedente voluntario, por motivo, entre otros, de amortización funcional de la misma?

Hagamos referencia, por ejemplo, al caso de un trabajador excedente voluntario que realizase una solicitud anticipada y el empresario le denegase dicho derecho de reingreso, procediendo, de manera posterior, a amortizar la plaza dejada libre por dicho trabajador. Llegados a este punto, ¿se podría entender que la postura que debiera adoptar el trabajador fuera la presentar una demanda en materia de despido, en la cual alegase que el empresario ha llevado a cabo una amortización de una plaza de igual o similar categoría profesional a la suya de manera posterior a una solicitud anticipada de reingreso?

Desde mi punto de vista, sería necesario contemplar este tipo de situaciones, no desde el problema en sí, sino desde su origen. La situación de excedencia voluntaria tiene su origen en un contexto de desequilibrio entre el empleador y el empleado. La excedencia voluntaria es un derecho que se concede al empleado si cumple con una serie de requisitos mínimos. Por el contrario, el empresario no le queda otra opción que aceptar y reconocer el derecho del trabajador a colocarse en situación de excedencia voluntaria, con los correspondientes perjuicios e incomodidades que ello le podría ocasionar (modificación del esquema orgánico – funcional de la empresa, reestructuración de funciones, cambios en la composición de la plantilla, nuevas contrataciones, etc.).

Así pues, hay que valorar que el empresario, de aceptar dicha posibilidad, quedaría en una clara posición de inferioridad frente a la decisión adoptada por el trabajador, pues cabe recordar que estamos ante el ejercicio de un derecho que carece de una causa objetiva, es decir, el trabajador excedente voluntario puede abandonar la empresa y colocarse en situación de excedencia voluntaria en cualquier momento en tanto en cuanto cumpla con unos parámetros legales elementales.

Por todo ello, considero que la mera posibilidad de aceptar la viabilidad de una solicitud de reingreso anticipada carece de aplicabilidad práctica por dos razones: **(i)** la primera en base a la propia naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria y la base originaria sobre la cual se sustenta el funcionamiento interno de la figura – opción personal del empleado, suspensión de su contrato de trabajo y perjuicio causado al empresario; y, **(ii)**, la segunda, en base al efecto específico que desprende el derecho de excedencia voluntaria, que no es otro que un simple derecho preferente de reingreso a ocupar una vacante de igual o similar categoría profesional. Tomando como referencia tales circunstancias, no sería aceptable

situar a la empresa en una suerte de incertidumbre permanente acerca de sus puestos vacantes y los posibles reingresos sorpresivos ante el conocimiento de la vacante, congelando la posibilidad de disponer de las mismas en tanto no exista una efectiva expectativa que haya de atenderse. No se puede imponer a la empresa la obligación de aceptar el reingreso en todo caso, cuando ello no se produce en fechas próximas al vencimiento del plazo de excedencia, sino con un considerable tiempo de diferencia entre las dos fechas (fecha de plazo de preaviso y fecha de finalización de la situación de excedencia voluntaria)⁴³².

Por todo lo anteriormente expuesto, considero necesario modificar el contenido del funcionamiento jurídico del régimen de preaviso de la excedencia voluntaria, pero no únicamente afectando a su forma, sino a su fondo y estructura legal interna. En este sentido, la Ley del Estatuto de los Trabajadores debería fijar un plazo de preaviso común, el cual afectara a todas y cada una de las situaciones de excedencia voluntaria que se pudieran originar y, a partir de una base legal consistente, desarrollarla a través de los convenios colectivos o pactos individuales que pudieran crearse, pero siempre tomando como referencia un punto común⁴³³.

Según mi criterio, lo más conveniente sería establecer un plazo de preaviso “*limitativo*” común, en el sentido de fijar, dos plazos, uno de inicio, el cual activaría el momento en el que el empleado podría solicitar su reingreso en la

⁴³² En este sentido se expresan la STSJ de Cataluña de fecha 24 de noviembre de 2003 (AS 2003/4183) y la STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 19 de diciembre de 2006 (JUR 2007/83006).

⁴³³ En este caso, el mecanismo sería similar a lo establecido en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, el cual establece una duración mínima y máxima de la excedencia voluntaria, duración que posteriormente, puede y, de hecho, así ocurre en la realidad práctica, ser modificada por las diferentes disposiciones convencionales así como por la propia autonomía individual de la voluntad de las partes.

empresa, y otro de finalización, el cual serviría de límite legal a los efectos de realizar dicha solicitud⁴³⁴.

Con ello, la solicitud de reingreso se encuadraría dentro dos plazos, dentro de los cuales su validez tendría plena eficacia pero, por el contrario, la presentación de la solicitud de reingreso fuera de tales plazos limitativos conllevaría, irremediablemente, al decaimiento del derecho preferente de reingreso del trabajador excedente voluntario y, por ende, la extinción de su contrato de trabajo, situación que analizaremos posteriormente.

En definitiva, entiendo que el legislador, atendiendo a la especial naturaleza de la figura jurídica de la excedencia voluntaria, debería reestructurar el contenido del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores y establecer un plazo legal de preaviso común, de obligado cumplimiento para los trabajadores.

No obstante lo anterior, hay determinados autores que confieren una mayor autonomía al trabajador excedente voluntario, afirmando que el plazo de preaviso establecido en la norma sectorial o de empresa no debe interpretarse más que

⁴³⁴ De hecho, ya existen determinados convenios colectivos que prevén dicha modalidad o formato de plazo de preaviso, tal y como sucede, por ejemplo, en el caso del convenio colectivo de la empresa Hero España, S.A., aprobado mediante Resolución, de fecha 17 de agosto de 2005, cuyo artículo 10 b) dispone que “*el trabajador excedente voluntario conservará el derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría que hubiera o se produjeran, a cuyo efecto deberá solicitarlo por escrito dentro del período comprendido entre los treinta y sesenta días naturales anteriores, anteriores a la finalización de la excedencia, entendiéndose, en caso contrario, renuncia a su relación laboral*”. En el mismo sentido, se expresa el convenio colectivo básico de Industrias Cárnicas, publicado en el B.O.E. en fecha 25 de agosto de 1999, y más concretamente, su artículo 55 b).

como una fecha límite, pero no como una rígida exigencia formal que impida cursar la solicitud con anterioridad al mismo⁴³⁵.

En cualquier caso, y a fin de que el empresario pueda ajustar mejor sus recursos organizativos y económicos, lo más recomendable sería que la solicitud de reingreso se realizase siempre de manera anterior a la finalización de la excedencia voluntaria. En la mayoría de casos es la negociación colectiva la que se encarga de concretar los plazos de antelación que el empleado debe respetar con el fin de conseguir la plena efectividad de su derecho. A pesar de ello, hay unos pocos autores que defienden la posibilidad de solicitar el reingreso incluso después de que la excedencia voluntaria haya finalizado⁴³⁶. Idea cuanto menos sorprendente ya que la supervivencia de la relación contractual se presupone como básica para que el trabajador pueda ejercitar el derecho de reingreso establecido en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Ahora bien, si por un lado es el trabajador el que, efectivamente, debe presentar su solicitud de reingreso en un momento anterior a la finalización de la excedencia voluntaria, es la empresa la que, por otro lado, debe hacer todo lo

⁴³⁵ ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, *op. cit.*, páginas 344 y 345. En este sentido, la opinión de la autora sostiene que la finalidad pretendida, como es que la empresa conozca con antelación suficiente la voluntad de reingreso del trabajador excedente voluntario, se satisface igualmente de ese modo. En cambio, PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia Laboral y Funcionarial*, *op. cit.*, páginas 322 y 323, adopta una postura intermedia en este asunto, cuando afirma que no produce los mismos efectos la solicitud de reingreso por parte del trabajador excedente voluntario cuando aún quede un importante período de duración de la excedencia por disfrutar, pues en este caso en concreto el trabajador lo único que hace es manifestar su deseo de reincorporarse desde ese momento, pero sin que ello perjudique la posibilidad de reproducir su petición en el plazo señalado en la norma sectorial aplicable.

⁴³⁶ ALBIOL MONTESINOS, I.: “Suspensión del contrato de trabajo”, en VV.AA., “El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/80, de 10 de marzo”, *op. cit.*, página 346. El autor defiende que la solicitud de reingreso debe realizarse cuando finaliza la excedencia voluntaria.

posible para facilitar que dicha solicitud se lleve a cabo en tiempo y forma adecuado y ello sin llevar a cabo actos encaminados a perjudicar los intereses del empleado, respetando en todo momento el principio de buena fe que de conformidad con el artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores debe presidir las relaciones entre las partes en el contrato de trabajo⁴³⁷, como por ejemplo en el supuesto de que el empleado formulase una petición de prórroga que implicara su deseo de seguir vinculado a la empresa, y ésta no fuera atendida, se supondría que sería potestad de la empresa y que, por tanto, dicha decisión estaría plenamente legitimada. Pero lo que no debe hacer la empresa es responder a dicha solicitud de prórroga en un momento en el que el trabajador ya no pudiese formular la solicitud de reingreso dentro del tiempo mínimo de antelación establecido al efecto⁴³⁸.

1.2. Decaimiento del derecho.

El único vínculo contractual que ostenta el trabajador con la empresa, una vez éste se ha colocado en situación de excedencia voluntaria, viene reflejado en un derecho preferente de reingreso en una vacante de igual o similar categoría profesional a la suya que hubiera o se produjera en la empresa una vez realizada la pertinente solicitud de reingreso. Se trata, tal y como ya hemos comentado anteriormente, de un derecho “*adormecido*” que únicamente se activa si el

⁴³⁷ Como, por ejemplo, en el supuesto de que el empleado formulase una petición de prórroga y ésta no fuera atendida por el empresario para, acto seguido, responder a dicha solicitud de prórroga una vez que la situación de excedencia voluntaria hubiese finalizado.

⁴³⁸ STSJ de Cataluña de fecha 3 de junio de 2004 (JUR 2004/209089). En estos casos el trabajador no incumple su obligación de solicitar el reingreso fuera del plazo establecido al efecto y, por tanto, en ningún caso la empresa puede prescindir del empleado de un modo unilateral, en todo caso la actitud de la empresa se consideraría un despido y sería calificado como improcedente, con la correspondiente indemnización de los cuarenta y cinco días a favor del trabajador.

empleado cumple una condición básica y fundamental, como es la de presentar, en tiempo y forma, la solicitud de reingreso.

Partiendo de esta premisa fundamental, resulta preceptivo valorar las diferentes circunstancias que pueden producir la pérdida de ese derecho preferente de reingreso y, por tanto, la extinción definitiva de la relación suspensiva – término, en mi opinión, mucho más preciso que, por ejemplo, el calificativo de “*relación contractual*” – que unía al trabajador con la empresa.

Cabe destacar la conveniencia de distinguir entre dos momentos en los que el trabajador solicitase el reingreso en la empresa. En este sentido, y dependiendo del momento en que se realizase dicha solicitud, el trabajador se encontraría en una situación u otra.

Así pues, el primero de dichos momentos sería cuando el convenio colectivo de aplicación estableciese un determinado plazo de preaviso a fin de que el trabajador presentase la correspondiente solicitud de reingreso respetando los términos temporales del mismo. En este caso, y en el supuesto de que en dicho convenio colectivo⁴³⁹ no se estableciera expresamente como efecto negativo o

⁴³⁹ Un ejemplo significativo sería el reflejado en el convenio colectivo de la “*Organización Nacional de Ciegos*” (ONCE), publicado en el B.O.E. en fecha 14 de octubre de 2009, cuando en su artículo 38.1 establece claramente que “*la excedencia se concederá siempre por un plazo determinado. Un mes antes de finalizar este plazo, el trabajador excedente deberá solicitar por escrito su reincorporación, o bien prorrogar su situación de excedencia por un nuevo período determinado, sin que pueda exceder de seis años en cómputo total. De no efectuar esta opción en tiempo y forma, se entenderá extinguido su contrato de trabajo*”. En esta misma línea se sitúan otros muchos convenios, entre ellos, el convenio colectivo Básico de Industrias Cárnicas, aprobado mediante Resolución de fecha 9 de agosto de 1999, el Convenio colectivo de “*PETRONOR, S.A.*”, aprobado mediante Resolución de fecha 14 de noviembre de 2006 (artículo 44); el convenio colectivo de Centros de Asistencia y Educación Infantil, aprobado mediante Resolución de fecha 25 de mayo de 2007 (artículo 42); el convenio colectivo de empresas mayoristas e

como penalización por la petición extemporánea de reingreso en la empresa que el empleado perdiese definitivamente su derecho preferente a ocupar una vacante de igual o similar categoría – quedando, por ende, extinguido con tal motivo el contrato de trabajo – el trabajador excedente voluntario, a pesar de haber incumplido el plazo de preaviso establecido a tal efecto, seguiría conservando su derecho preferente de reingreso, ya que la consecuencia del decaimiento de dicho derecho no viene contemplada, de manera expresa, por la norma colectiva. Así pues, y para que pueda conseguirse dicho efecto, sería necesario que expresamente se hubiera pactado en el convenio colectivo tal posibilidad⁴⁴⁰, en cuyo caso estaríamos hablando de una extinción del vínculo contractual por causas válidamente consignadas⁴⁴¹.

A dicha conclusión conduce el dato de que el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual el derecho del trabajador a la excedencia voluntaria no es, en principio, un derecho de opción de reingreso por tiempo indefinido e incondicionado, sino un derecho que se concede y obtiene con un límite temporal por período determinado y fijado por las partes en base a un pacto, dentro de los

importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería, aprobado mediante Resolución de fecha 24 de julio de 2008 (artículo 39) y el VI convenio colectivo de la Fundación Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, aprobado mediante Resolución de fecha 13 de febrero de 2008 (artículo 20.1).

⁴⁴⁰ STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 8 de octubre de 2007 (JUR 2009/224716). El Fundamento Jurídico Décimo de dicha sentencia afirma que, en relación al incumplimiento, por parte del trabajador, del plazo de preaviso establecido en el convenio colectivo de aplicación, “*no existe razón alguna que avale la aplicación de una consecuencia tan extrema y gravosa como la que hace valer la recurrente, dando para ello una interpretación extensiva al precepto convencional que, por su naturaleza limitativa de derechos, no es la apropiada, y que, como expusimos, es una consecuencia que no se recoge en el precepto colectivo que regula la excedencia voluntaria*”. En el mismo sentido, la STSJ de Andalucía (Granada) de fecha 18 de febrero de 2009 (JUR 2009/224716).

⁴⁴¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo, op. cit.*, página 103.

límites y reglas acordadas convencionalmente. En caso contrario, y en defecto de señalamiento de consecuencia extintiva en base a un posible incumplimiento del plazo de preaviso por parte del convenio colectivo, el empleado seguiría manteniendo intacto su derecho preferente de reingreso, siempre y cuando el trabajador realizara su solicitud de reingreso antes de que concluyera el plazo de disfrute de la excedencia voluntaria pactado entre ambas partes⁴⁴².

Por otra parte, la segunda opción consistiría en que el trabajador presentase su solicitud de reingreso de manera posterior al plazo máximo de duración de su excedencia voluntaria, en cuyo caso, el vínculo suspensivo traducido en el derecho preferente de reingreso existente entre el trabajador y la empresa quedaría completamente extinguido⁴⁴³.

En cualquier caso, y una vez el trabajador haya solicitado su reingreso en la empresa, su reincorporación no podrá ser efectiva hasta el momento en que su excedencia voluntaria se entienda totalmente finalizada, no incidiendo dicho plazo sobre la duración total de la misma.

Por último, cabe destacar que, en opinión de una gran parte de la doctrina científica⁴⁴⁴, una vez transcurrido el plazo de preaviso establecido en el convenio

⁴⁴² Y ello siguiendo la última corriente jurisprudencial consagrada en la STS de fecha 24 de febrero de 2011 (RJ 2011/2980).

⁴⁴³ SSTSJ de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de fecha 4 de febrero de 2002 (AS 2002/1138), de 23 de diciembre de 2003 (JUR 2004/62870) y de 18 de septiembre de 2009 (AS 2009/2569).

⁴⁴⁴ Así lo ha entendido la mayoría de la doctrina científica, representada fundamentalmente por PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia Laboral y Funcionarial*, op. cit., página 323. En el mismo sentido se expresan RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 62, ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 340, PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., página 36 y RODRÍGUEZ

colectivo o, en su caso, tras la finalización de la situación de excedencia voluntaria, y siempre y cuando el trabajador no hubiese manifestado su deseo de reincorporarse a la empresa y, por ende, no hubiera presentado la correspondiente solicitud de reingreso, sus ausencias – con independencia de la existencia o no de vacantes – carecerían de justificación, y podrían ser válidamente entendidas como ausencias injustificadas del puesto de trabajo o dimisión por voluntad del propio empleado, lo que conllevaría, irremediablemente, la pérdida definitiva de su derecho de reingreso y, por tanto, la extinción de su vínculo contractual con la empresa.

En mi opinión, sería necesario introducir un pequeño matiz con respecto a la opinión mantenida, tanto por la doctrina científica como por la doctrina judicial⁴⁴⁵ y jurisprudencial, relativa a considerar que una solicitud de reingreso extemporánea pudiera ser interpretada como un abandono o ausencia injustificada de su puesto de trabajo y, por tanto, se produjera la extinción definitiva del vínculo contractual entre el trabajador y la empresa. En este punto, considero que no se ha precisado de manera suficiente la posición en la que se encuentra el trabajador excedente voluntario.

PIÑERO, M.: “El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria”, *op. cit.*, página 6. En cambio, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 100, mantiene la misma línea doctrinal pero añadiendo un pequeño matiz, como es el considerar que entre las dos opciones disponibles, abandono o ausencias injustificadas, debería optarse por la segunda de ellas, pues, en opinión del autor, “*del retraso en solicitar la reincorporación del trabajador no se deduce directamente la intención del mismo de dar por terminada la relación laboral.*”

⁴⁴⁵ STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 16 de julio de 1999 (AS 1999/7110), STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 18 de julio de 2005 (AS 2006/297) y STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 28 de diciembre de 2007 (JUR 2008/126147).

El hecho de que éste no presentase su solicitud de reingreso en tiempo y forma conllevaría únicamente la pérdida de su derecho preferente de reingreso y, por tanto, el decaimiento o extinción de dicho derecho. Por tanto, el decaimiento del derecho es un fin en sí mismo, no una causa para considerar que el trabajador ha incurrido en una falta muy grave que pueda derivar en ausencias o abandono del puesto de trabajo y acarrear, por tanto, la extinción de su vínculo contractual con la empresa.⁴⁴⁶

A tenor de lo anteriormente expuesto, no debemos confundir las ausencias injustificadas del empleado que toma la decisión de auto- concederse una excedencia voluntaria, sin esperar a que se produzca el correspondiente reconocimiento empresarial que otorgue validez y ajuste a derecho la suspensión específica del contrato de trabajo del empleado, con el hecho de que un trabajador excedente voluntario no realice su solicitud de reincorporación en tiempo y forma y pierda su derecho preferente de reingreso. En el primero de los casos, el contrato de trabajo del empleado no se encuentra sujeto a ninguna situación o causa suspensiva, mientras que, en el segundo de los supuestos, el vínculo contractual entre empleado y empleador se encuentra suspendido y sigue vivo únicamente gracias a la existencia de un derecho cuya validez queda condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos marcados por la Ley o por la norma colectiva de aplicación.

⁴⁴⁶ Siguiendo la línea mantenida por RODRÍGUEZ COPE, M. L.: “El derecho preferente al reingreso del excedente voluntario: cobertura de la vacante apropiada con trabajadores ¿con mejor derecho?”, *op. cit.*, página 5, “*la preferencia termina cuando el trabajador renuncia o no acepta a ocupar la plaza ofertada por el empresario ya que el reingreso únicamente incumbe como obligación y como derecho al trabajador, sin que en ningún caso deba ser la empresa quien requiera al trabajador para su reincorporación puesto que el derecho de opción de reingreso del que dispone el trabajador no se concede por tiempo indefinido sino que se trata de un derecho que se concede y se obtiene con el límite temporal de un período temporal*”.

1.3. Forma de solicitud del reingreso.

El artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores vuelve a ofrecernos una nueva laguna legal, pues en su apartado número quinto, configurador del efecto fundamental que implica una excedencia voluntaria, reflejado en un derecho preferente de reingreso a vacantes de igual o similar categoría profesional, no establece ningún requisito de carácter formal a fin de que la solicitud de reingreso se lleve a cabo de una manera correcta, clara y, lo más importante, con plenas garantías de cara a proteger los derechos del trabajador que la solicite.

Partiendo de lo anterior, y a pesar de que la norma legal no diga nada al respecto, está completamente asumido por la inmensa mayoría de la doctrina científica más autorizada⁴⁴⁷ la absoluta obligación que recae sobre todo aquel trabajador en situación de excedencia voluntaria de solicitar el reingreso en la empresa a fin de activar su derecho preferente de reingreso y tener alguna posibilidad de volver a ser un trabajador activo de la empresa y pertenecer de nuevo a la plantilla de ésta.

Nuestra regulación legal no especifica en ningún caso si dicha comunicación mediante la cual el trabajador solicita su reingreso a la empresa se debe hacer de manera escrita o si, por el contrario, únicamente basta que se lleve a

⁴⁴⁷ RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 62; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., página 34; ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 345; MONGE RECALDE, J.L.: *La Excedencia Laboral en la Jurisprudencia*, op. cit., páginas 69 y 70; RODRÍGUEZ PASTOR, G.: “La excedencia voluntaria”, *Actualidad Laboral*, 2007, núm. 2, páginas 7 y 8; RUBIO DE MEDINA, M.D.: *La excedencia*, Bosch, Barcelona, 2006, página 15 y RODRÍGUEZ COPE, M. L.: “El derecho preferente al reingreso del excedente voluntario: cobertura de la vacante apropiada con trabajadores ¿con mejor derecho?”, op.cit., páginas 2 y 3.

cabo de manera verbal. Desde un punto de vista formal, y atendiendo al principio de libertad de forma establecido en nuestro ordenamiento jurídico, la simple comunicación verbal a través de la cual el empleado trasladase al empleador su intención de ejercitar su derecho de excedencia voluntaria sería válida, a pesar de que la utilización de dicha vía reduciría considerablemente las garantías probatorias dispuestas por el empleado a la hora de acreditar el cumplimiento de dicho requisito. Como es lógico, y con el fin de minimizar todo lo posible el problema de la carga de la prueba del trabajador, el método más idóneo y seguro es la forma escrita. De hecho, casi la totalidad de convenios colectivos establecen, como requisito fundamental, la obligación por parte del trabajador de presentar la solicitud de reingreso por escrito⁴⁴⁸.

⁴⁴⁸ En este sentido, cabe destacar el convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares, aprobado mediante Resolución de fecha 29 de febrero de 2008, cuyo artículo 9.1.1 establece que *“la solicitud de excedencia, que deberá formularse por escrito y será resuelta favorablemente por la empresa, en el plazo máximo de un mes, a partir de la fecha de la solicitud”*. En el mismo sentido, cabe mencionar el convenio colectivo estatal de distribuidores de productos farmacéuticos, aprobado mediante Resolución de fecha 27 de diciembre de 2005 (artículo 29.b); convenio colectivo del sector Piscinas e Instalaciones Acuáticas, aprobado mediante Resolución de fecha 28 de junio de 2000 (artículo 11.5); convenio colectivo de *“Diario el País, S.A.”*, aprobado mediante Resolución de fecha 23 de junio de 2008 (artículo 34.1); convenio colectivo estatal para las Delegaciones Comerciales del Ente Público Empresarial Loterías y Apuestas del Estado, aprobado mediante Resolución de fecha 20 de mayo de 2009 (artículo 21.a); convenio colectivo de *“Bridgestone Hispania, S.A.”* (Delegaciones Comerciales), aprobado mediante Resolución de fecha 27 de agosto de 2007 (artículo 19.b); convenio colectivo de la empresa Fondo de Empleo Sector de Construcción Naval, aprobado mediante Resolución de fecha 30 de marzo de 2001 (artículo 17); convenio colectivo del sector de harinas panificables y sémolas, aprobado mediante Resolución de fecha 13 de agosto de 2007 (artículo 16.a); convenio colectivo Estatal para las Escuelas de Turismo, aprobado mediante Resolución de fecha 5 de septiembre de 2002 (artículo 44) y convenio colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de Régimen General o Enseñanza Reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, aprobado mediante Resolución de fecha 10 de abril (artículo 57), entre otros muchos.

En este sentido, y con el objetivo de proporcionar una mayor fortaleza al derecho de reingreso preferente ejercido por el trabajador excedente voluntario a través de la solicitud de reincorporación, resultará imprescindible indicar en dicho escrito, de manera expresa y clara, la fecha en la cual se solicita, el nombre, apellidos y categoría profesional del empleado, el cargo ostentado de la persona a la cual se dirige, la fecha en la cual se solicitó la excedencia voluntaria y fecha a partir de la cual ésta surtió efectos y, de manera esencial, realizar una mención directa al artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, con el fin de manifestar la intención evidente del empleado de ejercitar su derecho preferente de reingreso con el fin de ocupar la primera vacante que hubiera o se produjera en la empresa, y ello al objeto de que el contenido del escrito de solicitud del trabajador no ofrezca ningún tipo de dudas al receptor del mismo⁴⁴⁹.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta las diferentes circunstancias que se pueden producir en función de cada caso concreto, cabría la posibilidad de que, a pesar de que el convenio colectivo de aplicación estableciese la obligación de presentar la solicitud de reingreso con una determinada antelación y en forma escrita, el trabajador comunicase a la empresa su reincorporación de manera verbal, dentro del plazo de antelación preestablecido para, posteriormente, comunicar su reincorporación por escrito a la empresa fuera del plazo de antelación pero antes de la finalización de la situación de excedencia voluntaria⁴⁵⁰. En este caso, dicha “*doble solicitud*” salvaría esa posible inseguridad jurídica

⁴⁴⁹ En este aspecto, no cabe duda de que la forma más lógica, a efectos de solicitar el reingreso en la empresa, debe ser análoga en apariencia a la que se utilizó para colocarse en situación de excedencia voluntaria, es decir, la forma escrita, y ello siguiendo la línea jurisprudencial iniciada en su día por la STS de fecha 23 de 1986 (RJ 1986/2231) y mantenida hasta la fecha actual.

⁴⁵⁰ Tal posibilidad queda reflejada en la STSJ de la Región de Murcia de fecha 15 de octubre de 1991 (AS 1991/5818), tomando como referencia la jurisprudencia establecida en la STS de fecha 28 de febrero de 1987 (RJ 1987/1137).

provocada por la utilización de la forma verbal en la primera de las solicitudes, reforzando de manera conveniente la carga probatoria a favor del empleado.

En este sentido, hay determinados convenios colectivos⁴⁵¹ que establecen, aparte de la necesidad de que la solicitud de reingreso sea por escrito, la obligatoriedad de entregar copia a la representación legal de los trabajadores, opción que reforzaría, aún más si cabe, la posición del empleado frente a cualquier conflicto que se pudiera crear con la empresa relativo a acreditar, de manera suficiente, el cumplimiento formal del procedimiento de reingreso. Incluso, sería recomendable que, independientemente de que el Convenio Colectivo de aplicación estableciera o no dicha obligación, el trabajador comunicase siempre su solicitud de reingreso a la representación legal de los trabajadores a efectos de que el empleado pudiese acreditar, en un futuro y de manera fehaciente, el cumplimiento de la totalidad de requisitos formales a efectos de considerar intacto su derecho preferente de reingreso en la empresa, ya que el problema de fondo que se encuentra la mayoría de las veces el trabajador excedente voluntario radica, de manera esencial, en la carga de la prueba, puesto que, siguiendo lo establecido en el artículo 1.214 del Código Civil, le corresponde a aquél acreditar la realidad del preaviso realizado en tiempo⁴⁵².

⁴⁵¹ La obligación de comunicar la solicitud de reincorporación por escrito a la representación legal de los trabajadores viene establecida, entre otros, en el XI convenio colectivo de “Yell Publicidad, S.A.”, aprobado mediante Resolución de fecha 1 de octubre de 2007 (artículo 42).

⁴⁵² PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia Laboral y Funcionarial*, op. cit., página 324.

2. El derecho preferente al reingreso: análisis del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Nos encontramos frente a una definición estructurada sobre un escenario genérico, ya que dicho derecho preferente ostentado por el trabajador excedente voluntario es inconexo e insustancial y está condicionado a la solicitud de reingreso por parte del empleado. Una vez llevada a cabo tal solicitud, la naturaleza del derecho preferente se transforma, convirtiéndose en un derecho plenamente consolidado, supeditando el despliegue de todos sus efectos a la existencia de la vacante adecuada, la cual puede producirse por cualquier causa, como, por ejemplo, dimisión, jubilación, despido, invalidez provisional, fallecimiento del trabajador, entre otras⁴⁵³.

Es importante resaltar que la empresa carece de capacidad para decidir que vacante puede o no cubrir el trabajador excedente voluntario. La mera existencia de vacante por cualquiera de las causas mencionadas anteriormente, y siempre y cuando el puesto de trabajo afectado se correspondiese o fuese similar con la categoría profesional que ostentaba el trabajador excedente voluntario, obliga al

⁴⁵³ En este aspecto, cabe decir que la vacante también se puede producir por la necesidad que tenga la empresa en ese momento de crear un puesto de trabajo “*ex novo*”. En ese caso, la empresa estaría obligada a comunicar al empleado excedente voluntario su reingreso en dicho puesto de trabajo, de lo contrario, el empleado tendría una base legal suficiente como para poder iniciar la acción de despido y demandar a la empresa. Siguiendo la línea mantenida por GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo, op. cit.*, página 104, la vacante puede también producirse por otras vías, como por ejemplo, las generadas por cambios de categorías de otros trabajadores que dejan sus puestos libres para ocupar plazas superiores.

empresario a comunicar al empleado la existencia de dicho puesto de trabajo, independientemente le convenga o no su cobertura⁴⁵⁴.

Centrándonos en el aspecto material y sustantivo del derecho preferente de reingreso, es necesario remarcar que, en base a una primera interpretación sobre el apartado quinto del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, podríamos llegar al punto de considerar que nos hallamos ante una preferencia establecida en términos absolutos, es decir, un derecho que no encontraría ningún tipo de obstáculo respecto de los derechos que pudieran tener otros trabajadores, ya fueran trabajadores en activo o trabajadores cuyos contratos de trabajo se encontrasen suspendidos en virtud de cualquiera de las causas de suspensión dispuestas en el artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores. Pero nada más lejos de la realidad. Estamos hablando de un derecho de carácter relativo⁴⁵⁵, el cual depende de una serie de factores para que pueda llegar a desplegar todos sus efectos y permita finalmente al trabajador excedente voluntario reingresar en la empresa, cual es el objetivo final perseguido.

El derecho preferente al reingreso debe observarse desde un punto de vista relativo, debido fundamentalmente a que depende de los derechos que puedan tener trabajadores que en ese momento pertenezcan a la plantilla activa de la empresa y cuya situación profesional se encuentre sujeta a un ascenso o traslado que afecte a la plaza vacante que, en teoría debiera ocupar el trabajador excedente voluntario.

⁴⁵⁴ En la misma posición se encuentran PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, *op. cit.*, página 27 y RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria”, *op. cit.*, páginas 6 y 7.

⁴⁵⁵ En el mismo sentido, ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, *op. cit.*, página 370 y PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, *op. cit.*, página 30.

El factor principal que provoca que aumente o disminuya el grado de preferencia del derecho del trabajador excedente voluntario respecto de los derechos de otros trabajadores depende del contenido de la normativa colectiva y del modo a través del cual ésta especifique o no las diferentes situaciones que se pueden crear una vez el trabajador excedente voluntario haya solicitado su reingreso en la empresa así como también el margen de maniobra concedido a la esfera jurídica del trabajador excedente voluntario.

Debe quedar claro que estamos analizando un derecho condicionado al cumplimiento de una acción capital, como es la realización de la solicitud de reingreso del trabajador excedente voluntario, acción calificada como auténtica “*conditio sine qua non*” a la hora de activar el gran efecto del ejercicio de dicho derecho, cual es su naturaleza preferente. Pero esta preferencia no es absoluta, pues deben diferenciarse dos escenarios diferentes.

El primero de ellos se basaría en la posibilidad de que hubiera una concurrencia de solicitudes de reingreso, por parte de diferentes trabajadores en situación de excedencia voluntaria, perteneciendo además al mismo o similar grupo o categoría profesional. En este supuesto concreto, si hubiera varios trabajadores excedentes voluntarios, con la misma o similar categoría profesional, que presentasen diferentes solicitudes de reingreso y solamente existiese una vacante disponible en la empresa, ¿cuál de ellos tendría preferencia a ocupar dicha vacante?

El segundo de los escenarios trataría sobre los trabajadores en activo de la empresa que pudieran ostentar derecho preferente a ocupar la vacante disponible a través de mecanismos internos, tales como ascensos o traslados. En este punto, no hay dudas acerca de que el empresario, durante la situación de excedencia

voluntaria del trabajador, tiene plena libertad, a través de su poder de dirección y organización empresarial, consagrados en el artículo 38 de la Constitución Española, de disponer de la plaza vacante, ya sea por medio de la contratación “*ex novo*” de trabajadores, o bien a través de mecanismos de amortización, o bien mediante la promoción o traslado de cualquiera de los trabajadores de la empresa.

No obstante lo anterior, el verdadero problema se plantearía cuando el trabajador excedente voluntario hubiera solicitado su reingreso en la empresa. ¿Qué posibilidades legales manejaría el empresario a la hora de llevar a cabo alguna de las opciones anteriormente planteadas? ¿Cuáles serían los límites legales que debería respetar el empleador a fin de evitar que el trabajador excedente voluntario reclamase su derecho a ocupar dicha plaza, ya fuera a través de la acción de despido o través de la acción declarativa de reingreso?

En este sentido, también cabría plantearse otra opción derivada de este segundo escenario, fundamentada en la posibilidad que ostenta el empresario a la hora de amortizar el puesto de trabajo del empleado en situación de excedencia voluntaria. Tal y como han venido sosteniendo nuestros Tribunales, dicha amortización es realmente viable pero siempre y cuando se sigan los procedimientos administrativos pertinentes. En este apartado me centraré en la viabilidad de llevar a cabo una amortización funcional de un puesto de trabajo, sin que el empresario resulte obligado a seguir o formalizar ningún procedimiento legal o administrativo preestablecido por la Ley.

2.1. Ascensos y traslados.

El derecho preferente de reingreso ostentado por el trabajador excedente voluntario puede colisionar con el derecho de otros trabajadores los cuales, a pesar

de que no se encuentren en situación de excedencia voluntaria, también estén en disposición de ocupar la plaza vacante en el organigrama de la empresa⁴⁵⁶. En este caso concreto me estoy refiriendo a posibles ascensos o traslados.

En este sentido, y en el supuesto de que dichos mecanismos de promoción interna o traslados se realicen durante la situación de excedencia voluntaria del empleado y antes de la solicitud de reincorporación del trabajador, no cabe duda de que las decisiones que tomase el empresario no encontrarían obstáculo alguno⁴⁵⁷. El problema se plantea una vez el trabajador excedente voluntario hubiese solicitado su reingreso⁴⁵⁸. La respuesta a dicha laguna legal la encontramos, en primer lugar, a través de la regulación que la norma convencional realiza sobre la misma, atribuyendo determinadas preferencias y subordinando el derecho del empleado en situación de excedencia voluntaria sobre otros derechos de trabajadores en activo o viceversa y, en segundo lugar, gracias a la interpretación que realizan nuestros Tribunales, dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto.

⁴⁵⁶ En opinión de RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria”, *op. cit.*, página 6, “*el derecho a ocupar la primera vacante cede cuando existen otros derechos preferentes como es el derecho a obtener plaza por virtud de traslado*”.

⁴⁵⁷ Opinión mantenida, entre otros, por PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, *op. cit.*, página 31, cuando afirma que “*cuando el trabajador ejerce su derecho a la excedencia con reserva de puesto de trabajo o con derecho preferente al reingreso, los tribunales han indicado que el empresario no está obligado a mantener la plaza pudiendo amortizarla e incluso, ejercitando la facultad de ascender al personal*”.

⁴⁵⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 114. El autor, de manera acertada, también hace referencia a la posibilidad de que la solicitud de reingreso del trabajador excedente voluntario coincida con el derecho de un trabajador de la empresa a ser ascendido. En este tipo de casos, el autor afirma tener dudas acerca de que se prefiera el derecho del trabajador en activo cuando el ascenso se produjera por decisión unilateral del empresario.

El Estatuto de los Trabajadores reconoce al trabajador excedente voluntario un derecho preferente al reingreso en las vacantes apropiadas. Esta preferencia puede considerarse absoluta, lo que supondría establecerla frente a cualquier otro posible aspirante a la cobertura de la plaza, o relativa. Desde esta segunda interpretación, aunque exista en la empresa una vacante apropiada para el reingreso solicitado por el trabajador excedente voluntario, es posible que éste no pueda tener lugar, debido a la existencia de otros trabajadores asistidos de un mejor derecho. Determinados convenios colectivos concretan los perfiles de esa preferencia para evitar los problemas que se pudieran originar, estableciendo un orden de prelación entre los diferentes turnos de provisión de vacantes. En muchos de ellos el primer lugar en dicho orden de prelación lo ocupa precisamente el reingreso de trabajadores excedentes, con los que éstos tendrían preferencia absoluta sobre todos los demás turnos. Consiguientemente, un trabajador excedente voluntario tendrá mejor derecho sobre la plaza vacante que cualquier trabajador en activo. Sin embargo, hay convenios en los que se prevé que el ejercicio por parte del trabajador excedente voluntario de su derecho preferente de reingreso depende de que la vacante no se cubra mediante ascenso. Igualmente, es lógico y correcto que si la empresa puede cubrir la vacante con un traslado de aquél que ya ostenta esa categoría y está en activo, así lo haga.

Así pues, una vez que el trabajador hubiera solicitado el reingreso en la empresa, el procedimiento habitual sería que su derecho preferente de reingreso se situase en una posición de superioridad frente a los derechos de otros trabajadores – derechos derivados, en este caso, de un ascenso o un posible traslado – sobre la misma plaza vacante a la que optase el trabajador excedente voluntario.

En este punto, hay un gran número de convenios colectivos⁴⁵⁹ que establecen un orden de prelación determinado, en el sentido de otorgar una mayor preferencia al derecho del trabajador excedente voluntario que solicita el reingreso frente al derecho de ascenso de otros empleados en activo de la empresa.

No obstante lo anterior, es necesario valorar que, en el supuesto de que el derecho preferente de reingreso del trabajador excedente voluntario se enfrentase al derecho de otro trabajador cuyo contrato de trabajo estuviese suspendido en base a cualquiera de las causas de suspensión establecidas por la Ley, sería éste último el que accedería a ocupar el puesto de trabajo vacante⁴⁶⁰. Tampoco hay que

⁴⁵⁹ Convenio colectivo del personal laboral del Ministerio de Economía y Hacienda, publicado en el B.O.E. en fecha 29 de septiembre de 1994, cuyo artículo 9 determina que “*las vacantes se proveerán de acuerdo con arreglo a unas fases en cuyo orden figura la primera “los ingresos procedentes de excedencias voluntarias”*”. En el mismo sentido, cabe destacar, el convenio colectivo para el personal laboral del Ministerio de Sanidad y Consumo y su organismo autónomo Instituto Nacional del Consumo, publicado en el B.O.E. en fecha 24 de mayo de 1995 (artículo 9); el XV convenio colectivo entre “*Iberia LAE, S.A.*” y sus Tripulantes de Cabina de Pasajeros, aprobado mediante Resolución de fecha 18 de abril de 2007, cuyo artículo 39 establece que “*la reincorporación se efectuará en la primera vacante que se produzca, y por el orden que le corresponda, teniendo en cuenta, primero, la fecha de caducidad de la excedencia, y si ésta coincidiese, la antigüedad en la compañía*”. En la misma línea se manifiesta el convenio colectivo para el personal laboral del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Empleo y Fondo de Garantía Salarial, aprobado mediante Resolución de fecha 26 de noviembre de 1997, cuyo artículo 7 mantiene que “*la provisión de las plazas vacantes previstas en la Oferta de Empleo Público correspondiente al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, INEM y FOGASA, se realizará a través de las siguientes fases, y en el orden en que figuran: (i) Concurso de traslados; (ii) Reingreso de excedentes voluntarios; (iii) Turno de promoción y, (iv) Turno libre*”. En este último caso, el convenio colectivo otorga una preferencia parcial, pues es cierto que el derecho preferente de reingreso del trabajador excedente voluntario cedería frente a un posible traslado pero no frente a una promoción interna de otro trabajador de la compañía.

⁴⁶⁰ Un ejemplo realmente significativo es el X convenio colectivo del ente público RTVE, “*Radio Nacional de España, S.A.*” y “*Televisión Española, S.A.*”, aprobado mediante Resolución de fecha 8 de marzo de 1994, cuyo artículo 52 establece que “*transcurrido el primer año de excedencia, el interesado podrá*

olvidar algunos supuestos especiales, como, por ejemplo, aquellos casos en los que hubiera trabajadores que se encontrasen incluidos dentro de una bolsa de trabajo, como consecuencia de un proceso de despido colectivo, ya fuera de carácter extintivo o suspensivo, y que ostentasen un derecho de preferencia a ocupar una serie de plazas, acordes a su categoría profesional, las cuales podrían coincidir con la categoría profesional que pudiera tener el trabajador excedente voluntario. En este tipo de situaciones tan concretas, el trabajador afectado por el proceso de despido colectivo gozaría de una mayor preferencia que la que pudiera tener el trabajador excedente voluntario a la hora de reincorporarse a la empresa⁴⁶¹.

solicitar el reingreso. Se tendrá en cuenta la existencia de vacante en su categoría y el derecho preferente de reingreso de los excedentes especiales o voluntarios cuyos plazos de excedencia hayan expirado". En este sentido, cabe destacar que dicho convenio colectivo, y siguiendo lo dispuesto en su artículo 53.1, califica como especiales al resto de excedencias contempladas en el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores (excedencia por ejercicio de cargo público o cargo sindical, excedencia por cuidado de hijos o excedencia por cuidado de familiares), teniendo todas ellas un denominador común, cual es el derecho de reserva de puesto de trabajo conferido al empleado, en mayor o menor medida, en cada una de ellas. En el mismo sentido se expresa el convenio colectivo para el personal laboral del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto Nacional de Empleo y Fondo de Garantía Salarial, aprobado mediante Resolución de fecha 26 de noviembre de 1997, cuyo artículo 9 asevera que *"los trabajadores procedentes de excedencia voluntaria por incompatibilidad tendrán derecho preferente al reingreso. Para el resto de excedentes voluntarios y en caso de empate en el procedimiento previsto por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tendrá prioridad el solicitante con mayor antigüedad, computada en los términos previstos en este Convenio"*. Asimismo, también cabe destacar el convenio colectivo de trabajo de las empresas consignatarias de buques de la provincia de Barcelona, aprobado mediante Resolución de fecha 13 de febrero de 2008 (artículo 17).

⁴⁶¹ Así lo expuso, en su momento, la STS de fecha 1 de junio de 1988 (RJ 1988/5205), la cual afirma que *"no ha existido contratación de nuevos trabajadores, sino que por el contrario, los mencionados en dicha certificación son administrativos reincorporados a la empresa por haber finalizado la situación de suspensión temporal de sus contratos de trabajo y proceden todos ellos del correspondiente fondo de promoción de empleo al que pasaron como consecuencia de expediente de regulación de empleo"*.

Por el contrario, también existen determinadas disposiciones convencionales las cuales priorizan el derecho de ascenso o promoción interna del trabajador en activo de la compañía frente al derecho preferente de reingreso del trabajador en situación de excedencia voluntaria de cara a ocupar el mismo puesto de trabajo vacante⁴⁶². En este aspecto, también cabe destacar los casos en que determinados trabajadores que han sido trasladados de manera forzosa a un centro de trabajo ostenten un derecho preferente frente a trabajadores excedentes voluntarios que soliciten el reingreso a la empresa⁴⁶³. En este aspecto, se ha

⁴⁶² Así viene dispuesto en el artículo 7.4 del convenio colectivo para el personal laboral del Ministerio de Asuntos Sociales y sus organismos autónomos, aprobado mediante Resolución de 27 de junio de 1995, el cual dispone que, en relación con los trabajadores afectados por un ascenso o un traslado, “*en todo caso, existirá el siguiente orden de preferencia: (i) las personas trasladadas forzosamente, de acuerdo con el artículo 71 de este Convenio o afectadas por el artículo 67; (ii) las personas reingresadas en distinto centro o provincia, o en puesto correspondiente a categoría profesional inferior a la que se tenía asignada antes de obtener la excedencia; (iii) el resto del personal en situación de servicio activo; (iv) las personas en situación de excedencia voluntaria como consecuencia de la normativa de incompatibilidades; y, (v) las personas en situación de excedencia voluntaria por interés particular*”. Por tanto, y a tenor de lo anteriormente expuesto, el derecho de reingreso ostentado por los trabajadores excedentes voluntarios cedería frente a un posible ascenso o traslado de un trabajador de la plantilla de la empresa. Otros ejemplos serían el convenio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado, aprobado mediante Resolución de fecha 3 de noviembre de 2009, cuyo artículo 57 establece que “*el trabajador que solicite su reingreso tras una excedencia tendrá derecho a ocupar de forma provisional una vacante de necesaria cobertura del mismo grupo profesional, área funcional y, en su caso, titulación y especialidad iguales a las suyas, siempre que no se encuentre comprendida entre las plazas ofrecidas en concurso de traslado o de promoción*”; y el convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón, aprobado mediante Resolución de fecha 14 de enero de 2008, cuyo Anexo II.B. (Cuadro Resumen de suspensión relación laboral por causas familiares), establece, en relación con el reingreso de trabajadores en situación de excedencia voluntaria, que “*de no haber vacante en su puesto, el trabajador podrá optar por otra vacante de inferior o superior categoría; y en este último caso, siempre que no colisione el derecho de ascenso de otros trabajadores y se adecue el perfil requerido para el puesto al que opta*”.

⁴⁶³ Cabe mencionar el convenio colectivo para el Personal Laboral al Servicio de la Administración de la Seguridad Social (1994), cuyo artículo 10.5 afirma que “*tendrán preferencia sobre los trabajadores que pretenden el reingreso desde la situación de excedencia voluntaria, los trabajadores que fueron*

mantenido una línea científica pacífica a la hora de valorar positivamente la posibilidad de que el empresario pueda cubrir un puesto de trabajo vacante mediante el traslado de un trabajador en activo y ello incluso de manera posterior a la solicitud de reingreso por parte del trabajador excedente voluntario. No habría ningún problema en tanto en cuanto esa plaza dejada vacante por el trabajador trasladado fuera ocupada, de manera inmediata, por el trabajador excedente voluntario⁴⁶⁴. Para que ello pudiera llevarse a cabo, habría que partir de la base de que la plaza vacante fuera de la misma o similar categoría profesional que pueda tener el trabajador excedente voluntario.

No obstante, el problema surge en casos en los que el convenio colectivo de aplicación no establece ningún tipo de prelación u orden de preferencia de cara a ocupar una plaza vacante que pudiera surgir en el esquema organizativo de la empresa. Es en este tipo de casos cuando la laguna legal existente en este punto concreto del régimen jurídico de la excedencia voluntaria se hace evidente, pues no hay una base legal efectiva sobre la cual se pueda afirmar que la solicitud de reingreso formulada por el trabajador excedente voluntario tenga preferencia sobre el derecho de otros trabajadores en activo de la empresa, ya sea por razón de una promoción interna, ascenso o traslado.

La última línea judicial mantenida, en relación con el conflicto relativo a los traslados de trabajadores en activo, entiende que el derecho preferente al reingreso que se concede “*ex lege*” a los trabajadores excedentes voluntarios no debería

trasladados forzosamente, incluso como sanción o los que reingresaron anteriormente en distinto centro o provincia”.

⁴⁶⁴ ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, *op. cit.*, página 372. En el mismo sentido se manifiesta la STSJ de Cataluña de fecha 25 de febrero de 2003 (AS 2003/1943).

primar sobre el derecho de obtener plaza en virtud de traslado de aquellos que estuvieran en servicio activo⁴⁶⁵.

No obstante lo anterior, la relación más controvertida es la que tenga que establecerse entre el excedente voluntario y el trabajador que pudiera cubrir la vacante mediante un ascenso ya que hablamos de situaciones en las que, quizás, la claridad jurídica sea menor que en el supuesto de traslados, ya que las situaciones de promociones internas provienen, en la mayoría de los casos, de decisiones unilaterales tomadas, única y exclusivamente, en base al criterio personal del empresario. Así pues, existen serias dudas de que se prefiera el derecho preferente del trabajador en activo cuando es el propio empresario el que tiene la última palabra sobre el ascenso o promoción interna de dicho empleado⁴⁶⁶.

En este punto, la parquedad con la que se expresa la norma legal unida a la ambigüedad del contenido de los convenios y a pronunciamientos jurisprudenciales divergentes complica sobremanera la cuestión. Sin embargo, según la opinión de RODRÍGUEZ COPÉ⁴⁶⁷, si la vacante a cubrir puede

⁴⁶⁵ Argumento sostenido por la STSJ de Aragón de fecha 5 de abril de 2004 (AS 2004/2590), cuando señala que “no hay base normada efectiva que haga de mejor condición al trabajador que tiene un puesto de trabajo, en excedencia de la clase dicha, que al trabajador que desempeña su puesto. En otras palabras, el trabajador excedente no tiene más derechos ante la ocupación de un nuevo puesto de trabajo por el hecho de no desempeñar el que tiene reservado que los derechos que tendría si efectivamente lo desempeñase”. En el mismo sentido se expresan las SSTSJ de Aragón de fecha 17 de noviembre de 1993 (AS 1993/4806) y 14 de junio de 2000 (AS 2000/2424), siguiendo la línea establecida por las SSTS de fecha 15 de junio de 1983 (RJ 1983/3013) y 5 de mayo de 1997 (RJ 1997/3652).

⁴⁶⁶ La misma línea argumentativa es mantenida por GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 114.

⁴⁶⁷ RODRÍGUEZ COPÉ, M.L.: El derecho preferente al reingreso del excedente voluntario: cobertura de la vacante apropiada con trabajadores ¿con mejor derecho?, *op.cit.*, página 3. En opinión de la autora, tal actitud sería posible cuando el trabajador no hubiese solicitado el reingreso, pues “si no existe constancia

calificarse de vacante apropiada por ser de igual o similar categoría a la que ocupaba el trabajador antes de la excedencia voluntaria y éste ha mostrado su intención de volver a la empresa, la decisión del empresario de ascender al trabajador en activo frustraría los derechos del trabajador excedente voluntario, sobre todo si el puesto de trabajo que se quedara libre tras el ascenso no pudiera considerarse apropiado por no ser de igual o similar categoría al que ocupaba. En este caso, las opciones del trabajador excedente voluntario se verían limitadas, bien a reingresar en dicha categoría profesional inferior, si así se hubiese previsto colectivamente, con el consiguiente perjuicio no sólo económico sino profesional que ello conllevaría, o bien continuar en situación de excedencia voluntaria por tiempo indeterminado.

A mayor abundamiento, cabe señalar que en esta materia la jurisprudencia es bastante contradictoria⁴⁶⁸, ya que, de un lado, existe una corriente doctrinal partidaria de supeditar el reingreso del trabajador excedente voluntario a que haya vacante idónea porque no existan derechos de ascenso⁴⁶⁹; mientras que, de otro lado, se mantiene la teoría de considerar que el empresario no procede conforme a la buena fe y lealtad cuando no informa al trabajador excedente voluntario sobre la

de la voluntad de reincorporación no parece equitativo que se sacrifique el derecho que otro trabajador tiene a promocionarse en la empresa a través de ascensos”.

⁴⁶⁸ Tal y como afirma, de manera tajante, la STSJ de Cataluña de fecha 25 de febrero de 2003 (AS 2003/1943), cuando expresa que “no existe una interpretación jurisprudencial consolidada en este punto, pues el Tribunal Supremo ha indicado que para que el reingreso del excedente se produzca es preciso que exista una vacante idónea, por inexistencia de derechos de ascenso, pero también ha esgrimido el hecho de que se hubiesen cubierto plazas mediante promoción interna como prueba del hecho de que existía dicha vacante. Lo que resulta claro es que será la empresa quien deberá aportar la prueba de que la cobertura de la vacante sobre la que el excedente reclama el reconocimiento de su derecho al reingreso se ha efectuado con trabajadores con derecho preferente”.

⁴⁶⁹ STS de 21 de abril de 1986 (RJ 1986\2213) y STSJ de Cataluña de 16 de junio 1996 (AS 1997/2693).

existencia de una vacante y designa a un trabajador de inferior categoría profesional para cubrirla⁴⁷⁰.

Así pues la decisión del empresario, si bien, favorecería el derecho a una promoción efectiva del trabajador que desea ascender, frustraría el derecho al reingreso reconocido al trabajador excedente voluntario o cuando menos lo haría más problemático.

En materia de ascenso o promoción interna, podríamos encontrarnos con casos singulares en los que la situación se invirtiera, y fuera el trabajador excedente voluntario el que, una vez conseguido el reingreso en una plaza de similar categoría profesional a la suya, solicitara a través de un ascenso cubrir la plaza originaria que ocupaba de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria. En este supuesto concreto, el trabajador no tendría acceso directo a ocupar la plaza reclamada puesto que, una vez reingresado desde la excedencia voluntaria a la plaza vacante en un principio, el trabajador carecería del derecho a ocupar otra distinta, puesto que en ningún caso se le ofreció una plaza vacante de categoría profesional inferior.⁴⁷¹.

⁴⁷⁰ STS de 2 de julio de 1985 (RJ 1985\3663). La fundamentación jurídica de la sentencia no ofrece duda alguna, cuando, de manera taxativa, afirma que *“se quebranta el verdadero sentido y alcance de los preceptos antes indicados pues designando a un trabajador de inferior categoría profesional para el puesto de Director, se cierra la posibilidad de reingresar en la empresa al actor a pesar de haber alcanzado, como queda dicho, el nivel de responsabilidad”*.

⁴⁷¹ STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 5 de mayo de 1994 (AS 1994/1969).

2.2. Concurrencia de solicitudes de reingreso.

El derecho preferente del trabajador excedente voluntario es único, individual e intransferible, y solamente afecta a la esfera jurídica del empleado. Es cierto que en algunas ocasiones el carácter individualista de dicho derecho puede relativizarse ya que el trabajador excedente voluntario puede encontrarse en situaciones en las que, a pesar de haber llevado a cabo, en tiempo y forma, su solicitud de reingreso, ésta coincida con la de otros trabajadores que se encuentren en su misma situación y que aspiren a ocupar el mismo puesto de trabajo vacante. Nos hallaríamos ante un caso de concurrencia de solicitudes de reingreso.

Como viene siendo habitual en materia de excedencia voluntaria, el Estatuto de los Trabajadores nada dice al respecto, con lo que nuevamente se ha creado un enorme vacío legal el cual, en la mayoría de las ocasiones, supone un obstáculo a la hora de llevar a cabo el procedimiento de reingreso en situaciones de excedencia voluntaria.

Ante semejante laguna legal, son las disposiciones convencionales las que, en teoría, deberían regular los casos de concurrencia de solicitudes de reingreso de trabajadores excedentes voluntarios. Efectivamente, en parte sucede así, ya que determinados convenios colectivos⁴⁷² regulan y sistematizan dicha situación. Pero,

⁴⁷² Como, por el ejemplo, el convenio colectivo de la empresa “Aldeasa, S.A.”, aprobado mediante Resolución de fecha 17 de diciembre de 2007, cuyo artículo 29.a) establece que “*el reingreso en el servicio activo de los excedentes voluntarios se verificará previa solicitud por escrito de los interesados, con un mes de antelación al vencimiento de la excedencia, siendo la fecha de presentación de la solicitud la que determinará la prioridad para el reingreso en el supuesto de concurrencia de varias peticiones*”; en la misma línea se expresa el IV convenio colectivo de ámbito interprovincial de la empresa “Amper Comercial de Servicios electrónicos, S.A.” (AMPER – COSESA), cuyo artículo dispone que “*cuando existan más de una persona en situación de excedencia la cual haya solicitado el reingreso, la vacante será*

no obstante, son mayoría los convenios colectivos que nada dicen al respecto⁴⁷³, y es ahí dónde, tanto la jurisprudencia como la doctrina judicial, se han posicionado afirmando que en caso de concurrencia de trabajadores en excedencia voluntaria, se entiende que, la postura más lógica sea la de conferir la plaza vacante a aquella solicitud de reincorporación primera inicialmente en el tiempo⁴⁷⁴ porque dicha petición provoca la actualización del derecho del solicitante que, en caso de ausencia de vacante, queda en suspenso antes de que concurra con tal situación otro trabajador excedente voluntario con igual derecho⁴⁷⁵.

Igualmente, existen determinados convenios colectivos que establecen como punto de referencia la fecha en la que la excedencia voluntaria del trabajador

ocupada por la que llevara más tiempo esperando la reincorporación"; el convenio colectivo para el Personal Laboral del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno, aprobado mediante Resolución de fecha 18 de diciembre de 1991 (artículo 20) y el II convenio colectivo del "Grupo Sogecable", aprobado mediante Resolución de fecha 17 de julio de 2008, cuyo artículo 29 establece que "el reingreso se producirá por orden de antigüedad en la solicitud, en la primera vacante no reservada legalmente que se produzca en su grupo profesional y para las funciones que venía realizando con anterioridad a la baja".

⁴⁷³ Tal y como apunta de manera acertada ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 373.

⁴⁷⁴ Coincide con la opinión mantenida por RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 68. A modo de detalle, cabe destacar la opinión de MARÍN CORREA, J.: "El reingreso desde la excedencia voluntaria. Ordenación de solicitudes", *Actualidad Laboral*, 1989, núm. 45, página 2647. El autor manifiesta que, en relación con la prioridad con la que debe ser tratada la solicitud de reingreso, ésta tiene que ser lo más breve posible y que la anticipación de otra solicitud posterior incumpliría la literalidad del precepto, no sólo en la reiterada expresión "la que se produjera en la empresa", sino también en la de "tener derecho preferente".

⁴⁷⁵ STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 14 de abril de 1999 (AS 1999/5289), resolución que niega el hecho de que la empresa hubiera llevado a cabo despido alguno, al considerar que "cuando el actor solicitó últimamente su reingreso, la vacante a la que alude había sido cubierta por otro trabajador, cuya excedencia databa de fecha anterior; no siendo obstáculo para ello que este segundo trabajador ostentase una categoría profesional distinta en el momento de iniciar su excedencia".

hubiera expirado y, en su defecto, toman como referencia la antigüedad del trabajador excedente voluntario en la empresa, y ello en el poco probable supuesto de que la fecha de solicitud de reingreso de ambos trabajadores excedente voluntario también hubiera coincidido en el tiempo⁴⁷⁶.

En el supuesto de que el empresario procediera a cubrir una vacante y dicha actuación fuera susceptible de haber incumplido el orden de preferencia de cobertura de vacantes, ya fuera entre el derecho preferente de un trabajador excedente voluntario y un trabajador en activo o entre varios trabajadores excedentes voluntarios, dicha nueva contratación se consideraría nula a todos los efectos, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil, pudiendo exigir el trabajador, cuyo contrato de trabajo hubiera sido calificado como nulo, la remuneración consiguiente a un contrato válido⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ En este sentido, el X convenio colectivo del ente público “RTVE, Radio Nacional de España, S.A.” y “Televisión Española, S.A.”, aprobado mediante Resolución de fecha 8 de marzo de 1994, cuyo artículo 52.1 b) establece que “*se tendrá en cuenta la existencia de vacante en su categoría y el derecho preferente de reingreso de los excedentes especiales o voluntarios cuyos plazos de excedencia hayan expirado*”; asimismo, cabe destacar el XV convenio colectivo entre “Iberia Lae, S.A.” y sus tripulantes de cabina de pasajeros, aprobado mediante Resolución de fecha 18 de abril de 2007, cuyo artículo 39 establece que “*la reincorporación se efectuará en la primera vacante que se produzca, y por el orden que le corresponda, teniendo en cuenta primero la fecha de caducidad de la excedencia, y, si ésta coincidiese, la antigüedad en la Compañía*”. Asimismo, el VI convenio colectivo Interprovincial de la empresa “Servicios de Teledistribución”, aprobado mediante Resolución de fecha 22 de mayo de 2001, otorga preferencia a la solicitud de reingreso del empleado cuya excedencia tuviera más antigüedad, afirmando que “*cuando coincida más de un empleado en expectativa de reincorporarse tras una excelencia, se concederá preferencia al que más tiempo lleve en dicha situación*”.

⁴⁷⁷ Y ello únicamente tomando como referencia el tiempo de trabajo efectivo que hubiera realizado hasta la fecha de efectos de dicha nulidad, tal y como establece el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores. En este caso, y en opinión de ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria, op. cit.*, página 374, “*los representantes legales de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo podrán realizar una labor de vigilancia del cumplimiento por parte del empresario de su obligación de*

2.3. Reingreso del trabajador excedente voluntario en distinto centro de trabajo.

Tal y como ya he comentado anteriormente, la estructura interna del derecho preferente de reingreso adolece de una serie de defectos y vacíos legales⁴⁷⁸ que debilitan sobremanera su régimen jurídico. La consecuencia más importante de todo ello es que el alcance de dicho derecho preferente de reingreso queda definido de una manera muy genérica y elemental.

En este sentido, la postura sobre el punto de conflicto que se plantea en este epígrafe no está muy clara. Algunos autores afirman que el derecho preferente que ostenta el trabajador excedente voluntario es ya suficiente argumento como para considerar que su reingreso debe producirse en el centro de trabajo⁴⁷⁹ donde habitualmente prestaba sus servicios. Lógicamente, dicha opinión⁴⁸⁰ parte de la base de considerar que la figura jurídica de la excedencia voluntaria posee una naturaleza suspensiva, lo cual permitiría crear una obligación para la empresa de

reincorporar al excedente, competencia que les atribuye el artículo 64.1.8 a) del Estatuto de los Trabajadores”.

⁴⁷⁸ Contradicciones y vacíos legales apuntados por SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La prórroga de la excedencia voluntaria”, *op. cit.*, cuando afirma que “*conviene advertir sobre los enormes vacíos y contradicciones que la regulación legal de la excedencia voluntaria muestra; sobre la conveniencia de que los poderes normativos (inclusive los propios de la autonomía colectiva) remedien el problema y sobre el importante papel complementario que la doctrina judicial y la jurisprudencia cumplen en tal escenario*”.

⁴⁷⁹ El problema se originaría únicamente en torno a empresas las cuales tuvieran diversos centros de trabajos repartidos a lo largo del territorio nacional, excluyendo, por pura lógica, a aquellas empresas pequeñas o medianas cuya circunscripción se limitara a una zona geográfica en concreto. En este sentido, cabe destacar la opinión de GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 109.

⁴⁸⁰ Tal y como afirma PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia Laboral y Funcionarial*, *op. cit.*, página 334.

materializar el reingreso del empleado en el mismo centro de trabajo en el que prestaba sus servicios anteriormente al inicio de su situación de excedencia voluntaria⁴⁸¹. En este sentido se destaca que el reingreso del trabajador excedente voluntario debería producirse en un centro de trabajo de la misma localidad. En caso contrario, el trabajador estaría en condiciones de presentar una demanda alegando la existencia de una movilidad geográfica o, en su caso, una modificación de las condiciones de trabajo, en base a los artículos 40 y 41.4 del Estatuto de los Trabajadores, respectivamente.

Por tanto, la línea doctrinal mantenida en este sentido considera que el alcance del derecho preferente del excedente voluntario se traduce en la obligación, por parte de la empresa, de ofrecer el reingreso al empleado en un puesto de trabajo en un centro de trabajo de la misma localidad, de manera que el trabajador continuaría en situación de excedencia voluntaria hasta que se produjese una vacante en dicha localidad, pudiendo el trabajador rechazar lícitamente cualquier otra vacante que se produjera en la empresa, pero en otras localidades, ya que la pretensión unilateral de la empresa de que éste reingresara en localidad distinta, obstaculizaría gravemente el ejercicio del derecho del trabajador excedente voluntario a su reincorporación, con lo que se alteraría sustancialmente su situación original y posibilitaría la asignación a éste de un puesto en el lugar que le fuera designado por la empresa, desvirtuando su propósito de reingreso⁴⁸².

⁴⁸¹ De la misma opinión, ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 366.

⁴⁸² En esta línea, cabe citar la STSJ de Andalucía (Málaga) de fecha 30 de abril de 1999 (AS 1999/1771), siguiendo lo dispuesto en la STS de fecha 12 de diciembre de 1988 (RJ 9597).

En la actualidad, la posibilidad del trabajador excedente voluntario a la hora de demandar a la empresa en base a una supuesta movilidad geográfica o modificación sustancial de las condiciones de trabajo ha quedado totalmente descartada, pues es inviable pensar en la existencia de un traslado indebido cuando el trabajador excedente voluntario no ocupa plaza alguna en la empresa, no es considerado un trabajador en activo de la plantilla y, por ende, no presta servicio alguno en aquélla⁴⁸³. En consecuencia, no se produce traslado ninguno, sino un mero ofrecimiento de reingreso tras una situación de excedencia voluntaria.

Por una parte, se ha afirmado que el derecho expectante del trabajador excedente voluntario se agota si la empresa le ofrece una vacante adecuada a su categoría profesional en una localidad diferente respecto de aquella en la que desempeñaba sus tareas cuando se situó en excedencia como consecuencia de no haber vacante en la misma y el trabajador la rechaza, no pudiéndose condenar a la empresa a incorporarle cuando se produzca una vacante en esta última localidad⁴⁸⁴. En este aspecto, la conclusión a la que han llegado los Tribunales es que la empresa cumple con su obligación en el momento en el que ofrece la plaza vacante al trabajador excedente voluntario, independientemente de que dicha plaza no fuera en el centro de trabajo originario sino en una localidad diferentes de

⁴⁸³ En este sentido, cabe destacar la STSJ de Cataluña de fecha 11 de febrero de 1997 (AS 1997/1829), la STSJ de Cataluña de fecha 20 de junio de 1995 (AS 1995/2410) y la STSJ de Galicia de fecha 4 de noviembre de 2003 (JUR 2004/168092).

⁴⁸⁴ En esta línea, las SSTS de fecha 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988/7110) y 18 de octubre de 1999 (RJ 1999/9102); y las SSTSJ de Andalucía (Granada) de fecha 5 de noviembre de 2002 (AS 2002/4212) y (Málaga) de fecha 15 de abril de 2004 (JUR 2005/148790), la STSJ de Cataluña de fecha 21 de febrero de 2003 (AS 2003/1888), STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 14 de marzo de 2006 (AS 2006/1481) y STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 16 de noviembre de 2006 (AS 2007/2998) afirman que *“instado el reingreso, la reincorporación puede y debe producirse en cualquier plaza vacante de la categoría ostentada sin que la empresa esté obligada a reconocer preferencia por un determinado destino geográfico”*.

aquella en la que desempeñaba sus tareas el trabajador cuando comenzó su situación de excedencia voluntaria.

La consecuencia esencial de dicho planteamiento consiste en prohibir erigirse en definidor de su propio derecho al trabajador excedente voluntario, y valorar la viabilidad de interpretar su negativa de acudir a su puesto de trabajo, en el día y hora fijados en el escrito de comunicación empresarial, como una falta muy grave traducida en ausencias injustificadas, abandono voluntario del puesto de trabajo o dimisión tácita del trabajador, produciéndose el despido disciplinario procedente de éste. Ese comportamiento pasivo del trabajador excedente voluntario, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, no puede surtir efectos de conservación de la relación, sino de extinción debida a los propios actos del trabajador, que objetivamente y aunque pudiera ser otro su propósito, deben interpretarse en el tráfico jurídico como significantes de abandono de la relación, pues no se puede forzar a la empresa a conservar la relación manteniendo una excedencia a la que ya no se tiene derecho, por haber mediado ofrecimiento válido y eficaz de vacantes ya que el trabajador carece del derecho de continuidad con respecto a su situación de excedencia voluntaria⁴⁸⁵.

También cabe destacar que, siguiendo la corriente jurisprudencial iniciada por la importante Sentencia del Tribunal Supremo dictada en Unificación de Doctrina, de fecha 18 de octubre de 1999⁴⁸⁶, un caso diferente sería el hecho de que existiendo plaza vacante en el centro de trabajo de la misma localidad, la empresa hubiera ofrecido al trabajador excedente voluntario un puesto de trabajo en un centro de trabajo en localidad diferente. En esta situación en concreto, podríamos estar hablando de un supuesto de ofrecimiento de mala fe o fraudulento

⁴⁸⁵ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 16 de enero de 2007 (AS 2007/1434).

⁴⁸⁶ STS de fecha 18 de octubre de 1999 (RJ 1999/9102).

de puesto de trabajo, lo que conllevaría, en su caso, la estimación de la demanda de despido interpuesta por el trabajador y, consecuentemente, la calificación de éste como improcedente.

Por otra parte, existe una segunda corriente judicial que entiende que el reingreso debe producirse en un puesto de trabajo de la misma localidad en la que prestaba servicios el trabajador excedente voluntario, sin que la negativa de éste a reincorporarse a uno de los puestos ofrecidos, que pudieran implicar un cambio de residencia, lleve implícita una renuncia al derecho que le corresponde como trabajador excedente voluntario, quedando en una situación de expectativa latente hasta que la plaza vacante se produjera⁴⁸⁷, produciéndose el reingreso en un puesto de la misma localidad o de cualquier otra localidad siempre y cuando no implique cambio de residencia alguno.

A mi juicio, es evidente que la primera de las opciones anteriormente mencionadas es la que mejor se ajusta al contexto jurídico actual. No solamente

⁴⁸⁷ STS de fecha 12 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9597) y STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 27 de junio de 1996 (AS 1996/1787) y STSJ de Andalucía (Málaga) de fecha 30 de abril de 1999 (AS 1999/1771), entre otras. Cabe destacar la fundamentación jurídica desarrollada en la STS de fecha 12 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9597), cuando señala que *“de lo expuesto no puede deducirse que la negativa del actor a optar por ninguno de los puestos de trabajo que le fueron ofrecidos que implicaban un cambio de residencia lleve implícita una renuncia al derecho que le corresponde como excedente voluntario, ni produzca, en consecuencia, la extinción del contrato de trabajo por dimisión del trabajador, al amparo del artículo 49.4 del Estatuto de los Trabajadores, sino que aquél queda, ante la inexistencia de vacante en una situación de expectativa hasta que la vacante procedente se produzca, situación que equilibra las posiciones de empleado y empresario, ya que el primero no se ve obligado a trasladar su domicilio con los perjuicios que ello siempre acarrea y el segundo no se encuentra obligado a readmitir, de momento, al excedente que quedaría en situación expectante por tiempo indeterminado”*.

porque es la corriente más seguida en la actualidad⁴⁸⁸, sino porque considero que la interpretación que dicho sector de la doctrina judicial realiza sobre el derecho preferente de reingreso que ostenta el trabajador es la adecuada, y todo ello sobre la base de una carencia total y absoluta de regulación legal al respecto⁴⁸⁹. Es innegable que el régimen jurídico de la excedencia voluntaria se contrapone a la regulación legal que realiza la normativa sobre la suspensión del contrato de trabajo. La excedencia voluntaria tiene un efecto fundamental, cual es otorgar al trabajador un derecho preferente de reingreso a ocupar la primera vacante que se produzca en la empresa, en contraposición con lo dispuesto en el régimen jurídico de la suspensión de contrato, cuyo efecto esencial es otorgar un derecho de reserva a ocupar el mismo puesto de trabajo. El empresario, en el instante en que ofrece a un trabajador en situación de excedencia voluntaria un puesto de trabajo en un centro de trabajo de distinta localidad que implique cambio de residencia – siempre y cuando en ese momento no exista vacante de su misma o similar categoría profesional en el centro de trabajo de origen – cumple con la obligación impuesta por la ley traducida en un ofrecimiento válido y eficaz de vacantes. Es decir el empresario accede a la restauración de los efectos plenos del contrato de trabajo, en las condiciones profesionales del trabajador excedente voluntario, y en una vacante de su categoría profesional, con lo cual, el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores aparece respetado en su estricta literalidad. No debemos

⁴⁸⁸ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 14 de marzo de 2006 (AS 2006/1481) y STSJ de Cataluña de fecha 24 de octubre de 2005 (JUR 2006/43185).

⁴⁸⁹ Cabe destacar la opinión mantenida por MEGINO FERNÁNDEZ, D.: “Reingreso tras excedencia voluntaria y traslado del trabajador”, *op. cit.*, en el sentido de afirmar que el legislador pudo (debió) haber delimitado mejor el ámbito geográfico del reingreso y, en razón a ese mismo objetivo, prever, por ejemplo, una aceptación facultativa del desempeño de la actividad dentro de otras instalaciones en las condiciones descritas, siguiendo el individuo, en atención a los valores a salvaguardar, en espera hasta que esa vacante adecuada (y, por consiguiente, forzosa) se origine en un emplazamiento que no exija un cambio en su residencia usual.

olvidar que nos encontramos frente a una figura jurídica – la excedencia voluntaria – que se basa en un sistema de equilibrios. El interés personal del empleado frente al interés profesional del empresario.

Por un lado, el trabajador, por el mero hecho de cumplir con una serie de mínimos requisitos legales y/o, en su caso, convencionales, puede abandonar la empresa por su propia voluntad y conservar un derecho preferente de reingreso, sin la necesidad de justificar tal actitud frente al empresario ni alegar nada al respecto. Es un derecho potestativo, el cual se inserta de lleno en la esfera jurídica del trabajador y, por tanto, su ejercicio queda al arbitrio exclusivo de su titular. Por otro lado, y en la mayoría de las ocasiones, el margen de maniobra que tiene el empresario a la hora de reestructurar el esquema organizativo, humano y funcional de su empresa es realmente escaso, causándole tal situación un potencial perjuicio, tanto económico como estructural.

Por tanto, el trabajador que comunica al empresario su intención de colocarse en situación de excedencia voluntaria, lo que verdaderamente está haciendo es utilizar un derecho puro y propio, sin posibilidad de réplica ni sujeto a condición empresarial alguna. Por su parte, el empresario, a la hora de afrontar el reingreso del empleado, debe ajustarse al régimen jurídico y efecto inherente a la propia figura de la excedencia voluntaria, reflejada en un mero y simple derecho preferente de reingreso, sin más concesiones que las especificadas en la norma legal o convencional. El equilibrio buscado se consigue contraponiendo ambos intereses. El primero de ellos, al inicio de la situación de excedencia voluntaria, cuyo protagonista principal es el trabajador; el segundo de ellos, con la solicitud de reingreso por parte del trabajador excedente voluntario, cuyo protagonista principal es el empresario.

Sin embargo, existen determinados casos⁴⁹⁰ en que la negociación colectiva, apoyándose en el artículo 46.6 del Estatuto de los Trabajadores, completa el régimen jurídico de la excedencia voluntaria y posibilita, de manera expresa, que el reingreso se produzca en otra localidad diferente⁴⁹¹. En este caso concreto, el derecho preferente del trabajador se construye sobre una norma de carácter convencional y, por tanto, se produciría el decaimiento del derecho del empleado en el supuesto de que éste rechazase el ofrecimiento de la empresa en una vacante de su misma o similar categoría en localidad distinta sin alegar o justificar mínimamente tal conducta⁴⁹². También es conveniente recordar que existen determinados convenios colectivos⁴⁹³ que otorgan al trabajador excedente

⁴⁹⁰ Tal y como ha sido reconocido por la casi totalidad de la doctrina jurisprudencial y judicial. Al respecto, STS de 26 de junio de 1998 (RJ 1998/5790) y STSJ de Galicia de fecha 14 de noviembre de 2000 (AS 2000/3446), SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 17 de marzo de 1992 (AS 1992/1622), 10 de febrero de 1997 (AS 1997/391) y 29 de junio de 1999 (AS 1999/2922); y STSJ de Cataluña de fecha 5 de diciembre de 2000 (AS 2001/702).

⁴⁹¹ En este sentido, cabe destacar el XV convenio colectivo del Ente Público Radiotelevisión Española y sus “*Sociedades Estatales Televisión Española, S.A.*” y “*Radio Nacional de España, S.A.*”, cuyo artículo 52.1 d) establece que “*si solicitado el reingreso dentro del plazo no hubiera vacante en la localidad de origen, RTVE podrá ofrecer al peticionario reingresar en plaza vacante en otra localidad. De no ocupar esta por su voluntad, decaerá definitivamente su derecho al reingreso*”. En la misma línea, el XXI convenio colectivo de Banca, aprobado mediante Resolución de fecha 1 de agosto de 2007 (artículo 32.3); el convenio colectivo de la empresa “*Radio Popular, S. A.*”, COPE, aprobado mediante Resolución de fecha 17 de septiembre de 2007, cuyo artículo 21.2 establece que si el trabajador excedente voluntario reingresase en localidad distinta a la del puesto de origen tendrá derecho prioritario de retorno en cuanto se produzca vacante en dicha localidad de procedencia.

⁴⁹² STS de fecha 26 de septiembre de 1988 (RJ 1988/7110) y STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de fecha 8 de octubre de 2008 (As 2009/43).

⁴⁹³ El convenio colectivo de “*Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.*”, aprobado mediante Resolución de fecha 11 de marzo de 2008, cuyo artículo 42 dispone que “*en caso de no existir vacante en las condiciones expuestas en el apartado anterior, tendrá derecho opcional a ocupar vacante similar en distinta plaza o a ocupar vacante en puesto de inferior categoría dentro del grupo de clasificación profesional al que pertenezca, en la misma o distinta plaza. Se mantendrá en turno de espera en cualquiera*

voluntario la posibilidad de esperar, siempre y cuando éste se manifieste en tal sentido, a que se produzca una vacante en el centro de trabajo de origen, prorrogando así su situación de excedencia voluntaria o, incluso, establecen la obligatoriedad de que el reingreso del trabajador excedente voluntario se lleve a cabo en el centro de trabajo de origen donde venía prestando servicios de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria⁴⁹⁴.

de las anteriores condiciones hasta producirse la vacante que le corresponde, percibiendo entre tanto el salario correspondiente a la categoría que desempeñe". Asimismo, el convenio colectivo Único para el Personal Laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Inem y Fogasa, aprobado mediante Resolución de fecha 30 de mayo de 1995, cuyo artículo 9.2 afirma que *"cuando el reingreso se realice en distinta provincia, de la que tenía asignada el trabajador antes de obtener la excedencia, se le concederá derecho preferente para optar en el concurso de traslados a la primera vacante de su categoría que se produzca en la provincia de origen"*.

⁴⁹⁴ En este sentido, el IV convenio colectivo de la empresa Asociación Aldeas Infantiles SOS de España, aprobado mediante Resolución de fecha 4 de febrero de 2009, cuyo artículo 36 manifiesta que *"el/la trabajador/a excedente voluntario conservará el derecho preferente al reingreso si en el centro de trabajo hubiera una vacante en su categoría profesional."*; el VI convenio colectivo de Colegios Mayores Universitarios, aprobado mediante Resolución de fecha 3 de octubre de 2007 (artículo 33) y el convenio colectivo de *"Fertiberia, S.A."*, aprobado mediante Resolución de fecha 19 de septiembre de 2007 (artículo 11.1).

VII. EXISTENCIA DE VACANTE. CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES.

1. Definición del concepto y su trasfondo jurídico.

El concepto de vacante, tal y como viene reflejado en el apartado quinto del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores, debe ser interpretado desde una perspectiva genérica, no pudiendo circunscribirse a un puesto de trabajo concreto ni específico. La naturaleza preferente del derecho de reingreso conferido al trabajador así lo acredita.

En este aspecto, una definición apropiada al concepto de vacante podría consistir en aquella situación producida en una empresa por baja de un trabajador como consecuencia de la extinción de su relación laboral o, en su defecto, como consecuencia de la necesidad de llevar a cabo la amortización de un puesto de trabajo.

Por lo tanto, el trabajador excedente voluntario, solamente con el mero hecho de solicitar su reingreso, en tiempo y forma, a la empresa, genera automáticamente un derecho que le posibilita a acceder a una vacante de igual o similar categoría profesional que hubiera o se produjera en la compañía. Y a partir de ese momento, el empresario se encuentra obligado ofrecerle dicho puesto de trabajo, independientemente de que le convenga o no al trabajador o resulte beneficioso o no para los intereses económicos, productivos o técnicos del propio empresario y todo ello al margen de que la cobertura de dicha vacante por el

trabajador excedente voluntario afecte de manera negativa o positiva a la estructura organizativa que pudiera tener la empresa en ese momento⁴⁹⁵.

En este sentido, cabe introducir una pequeña matización, cual es que, en todo caso, una vez producida la vacante de igual o similar categoría profesional, el empresario dispondría de un cierto margen de maniobra a la hora de decidir la conveniencia o no de cubrirla. En el caso de que, en base a un motivo o circunstancia de peso, el empresario decidiera que no es el momento idóneo a fin de reincorporar al trabajador en situación de excedencia voluntaria, éste continuaría a la espera. Únicamente en el caso de que finalmente decidiera cubrirla sería cuando el derecho del excedente voluntario se convertiría en un auténtico derecho consolidado, y ello apoyándose en el poder legítimo de dirección del empresario, en base a lo dispuesto en el artículo 5 d) del Estatuto de los Trabajadores.

Así pues, la empresa carece de capacidad de decisión alguna a la hora de decidir que vacante es la más idónea a efectos de ser cubierta por el trabajador excedente voluntario, una vez éste hubiera solicitado su reingreso a la empresa, puesto que el derecho preferente al reingreso que conserva el trabajador en situación de excedencia voluntaria se hace efectivo con la existencia de la vacante, pero no con la que la empresa decida cubrir, sino con la que realmente se produzca, cualquiera que sea su causa – jubilación, dimisión o despido, entre otras

⁴⁹⁵ En este sentido se expresa RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria”, *op.cit.*, páginas 6 y 7, cuando afirma que la empresa no es la que decide la vacante a cubrir, sino que una vez producida una vacante por cualquier tipo de causa (muerte, jubilación, dimisión, invalidez permanente, etc.) ésta debería ser cubierta por el trabajador excedente voluntario, siempre que éste hubiese solicitado el correspondiente reingreso, le convenga o no al empresa su cobertura. El autor considera que cuando se crea la vacante, el derecho preferente se convierte en derecho consolidado.

–, únicamente condicionada a que sea de igual o similar categoría profesional a la que ostentaba el trabajador excedente voluntario anteriormente, a menos que la misma se hubiera amortizado con anterioridad al nacimiento del referido derecho y que esa amortización se hubiese llevado a cabo de acuerdo con las prescripciones legales correspondientes⁴⁹⁶.

Carga de la prueba.

En este punto, es constante la línea doctrinal adoptada por nuestros Tribunales⁴⁹⁷, puesto que es teoría consolidada el hecho de que el trabajador excedente voluntario únicamente está obligado a acreditar el concreto hecho de haber solicitado correctamente su excedencia voluntaria, el reconocimiento empresarial de la misma y la posterior petición de reingreso, correspondiendo a la empresa acreditar que tiene cubiertas o amortizadas la totalidad de plazas que se pudieran ajustar a la categoría profesional del trabajador excedente voluntario, incluida la plaza que había dejado el trabajador al acceder a la situación excedencia voluntaria. En caso contrario, en tanto en cuanto no se hubiese acreditado de manera adecuada la inexistencia de vacantes, cuando éste fuera el

⁴⁹⁶ En consonancia con lo establecido por la STS de fecha 17 de noviembre de 1983 (RJ 1983/5608), según la cual aunque la obligación que la ley impone al empresario, en base a lo dispuesto en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, de atribuir al trabajador, una vez nacido el derecho por la correspondiente solicitud, la primera plaza que se produzca es independiente y compatible con la posibilidad de amortización previa a su nacimiento, se revela la misma condicionada a que aquélla se realice de acuerdo con las prescripciones legales correspondientes, *“pues otra solución haría ilusorio el derecho de quien pide el reingreso y transformaría la situación de excedencia voluntaria en cese definitivo privando al trabajador de los beneficios que tal institución comporta en el espíritu y letra de la ley”*. En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de fecha 22 de diciembre de 2000 (AS 2001/396) y STSJ de Galicia de fecha 3 de abril de 1996 (AS 1996/1953).

⁴⁹⁷ STSJ de la Comunidad de Madrid de 26 de enero de 2000 (AS 2000/1295).

único motivo alegado para no readmitir al trabajador, la empresa vendría obligada a reincorporarle de nuevo en su organigrama funcional.

En este tipo de casos, es la propia empresa la que resulta obligada a acreditar que, efectivamente, la respuesta que ha ofrecido al empleado, denegando su reincorporación por inexistencia de vacantes de igual o similar categoría profesional se encuentra plenamente fundamentada y justificada⁴⁹⁸. Y no es de extrañar que deba ser la empresa la que ostente la carga de la prueba, pues el trabajador se encuentra en una clara posición de inferioridad respecto a la información interna y confidencial que maneja el empresario. No hay que olvidar que el trabajador que solicita la reincorporación ha perdido todo tipo de relación con la empresa y, por ende, los posibles cambios o novedades internas que puedan haber tenido lugar durante el tiempo que haya permanecido en situación de excedencia voluntaria resultan absolutamente extrañas para el empleado. En este punto, los Tribunales intentan evitar o minimizar, en la medida de lo posible, posibles actitudes dolosas o fraudulentas que pueda llevar a cabo el empresario abusando del nivel de ignorancia que pueda tener el trabajador acerca de la estructura jerárquica - funcional existente en la empresa⁴⁹⁹.

⁴⁹⁸ Tal y como se han venido pronunciando los Tribunales en los últimos años, destacando, entre otras, las SSTS de fecha 7 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9761), de 19 de junio de 1999 (RJ 1999/5787) y 18 de septiembre de 2002 (RJ 2002/10678). En la misma línea, la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 9 de febrero de 1999 (AS 1999/561), SSTSJ de Cataluña de fecha 3 de julio de 2000 (AS 2000/4013), 11 de julio de 2000 (AS 2000/4016) y 16 de enero de 2006 (AS 2006/445), STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 10 de abril de 2003 (AS 2003/3153) y STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 21 de abril de 2009 (AS 2009/1164).

⁴⁹⁹ Tal y como manifiesta, entre otras, la STS de 19 de abril de 1988, cuando afirma que la jurisprudencia viene exigiendo que sea la empresa la que acredite la no existencia de vacantes, invirtiéndose así la carga de la prueba, en aras a las dificultades que puede entrañar para el trabajador excedente el conocer la situación interna en orden a las plantillas. En la misma línea, las SSTSJ de Cataluña de fecha 16 de octubre de 2000 (JUR 2001/9934) y 22 de mayo de 2001 (AS 2001/1138) y la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 26 de enero de 2000 (AS 2000/1295).

2. Puesto de trabajo.

Una vez finalizada la situación de excedencia voluntaria, uno de los problemas más importantes surge a la hora de establecer, de manera clara y precisa, cuál de las plazas vacantes que pudieran existir en la empresa es la que mejor se adapta a las circunstancias contractuales y profesionales del trabajador. El contenido del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores no hace sino aumentar las dudas en torno a este punto. Dicho precepto únicamente dispone un derecho genérico y preferente a la reincorporación en cualquier plaza de la empresa, siempre que sea de igual o similar categoría profesional a la que tuviera el trabajador de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria⁵⁰⁰. En consecuencia, el principal objetivo consiste en delimitar el alcance de ese derecho preferente de reingreso establecido por la norma legal, y ello aplicado a todos los ámbitos y situaciones que se puedan generar.

No cabe duda de que el reingreso del empleado queda sujeto, de manera fundamental, a la existencia de una plaza vacante en el organigrama de la compañía⁵⁰¹. Si profundizamos un poco más en el caso concreto nos

⁵⁰⁰ En este sentido, cabe resaltar el ejemplo de varios convenios colectivos, los cuales establecen, de manera expresa, que el reingreso del empleado se llevará a cabo en un puesto de trabajo de igual o similar categoría profesional al que tenía en el momento de iniciar el disfrute de su excedencia voluntaria. En este sentido, cabe destacar el convenio colectivo de “*Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.*”, aprobado mediante Resolución de fecha 11 de marzo de 2008 (artículo 42) y el convenio colectivo de Estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares, aprobado mediante Resolución de fecha 29 de febrero de 2008 (artículo 9.1).

⁵⁰¹ En este aspecto, cabe destacar la opinión de RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria”, *op.cit.*, página 12, cuando manifiesta, de manera lógica, “*que la compensación a la especial ventaja que para el trabajador supone la situación de excedencia voluntaria es, precisamente, dicha dificultad para ejercitar el derecho al reingreso*”.

encontraremos con múltiples cuestiones que provocan que el asunto se convierta en algo mucho más complejo de lo que parecía a priori y, respecto a los cuales, nuestros Tribunales se han venido pronunciando a lo largo de los últimos años haciendo frente a multitud de conflictos y situaciones concretas que no hacen sino aumentar el nivel de confusión jurídica existente en torno al problema del reingreso del trabajador excedente voluntario en la empresa.

2.1. Grupo y categoría profesional similar.

En primer lugar, cabe destacar la modificación que ha sufrido el sistema de clasificación profesional implantado hasta la fecha en nuestro ordenamiento jurídico, y ello como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto - ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁵⁰². Más concretamente, la principal novedad introducida por dicha

⁵⁰² En concreto, el Real Decreto 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral modifica lo dispuesto en el artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores en materia de clasificación profesional, eliminando las categorías profesionales y unificando dicho sistema de clasificación en base a grupos profesionales, en aras de simplificar la estructura interna profesional de las empresas y flexibilizando las posibilidades de movilidad interna dentro de las mismas. La nueva redacción del artículo ha quedado de la siguiente manera: “**a)** *Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales; b)* *Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador; c)* *La definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres; d)* *Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se asignará al trabajador un grupo profesional y se establecerá como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado o solamente de alguna de ellas. Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de más de un grupo, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que se desempeñen durante mayor tiempo”.*

normativa ha consistido, básicamente, en la supresión de las categorías profesionales, estableciéndose el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales, y ello en base fundamentalmente a lo establecido en el artículo 22.1 del Estatuto de los Trabajadores, el cual afirma que *“mediante la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales”*.

Así pues, desde mi punto de vista y en lo que se refiere a aspectos fundamentales de la figura jurídica de la excedencia voluntaria, la reforma laboral implantada a través del Real Decreto - ley 3/2012, de 10 de febrero no ha profundizado en detalles tan importantes como la regulación del derecho preferente de los trabajadores excedentes voluntarios en relación con el ejercicio del mismo al objeto de conseguir el reingreso en la empresa en *“la misma o similar categoría profesional”*. Evidentemente, ambos puntos se encuentran íntimamente relacionados, pues el hecho de suprimir el concepto *“categoría profesional”* del Estatuto de los Trabajadores y unificar el sistema de clasificación profesional mediante grupos profesionales supone una contradicción con la obligación empresarial de reincorporar al trabajador excedente voluntario en el supuesto de que existiere vacante en un puesto de trabajo de *“su misma o similar categoría profesional”*. En este punto, sería necesario homogeneizar ambas situaciones, haciendo un ejercicio de coordinación entre ambos preceptos, y lograr con ello la operatividad plena del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores en concordancia con lo dispuesto en el artículo 22 de dicho texto legal, ampliándose, en definitiva, las posibilidades de reingreso del empleado en la empresa y tomando

como referencia el grupo profesional en el que se encontrase encuadrado de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria.

De todas maneras, e independientemente de las deficiencias legislativas señaladas con anterioridad, cabe señalar que el hecho de que la situación de excedencia voluntaria no conlleve un derecho de reserva de puesto de trabajo, no significa que el reingreso del empleado tenga que realizarse de una manera forzosa en el mismo puesto de trabajo que tenía anteriormente⁵⁰³. Y es precisamente en este punto donde la falta de delimitación del ámbito concreto del concepto “*similar categoría profesional*” deviene en un problema interpretativo complejo y obtuso. En este aspecto, caben diferentes interpretaciones al respecto.

En primer lugar, que el puesto de trabajo que ocupaba el trabajador de manera anterior a su situación de excedencia voluntaria siga disponible y, por tanto, no hubiera ningún problema a la hora de conseguir el reingreso y, por ende, que volviera a ocupar dicho puesto de trabajo en base al grupo profesional en el que estaba encuadrado de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria, tomando como referencia el acuerdo alcanzado entre el empresario y el trabajador en el momento de iniciarse la relación laboral, en base a lo establecido en el artículo 22.4 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁰⁴, estableciendo como contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo la realización de todas las funciones correspondientes al grupo profesional asignado.

⁵⁰³ Aunque, tal y como señala de manera muy acertada GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo, op. cit.*, página 105, el empleado podría reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo siempre y cuando no hubiera sido amortizado ni cubierto durante la situación de excedencia voluntaria.

⁵⁰⁴ El artículo 22.5 del Estatuto de los Trabajadores afirma que el empresario y el trabajador establecerán y fijarán, de manera previa al inicio de la relación laboral, el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, incluyendo todo tipo de condiciones laborales, tales como la equiparación a la categoría profesional, grupo profesional o nivel retributivo previsto en el convenio colectivo de aplicación.

Por lo tanto, y en el supuesto de que existieran en la empresa vacantes de la misma categoría profesional del trabajador excedente voluntario, el reingreso de éste se debería producir de manera inmediata, excepto en los casos en que, a pesar de la existencia de diversas vacantes de la misma categoría profesional, el alto nivel de especialización que pudiera concurrir en cada una de ellas redujera las posibilidades de reingreso del trabajador excedente voluntario a una sola vacante⁵⁰⁵.

La segunda eventualidad, y una de las más habituales por otra parte, radica en el hecho de que el empleado contemple como su puesto de trabajo, durante su situación de excedencia voluntaria y siempre de manera anterior a su solicitud de reingreso, ya hubiera sido ocupado por otra persona, y no existiese otro puesto de trabajo dentro de su grupo profesional. Esta circunstancia limitaría sobremanera las opciones del empleado a la hora de conseguir el reingreso en la empresa. Y además de ello, la falta total de concreción del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores en relación la nueva regulación implantada por el Real Decreto – ley

⁵⁰⁵ Un ejemplo realmente significativo lo encontramos en el II convenio colectivo Estatal para las Escuelas de Turismo, aprobado mediante Resolución de fecha 5 de septiembre de 2002, y más concretamente, el artículo 45, el cual afirma que “*el trabajador con excedencia voluntaria conserva el derecho preferente al reingreso en el centro, en las vacantes de igual categoría que se produjeran, siempre que hubiese manifestado por escrito su deseo de reingreso, antes de caducar el período de excedencia*”, o dicho en otras palabras, limita sobremanera las opciones del trabajador excedente voluntario a la hora de conseguir su reingreso en la empresa, puesto que elimina de raíz la posibilidad del trabajador a fin de reingresar en una vacante de similar categoría profesional a la suya. En el mismo sentido, cabe destacar el convenio colectivo de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, aprobado mediante Resolución de fecha 25 de mayo de 2007, cuyo artículo 42 dispone que “*el trabajador que disfrute dicha excedencia voluntaria sólo conservará el derecho preferente al reingreso si en el Centro hubiera una vacante en su especialidad o categoría laboral.*”; y el III convenio colectivo de “*Air Nostrum, Líneas Aéreas del Mediterráneo, S.A.*” y sus trabajadores técnicos de mantenimiento, aprobado mediante Resolución de fecha 15 de febrero de 2010, cuyo artículo 4.11 establece que “*una vez solicitada la incorporación, ésta se producirá en la primera vacante de su Subgrupo, categoría y nivel*”.

3/2012, de 10 de febrero es palpable, conllevando la existencia de sobradas razones para dudar acerca de la posibilidad de admitir el reingreso en “*grupos profesionales similares*”, pues el margen de maniobra sería demasiado amplio como para tener la suficiente convicción de conocer cuáles serían los grupos profesionales que se adaptarían a las funciones desempeñadas por el trabajador y cuáles no. Los criterios y parámetros que delimitarían la inclusión en uno u otro grupo profesionales serían demasiado subjetivos como para poder tomarlos como una referencia clara y precisa, con lo que se probablemente se generarían una serie de carencias jurídicas que afectan sobremanera a la posición del empleado.

Una de las posibles soluciones la podríamos en el artículo 22.2 del Estatuto de los Trabajadores, el cual afirma que “*se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador*”. Con ello, obtendríamos unas mínimas directrices de cara a situar la posición del empleado y valorar su reingreso en un grupo profesional u otro, aunque de todas maneras considero que la definición del artículo 22.2 del Estatuto de los Trabajadores continua siendo demasiado genérica e imprecisa, y susceptible de múltiples interpretaciones traducidas en un gran número de criterios subjetivos e inconexos a fin de concluir realmente si “*las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación*” de un empleado podrían posibilitar su reingreso efectivo a la empresa. En este caso, se podría partir de la base de que no fuera imprescindible que se tratase de tareas pertenecientes al grupo profesional en el que ese encontraba encuadrado el empleado de manera anterior al inicio de su

situación de excedencia voluntaria⁵⁰⁶, de acuerdo con la clasificación profesional establecida en la normativa convencional anterior que fuera de aplicación, bastando con que fuesen tareas profesionalmente equivalentes a un grupo profesional distinto⁵⁰⁷. De esta forma, se adoptaría una medida mucho más flexible que beneficiaría a los intereses del empleado, el cual vería que, a pesar de que sus funciones no se correspondiesen de manera exacta con las que venía realizando de manera habitual en su anterior puesto de trabajo, ello no supondría impedimento alguno a fin de reingresar en un puesto de trabajo de un grupo profesional similar.

O dicho en otras palabras, el reingreso del empleado se llevaría a cabo de una manera mucho más fluida y directa, sin necesidad de relacionar de manera las funciones, tareas, cometidos y prestaciones llevados a cabo por el empleado al grupo profesional en el que se encontraba subsumido anteriormente⁵⁰⁸. Sin embargo es probable que la cuestión haya de ser resuelta en base a criterios no jurídicos, sino técnico – funcionales.

⁵⁰⁶ En el mismo sentido, PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia Laboral y Funcionarial*, *op. cit.*, página 329, cuando afirma que la norma legal, a la hora de referirse a un puesto de trabajo de igual o similar categoría profesional, lo que en realidad está queriendo decir es que las funciones implícitas en el puesto de trabajo originario del trabajador excedente voluntario no tienen por qué corresponderse, de una manera idéntica, con las que pudiera caracterizar a su nuevo puesto de trabajo.

⁵⁰⁷ CRUZ VILLALÓN, J.: “La doctrina Jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria”, *op.cit.*, páginas 117 y 118.

⁵⁰⁸ En la misma línea se expresa la STSJ de Extremadura de fecha 23 de mayo de 1994 (AS 1994/1947), cuando entiende que uno de los primeros requisitos para que se produzca esa similitud de plazas de distintas categorías, es necesaria la pertenencia de ambas a un mismo grupo profesional. En el mismo sentido, SSTSJ de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de fecha 4 de diciembre de 1997 (AS 1997/4305) y de 16 de mayo de 2001 (JUR 2001/199167); STSJ de la Región de Murcia de fecha 8 de marzo de 2004 (JUR 2004/134052), STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 17 de julio de 2007 (JUR 2007/347502) y STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 21 de abril de 2009 (AS 2009/1164).

Por el contrario, y en el caso de que estemos hablando de una empresa cuya estructura organizativa – funcional carezca de un sistema basado en grupos profesionales, deberíamos acudir a lo dispuesto en el artículo 22.3 del Estatuto de los Trabajadores, en el sentido de afirmar que un trabajador adscrito a un determinado grupo profesional determinado pueda ser encuadrado dentro de otro en tanto en cuanto cumpla con dos tipos de requisitos.

El primero, de carácter formal, traducido en la tenencia del título académico habilitante a fin de poder ser enmarcado en el nuevo grupo profesional de carácter similar; y el segundo, de carácter material – funcional, traducido en la capacidad del empleado de poder desempeñar las funciones, tareas o cometidos laborales inherentes al nuevo puesto de trabajo asignado, evaluando sus aptitudes profesionales y el contenido general de la prestación.

Por tanto, y en mi opinión, sería importante tener en cuenta que resulta totalmente indiferente el hecho de que la plaza que ostentaba el trabajador anteriormente al inicio de su situación de excedencia voluntaria y el puesto de trabajo vacante existente en la empresa una vez solicitado el correspondiente reingreso pertenezcan a grupos profesionales distintos, pues lo verdaderamente esencial es que, a pesar de la inexistencia de un sistema de grupos profesionales, el trabajador cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 22.2 del Estatuto de los Trabajadores para que sus aptitudes profesionales y capacidades funcionales puedan acoplarse de una manera adecuada y coherente a la realidad práctica que puedan exigir las tareas implícitas en el contenido del nuevo puesto de trabajo fijado.

En este sentido, es esencial destacar el hecho de que no es necesario que el trabajador, en el momento que presente la demanda de reingreso, especifique en la

misma su deseo de acceder, en primer lugar, a una vacante de su mismo grupo profesional y, en segundo lugar, a una vacante de similar grupo profesional, y ello por razón de que aun cuando no se hubiera solicitado de forma expresa en el suplico de la demanda el reingreso en un grupo profesional similar al encuadrado anteriormente, ello resultaría claramente de la petición hecha, referida a la vacante del mismo grupo profesional, con carácter principal, y a la de grupo profesional similar con carácter subsidiario, por imperativo legal y por el principio jurisprudencial de que quien pide lo más pide también lo menos; siendo por otra parte indudable que el Estatuto de los Trabajadores, con la nueva regulación implantada por el real Decreto – ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, elimina el concepto de categoría profesional, potenciando en cambio la adscripción al mismo grupo profesional.

Por otra parte, cabe resaltar que si el reingreso se produjera en un grupo profesional similar, ello implicaría el acceso a una situación jurídica contractual diferente a la que tenía el trabajador en su antiguo y concreto puesto de trabajo, de manera que se aplicarían las condiciones propias del puesto de trabajo del grupo profesional similar y no las que tenía antes de comenzar la excedencia voluntaria. No hay que olvidar que el hecho de pretender que el trabajador excedente voluntario tenga derecho estricto a la reanudación de la normativa de la relación laboral e idéntica situación a la que tenía de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria es una idea del todo equívoca, si atendemos a la esencia jurídica que desprende el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, el cual concede exclusivamente un derecho de carácter genérico e inconcreto al empleado.

Así pues, se entiende que los complementos salariales o demás condiciones particulares que pudiera haber tenido el empleado en su antiguo puesto de trabajo

simplemente desaparecen y la relación contractual originada a partir de su reingreso en la empresa parte de una base nueva⁵⁰⁹. Lo mismo sucedería en el caso de que el trabajador excedente voluntario tuviera un horario asignado en su puesto de trabajo originario y a la hora de reincorporarse, la empresa le asignara un puesto de trabajo subsumido en un grupo profesional similar, pero en el que aplicase un horario de trabajo diferente⁵¹⁰, (como por ejemplo sucedería en empresas cuya estructura funcional se base en un sistema de trabajo a turnos). En este tipo de casos sería necesario tener en cuenta que la empresa únicamente tendría la obligación de conceder ocupación efectiva en su plaza en la fecha solicitada, pero no forzosamente con el mismo horario de trabajo desempeñado antes de pasar voluntariamente a disfrutar de la situación de excedencia voluntaria. En el caso de que la empresa adjudicase el servicio de noche al empleado y éste, de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria, hubiera estado prestando servicio de carácter diurno, debería respetarse esa práctica colectiva y más aún valorando la posibilidad de que el posible cambio perjudicaría sin causa a otro trabajador y obligaría a la empresa a reajustes de personal, siempre delicados y de difícil control⁵¹¹.

Más concretamente, y con el objetivo de conocer, de manera detallada, cuáles son los principios básicos respecto al régimen jurídico de diferentes complementos salariales en reincorporaciones de trabajadores derivadas de situaciones de excedencias voluntarias, cabe destacar tres reglas nucleares: (i) las partes implicadas en cada supuesto concreto se encuentran perfectamente

⁵⁰⁹ Coincidiendo con la línea doctrinal expuesta por las SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 8 de enero de 1996 (AS 1996/87) y 23 de diciembre de 1999 (AS 1999/7244).

⁵¹⁰ En la misma línea se posiciona MEGINO FERNÁNDEZ, D.: “Reingreso tras excedencia voluntaria y traslado del trabajador”, *op. cit.*, página 3.

⁵¹¹ STSJ de Andalucía (Málaga) de fecha 26 de marzo de 1994 (AS 1994/1112).

legitimadas para determinar la estructura del salario mediante la negociación colectiva o el contrato individual, pudiendo pactar, libre y autónomamente, el carácter consolidable o no de los complementos salariales sin excepción alguna; **(ii)** salvo pacto en contrario, es decir, salvo que expresamente se haya pactado entre las partes que son consolidables, no tienen tal carácter los complementos salariales que estén vinculados al puesto de trabajo y, **(iii)**, los complementos salariales que pudieran ser objeto de reclamación por parte del trabajador dirigidos a retribuir a quien por decisión de la empresa efectuase una serie de tareas determinadas con independencia del grupo profesional al que estuviera adscrito anteriormente; es decir, cuando se perteneciera al grupo profesional que permitiese ser designado para desarrollar tales tareas, no procedería, cuando después del reingreso de la excedencia no se realizasen dichas funciones equivalente e integradas dentro de dicho grupo profesional⁵¹².

En sentido contrario, se encuentra la posición defendida por RUANO ALBERTOS⁵¹³, que considera a la situación de excedencia voluntaria como una causa de suspensión más del contrato de trabajo, afirmando de manera taxativa que, una vez producido el reingreso del trabajador excedente voluntario, ya fuera en una categoría profesional igual o similar, el empresario debería respetar todas

⁵¹² En este sentido, la STSJ de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de fecha 29 de enero de 1999 (AS 1999/541). De la misma opinión, PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia Laboral y Funcionarial*, op. cit., página 334, cuando afirma que “*el trabajador que reingresara en un puesto de trabajo distinto anteriormente al inicio de su situación de excedencia voluntaria perdería los posibles complementos de puesto de trabajo que pudiera tener anteriormente*”, ya que considera que dichos complementos o mejoras salariales son inherentes al puesto de trabajo ocupado por el trabajador. Así pues, si la reincorporación del empleado se llevara a cabo en un puesto de trabajo distinto, carecería del derecho a mantener cualesquiera complementos salariales respecto los cuales hubiera podido ser beneficiario en el pasado.

⁵¹³ RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 71.

las obligaciones implícitas en el contrato de trabajo y, por tanto, que la reanudación de la relación laboral entre empleador y empleado debería constituirse sin efecto novatorio alguno, manteniéndose todas las condiciones, características y modalidades propias de la prestación anterior que fueran compatibles con la nueva. Dicha teoría seguiría siendo válida en tanto en cuanto la adaptásemos al nuevo régimen jurídico instaurado por el Real Decreto – ley 3/2012, de 10 de febrero, teniendo en cuenta que las categorías profesionales han desaparecido del nuestro sistema de clasificación profesional

Desde mi punto de vista, la postura adoptada por el autor se podría llegar a considerar contradictoria y limitada, pues, por una parte, la situación de excedencia voluntaria es una suspensión específica “*tertium genus*” del contrato de trabajo y, por tanto, la institución jurídica de la excedencia voluntaria posee un régimen jurídico singular e independiente de cualquier otra causa de suspensión de las contempladas en el artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores; por otra parte, el argumento mantenido por el autor está construido sobre una base genérica y desdibujada, pues es conveniente recordar que cabe la posibilidad de que las circunstancias laborales, salariales y contractuales inherentes al puesto de trabajo originario que tenía el trabajador de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria hayan cambiado de manera radical en el momento de solicitud de reingreso en la empresa. En este tipo de casos, habría que atender, en primer lugar, a los posibles pactos o acuerdos individuales realizados por las partes en el momento de solicitar la excedencia voluntaria – en relación, por ejemplo, a la conservación de determinados derechos adquiridos por el trabajador, tales como complementos salariales, condiciones contractuales, etc. –, y, en segundo lugar, habría que estar a lo dispuesto en el Convenio Colectivo de aplicación en materia de derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas respecto a situaciones de excedencias y suspensiones contractuales.

Por otra parte, cabe destacar el tratamiento que debiera de darse a supuestos particulares de reingresos de trabajadores excedentes voluntarios que tuvieran adheridos a sus contratos de trabajo y, por ende, a sus puestos de trabajo, condiciones más beneficiosas. En este sentido, cabe señalar que es evidente que la condición más beneficiosa de que gozaba el trabajador anteriormente al inicio de su situación de excedencia voluntaria no desaparecería por el mero hecho de haber tenido en suspenso su relación laboral, sino que una vez reiniciada ésta volvería a tener vigencia dicha institución. En este aspecto, resulta conveniente hacer referencia a lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 21 de diciembre de 2004⁵¹⁴. La base sobre la cual se sostiene la fundamentación jurídica de dicha Resolución consiste en afirmar el origen colectivo de las condiciones beneficiosas de los trabajadores excedentes voluntarios, de tal manera que, en el caso de que las condiciones particulares más beneficiosas que pudiesen tener dichos trabajadores provinieran del convenio colectivo que aplicaba en la empresa al tiempo de solicitar la excedencia voluntaria, la empresa vendría obligada a mantener tales condiciones más beneficiosas, no pudiendo apartarlas de la esfera jurídica contractual del trabajador.

Otro caso particular gira en torno a la posibilidades que maneja la empresa de cara a reincorporar al trabajador excedente voluntario a un puesto de trabajo que tuviese peores condiciones laborales en relación al puesto de trabajo originario que ocupaba anteriormente. Independientemente de lo que pudiera disponer la normativa colectiva en tal sentido, considero que, desde el punto de vista del empleado, la postura idónea, consistiría en aceptar la vacante ofrecida por la

⁵¹⁴ STSJ de Cataluña de fecha 21 de diciembre de 2004 (AS 2005/239). En el mismo sentido, la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de fecha 2 de noviembre de 2005 (AS 2006/752).

empresa y, una vez producida la reincorporación, alegar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter funcional, en base a lo establecido en el artículo 41.1 f) del Estatuto de los Trabajadores en concordancia con lo dispuesto en el artículo 39.5 del mismo cuerpo legal, centrando el objeto de la demanda en torno a una supuesta movilidad funcional para la realización de funciones no correspondientes al grupo profesional o a categorías equivalentes, incluyéndose también la asignación al trabajador de funciones inferiores como consecuencia de la decisión empresarial adoptada en su momento.

Desde mi punto de vista, el trabajador que decidiera escoger este procedimiento obtendría dos ventajas inmediatas: la primera, conseguir que su solicitud de reingreso a la empresa concluyera de manera satisfactoria a sus intereses profesionales; y, la segunda, una mayor seguridad jurídica a la hora de acreditar, de manera real y palpable, la existencia de una evidente modificación sustancial de las condiciones de trabajo, teniendo en cuenta que en el momento de presentación de la pertinente demanda el trabajador ya se encontraría insertado de nuevo en el esquema orgánico – funcional de la empresa y tendría un mayor margen de maniobra a la hora de reunir las pruebas necesarias para certificar la subsistencia del perjuicio causado por la decisión empresarial⁵¹⁵.

Siguiendo la línea de lo anteriormente mencionado, no hay que olvidar aquellos casos en los que la empresa ofrece al trabajador excedente voluntario la

⁵¹⁵ Según lo establecido en la STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 20 de julio de 1993 (AS 1993/3651), la empresa que ofrezca al trabajador excedente voluntario peores condiciones laborales con respecto a las que tenía anteriormente, no puede obligar al empleado a firmar un documento mediante el cual manifieste su plena conformidad en relación a las nuevas condiciones laborales impuestas “*ex novo*” por la empresa. Dicha actitud es calificada por el Tribunal como fraudulenta a la vez que dolosa y contraria a los principios de buena fe contractual que deben regir entre las partes.

oportunidad de reincorporarse de nuevo en la plantilla de la empresa pero en un puesto de trabajo de inferior grupo profesional al que tenía el trabajador anteriormente al inicio de su situación de excedencia voluntaria.

Dicha posibilidad sería aceptable en tanto en cuanto la empresa pudiera acreditar de manera fehaciente la no existencia de vacantes de igual o similar grupo profesional. Entiendo que, únicamente sobre la base de este supuesto, la aplicabilidad de dicha medida sería correcta. En caso contrario, el trabajador podría encontrarse en posición de interponer las acciones legales pertinentes.

No obstante, y a través de lo establecido en el artículo 46.6 del Estatuto de los Trabajadores, cabe la opción de que sean las propias disposiciones convencionales las que regulen las diferentes alternativas jurídicas que pudiera manejar la empresa a efectos de que el reingreso del trabajador excedente voluntario se pudiera producir en una vacante de inferior grupo profesional. Y estoy hablando de supuestos concretos en los que la ocupación, por parte del trabajador reincorporado respecto de la plaza vacante de inferior grupo profesional, estuviera plenamente condicionada a la existencia futura de un puesto de trabajo vacante que se ajustara al grupo profesional en el que se encontraba encuadrado anteriormente el empleado. Por tanto, y en el momento que se produjera dicho ajuste funcional, la situación laboral del trabajador volvería a la normalidad y el efecto fundamental que implica toda situación de excedencia voluntaria, esto es, el derecho de reingreso en una plaza vacante de igual o similar grupo profesional, se daría por satisfecho y, consecuentemente, estaríamos

hablando de una situación convenientemente ajustada al régimen jurídico de dicho derecho⁵¹⁶.

En este tipo de situaciones, y teniendo en cuenta el escaso tratamiento legislativo que ha recibido el régimen jurídico de la excedencia voluntaria, la forma mediante la cual la negociación colectiva estructure el derecho de reingreso del trabajador excedente voluntario se convierte en un elemento esencial a fin de valorar, de una manera objetiva y razonable, las diferentes posibilidades que maneja el empleado al objeto de que su reingreso en la empresa se produzca en las mejores condiciones posibles.

2.2. Reingreso de trabajadores y clasificación profesional.

En primer lugar, cabe destacar los casos en los que es el propio trabajador el que decide, de manera voluntaria, reincorporarse en la empresa a pesar de que dicho reingreso se lleve a cabo en una categoría profesional inferior a la que tenía anteriormente⁵¹⁷. En este tipo de casos, reconozco una innegable viabilidad a tal

⁵¹⁶ En este sentido se manifiesta GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 107. El autor afirma que en el supuesto de que el reingreso del trabajador excedente voluntario se llevara a cabo, de manera definitiva, en un puesto de trabajo de inferior categoría, podríamos incluso estar hablando de una renuncia de derechos por parte del trabajador, situación expresamente prohibida por el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores. PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia Laboral y Funcionarial*, op. cit., página 329 y RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 67.

⁵¹⁷ En este sentido, cabe destacar el convenio colectivo del IMSERSO, aprobado mediante Resolución de fecha 6 de noviembre de 1998, (artículo 38); convenio colectivo de “Paradores de Turismo de España, S. A.”, aprobado mediante Resolución de fecha 14 de noviembre de 2008 (artículo 50); convenio colectivo estatal de artes gráficas, manipulados de papel, manipulados de cartón, editoriales e industrias auxiliares, aprobado mediante Resolución de fecha 29 de febrero de 2008, cuyo artículo 9.1.1 establece, de manera expresa, que “si la nueva contratación no correspondiera al grupo y nivel propio, sino al inferior, el

tipo de situaciones partiendo de la base de que es el propio empleado quien aprueba, de manera expresa y directa, las condiciones que van a regir su reincorporación en la empresa⁵¹⁸.

No obstante lo anterior, y con el objetivo de concretar con mayor detalle las diferentes peculiaridades que puede acarrear dicha situación, cabe resaltar que, en el supuesto de que el trabajador excedente voluntario rechazase el ofrecimiento empresarial de reincorporación en una vacante de inferior categoría profesional y no se presentase en la fecha y hora indicadas en el escrito de contestación empresarial, dicha negativa no equivaldría a un abandono voluntario del puesto de trabajo o dimisión por parte del trabajador, siempre y cuando el empleado hubiera dado muestras inequívocas de sus intenciones, pues para que se pueda considerar como abandono se exige que la dimisión del trabajador establecida como causa de extinción del contrato de trabajo en el artículo 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, se convierta en una voluntad incontestable en dicho sentido, la cual puede manifestarse al exterior, para que la conozca el empresario de manera expresa, o de manera tácita.

excedente podrá optar entre ocupar esta plaza, con el salario a ella asignado, o no reingresar y conservar su derecho preferente al reingreso en puesto de su grupo y nivel profesional”; el convenio colectivo de “Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.”, aprobado mediante Resolución de fecha 11 de marzo de 2008, (artículo 42); el artículo 31 del convenio colectivo estatal para la fabricación de helados, aprobado mediante Resolución de fecha 17 de abril de 2008, reconoce la posibilidad de que, en el caso que no exista vacante de igual o similar categoría profesional en el momento de la solicitud de reingreso, la reincorporación del empleado se produzca en un puesto de trabajo distinto, con la remuneración y categoría que le correspondiera en tal caso.

⁵¹⁸ En esta misma línea se expresa PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia Laboral y Funcionarial, op. cit.*, páginas 329 y 330.

De ahí que dicho abandono materializado en una inasistencia más o menos prolongada del trabajador al centro o lugar de trabajo no sea algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión sino que, es preciso que tales ausencias puedan llegar a equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante, que el trabajador desea extinguir el contrato⁵¹⁹, cosa que no sucedería cuando el trabajador actuara y comunicase al empresario, de manera expresa y contundente, su posicionamiento frente a la decisión tomada por la empresa relativa a las condiciones en base a las cuales se llevaría a cabo su reincorporación.

En este caso, y entendiendo que el empresario hubiera hecho caso omiso a la comunicación formulada por el empleado y hubiera considerado su no presentación en el puesto de trabajo, en la fecha y hora indicadas, como causa de despido disciplinario por dimisión o abandono voluntario del puesto de trabajo, el empleado, a la hora de interponer la correspondiente acción de despido, podría acreditar el hecho de que en todo momento ha habido una voluntad incontestable por su parte a la hora de reincorporarse a la empresa aunque sin aceptar que dicho reingreso se produjera en una categoría profesional inferior a la que tenía anteriormente. Y ello, en mi opinión, sería una prueba más que suficiente a efectos de garantizar el respeto y cumplimiento del principio de buena contractual por parte del empleado, no pudiendo decir lo mismo por la parte empresarial⁵²⁰.

⁵¹⁹ SSTSJ de Cataluña de fecha 18 de octubre de 2002 (AS 2002/3519), 26 de mayo de 2005 (AS 2005/1759) y 16 de mayo de 2006 (AS 2006/2931). En este sentido se pronuncia la STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 24 de octubre de 2002 (AS 2003/521).

⁵²⁰ De la misma opinión, ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 363. En el supuesto de que el trabajador comunicara por escrito al empresario su decisión de rechazar la plaza vacante de inferior categoría profesional ofertada por la empresa, se produciría una

Sin embargo, cabe resaltar que, en el supuesto de que la empresa ofreciera al trabajador un puesto de trabajo vacante de la misma o similar categoría profesional a la que tenía anteriormente al inicio de su situación de excedencia voluntaria y aquél la rechazase, ya fuera mediante comunicación escrita o verbal, la postura del empleado se podría llegar a interpretar como un decaimiento de su derecho y, por ende, ello acarrearía la pérdida definitiva de su derecho preferente de reingreso, ya que en este caso concreto, el contexto jurídico planteado sería completamente diferente, pues la empresa sí que habría cumplido con su obligación en el sentido de ofrecer un puesto de trabajo de igual o similar categoría profesional. Cabe recordar que la preferencia acaba cuando el trabajador renuncia o no acepta a ocupar la plaza ofertada por el empresario⁵²¹, cuando ésta sea de la misma o similar categoría profesional a la que tenía de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria.

En este tipo de situaciones, cabe la posibilidad de que la empresa imponga al trabajador un plazo límite determinado a efectos de saber si finalmente acepta la vacante ofrecida o se mantiene en situación expectante a la espera de que se produzca alguna de su misma categoría profesional⁵²²; o bien, que el Convenio

situación de prórroga de carácter tácito, situación de prórroga que se extendería hasta el momento en que hubiera una plaza vacante de la misma o similar categoría profesional del trabajador excedente voluntario.

⁵²¹ Tomamos como referencia la opinión suscrita por PÉREZ ALONSO, M.A., “La excedencia laboral. Aspectos laborales y de Seguridad Social. A propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres”, *op. cit.*

⁵²² VII convenio colectivo para el Personal Laboral de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado mediante Resolución de fecha 18 de julio de 2006, cuyo artículo 41 establece que “una vez solicitado el reingreso, en el plazo de quince días se notificarán las vacantes existentes de la categoría profesional del solicitante, quien optará por el reingreso a una de ellas”.

Colectivo limite el reingreso a una categoría profesional inferior pero siempre dentro del mismo grupo profesional al que se encontraba adherido el empleado⁵²³.

En segundo lugar, es necesario centrarse en aquellos supuestos en los que la empresa ofrece al trabajador un puesto de trabajo de categoría profesional inferior pero de carácter temporal, condicionado lógicamente a la creación de una vacante de su misma o similar categoría profesional⁵²⁴. En este tipo de casos⁵²⁵, el trabajador únicamente permanece en situación de espera, en cualquier de las anteriores condiciones laborales que tuviera hasta que se genere una plaza vacante equivalente o similar a su categoría profesional.

En cualquier caso, cabe decir que si en el momento de solicitud de reingreso por parte del trabajador excedente voluntario no hubiera en el

⁵²³ El artículo 42 del XI convenio colectivo de “Yell Publicidad, S.A.”, aprobado mediante Resolución de fecha 1 de octubre de 2007 dispone que *“en caso de no existir vacante en las condiciones expuestas en el apartado anterior, tendrá derecho opcional a ocupar vacante similar en distinta plaza o a ocupar vacante en puesto de inferior categoría, dentro del grupo de clasificación profesional al que pertenezca, en la misma o distinta plaza”*.

⁵²⁴ Convenio colectivo estatal para la fabricación de helados, aprobado mediante Resolución de fecha 17 de abril de 2008, (artículo 31); VIII convenio colectivo para los trabajadores de la Federación de Castilla y León de Fútbol, aprobado mediante Resolución de fecha 18 de mayo de 2009 (artículo 13); convenio colectivo estatal para el sector de agencias de viajes, aprobado mediante Resolución de fecha 23 de septiembre de 2009, cuyo artículo 21.1 dispone que *“el trabajador que solicite su reingreso dentro del límite fijado tendrá derecho a ocupar la primera vacante que se produzca en su categoría. Si la vacante producida fuera de categoría inferior a la suya podrá optar entre ocuparla con el salario a ella asignado o esperar a que se produzca una vacante de las de su categoría”*; convenio colectivo de “Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.”, aprobado mediante Resolución de fecha 11 de marzo de 2008 (artículo 42) y el convenio colectivo de “Remolcadores Nosa Terra, S. A.”, aprobado mediante Resolución de fecha 31 de mayo de 2006 (artículo 14).

⁵²⁵ En este sentido, cabe destacar la STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 19 de diciembre de 2003 (AS 2005/312) y STSJ de Cataluña de fecha 16 de enero de 2006 (AS 2006/445).

organigrama de la empresa un puesto de trabajo de su misma categoría profesional pero, no obstante, sí de una similar, su reincorporación se produciría en ésta última, y ello con independencia de que en un futuro se produjera efectivamente una vacante de su misma categoría profesional. En este sentido, cabe decir que el derecho de reingreso tiene carácter inmediato con respecto a la primera plaza vacante que se pudiera producir, sea de igual o de similar categoría profesional. El ejercicio que realiza el empleado de su derecho preferente de reingreso y, en consecuencia, el acceso al puesto de trabajo en cuestión, expira en ese preciso momento, no quedando condicionado por la producción futura de una posible vacante cuya categoría profesional pudiera corresponder, de manera exacta, con respecto a la que ostentaba el puesto de trabajo que ocupaba el trabajador con anterioridad al inicio de su situación de excedencia voluntaria⁵²⁶.

Igualmente, cabe destacar la existencia de determinados convenios colectivos que, en defecto de plaza vacante de igual o similar categoría profesional, ofrecen al empleado la posibilidad de reingresar en la empresa, ya sea en una categoría profesional inferior o, incluso, superior⁵²⁷.

⁵²⁶ VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., páginas 117 y 118.

⁵²⁷ Tal es el caso del convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón, aprobado mediante Resolución de fecha 14 de enero de 2008, cuyo artículo 8.1 establece que, en caso de situación de excedencia voluntaria, la sustitución (y, por ende, el acceso a un puesto de trabajo de categoría profesional superior, comprenderá todo el tiempo que duren las circunstancias que la hayan motivado. En opinión de ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 363, este tipo de situaciones son posibles en tanto en cuanto la reincorporación del trabajador excedente voluntario no colisionara con el derecho de ascenso de otros trabajadores y se adecuara al perfil requerido para el puesto de trabajo al que optara el empleado.

Este planteamiento de reingreso sería viable siempre y cuando fuera el propio convenio colectivo de aplicación el mecanismo convencional a través del cual se permitieran este tipo de reincorporaciones. En caso contrario, esto es, en defecto de norma convencional que lo contemplase, el trabajador no ostenta derecho alguno a obtener el reconocimiento empresarial a la hora de reincorporarse en una plaza vacante de superior categoría profesional, y ello incluso a pesar de que el trabajador cumpliera con los requisitos de titulación profesional o funcionalidad inherente a las tareas o cometidos laborales del puesto de trabajo objeto de conflicto⁵²⁸. Por tanto, y a pesar de que se trata de una cuestión que trataré más adelante con mayor profundidad, el empresario estaría perfectamente capacitado para proceder a la amortización de plazas vacantes de superior categoría profesional respecto a la ostentada por el trabajador excedente voluntario, y ello a pesar de que dicha amortización se llevara a cabo de una manera posterior a la solicitud de reingreso realizada por el trabajador excedente voluntario⁵²⁹.

2.3. El problema del contrato de interinidad por sustitución.

En relación a este tipo de modalidad contractual de carácter temporal, cabe decir que nos encontramos ante un mecanismo contractual que permite que el empresario contrate temporalmente para cubrir la ausencia temporal de un trabajador que tiene derecho a la reserva de puesto de trabajo. En este aspecto, tanto el artículo 15.1 c) del Estatuto de los Trabajadores como el artículo 4.1 del RD 2720/1998, hacen referencia expresamente a que estamos ante un contrato en

⁵²⁸ Esta es la línea doctrinal mantenida por GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 109.

⁵²⁹ En este sentido se pronuncian las SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 31 de mayo de 1993 (AS 1993/2642) y 2 de mayo de 1995 (AS 1995/1257).

el que se sustituye al trabajador “*con derecho a la reserva del puesto de trabajo*”. Dicha circunstancia es la que precisamente justifica la temporalidad de la interinidad, pues si no existiera el derecho a reincorporarse del trabajador no habría necesidad temporal que cubrir.

No obstante lo anterior, y al objeto de realizar una serie de precisiones al respecto de lo mencionado “*ab initio*”, hay que tener en cuenta que no sólo los supuestos legalmente reconocidos como causas de suspensión generan el derecho a la reincorporación al puesto de trabajo y, en su caso, habilitarán al empresario a contratar temporalmente trabajadores interinos. Así pues, el artículo 4.1 RD 2720/1998 señala que se podrá utilizar esta modalidad en los diferentes casos en los que existe derecho a la reserva del puesto de trabajo, “*en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual*”⁵³⁰.

Cabe reseñar el hecho de que el trabajador de una empresa pueda ejercitar su derecho de excedencia voluntaria en el momento que considere oportuno y prácticamente sin ofrecer justificación alguna, implica una serie de consecuencias legales que afectan, en mayor o menor medida, al funcionamiento directo de aquélla (siempre dependiendo de una serie de circunstancias significativas en tal sentido, como, por ejemplo, el tamaño, volumen de plantilla, estructura jerárquica, organigrama funcional, etc.).

En este sentido, una de las consecuencias legales más importantes está directamente relacionada con la plaza vacante que se origina como resultado de la baja del trabajador en la empresa. Así pues, en ocasiones el empresario se

⁵³⁰ Por ello, atendiendo a la opinión suscrita por OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Los contratos de trabajo temporales*, Iustel, Madrid, 2006, sería posible pactar causas de suspensión las cuales generasen derecho a la reserva del puesto tanto a través de la autonomía individual como colectiva.

encuentra en la tesitura de cómo reorganizar sus recursos humanos de la mejor y más efectiva manera posible, centrando gran parte de sus esfuerzos en tratar de minimizar los posibles perjuicios, tanto funcionales como de naturaleza económica, que la baja del trabajador puede llegar a ocasionar a su empresa, y lograr así que la salida del trabajador excedente voluntario perjudique lo menos posible a sus propios intereses empresariales.

Tal vez esa sea la razón principal por la cual el empresario, a la hora de proceder a reestructurar su organigrama empresarial de una manera sencilla, rápida y económica, busque acomodo en diversas modalidades contractuales de muy dudosa aplicabilidad legal. Y más aún si tenemos en cuenta la reducción de la duración mínima de la excedencia voluntaria, propugnada por la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, pasando de dos años a únicamente cuatro meses. Una vez llegados a este punto, considero conveniente hacer referencia al contrato de interinidad por sustitución.

Sucede en la práctica que multitud de empresarios, a la hora de recomponer el esquema funcional de su plantilla, recurren al contrato de interinidad por sustitución, a fin de evitar tener que contratar a otro trabajador de manera indefinida, con la evidente reducción de costes que ello podría suponer para su economía. Y me estoy refiriendo, fundamentalmente a aquellos casos de solicitudes de excedencias voluntarias de escaso período temporal. En este tipo de supuestos, la cuestión objeto de estudio se centra más en conocer cuáles son los derechos y en que situación queda la situación del trabajador que pasa a formar parte de la plantilla de la empresa en calidad de sustituto del trabajador excedente voluntario y, por ende, procede a ocupar el puesto de trabajo que ocupaba dicho trabajador sustituido.

Así pues, la cuestión litigiosa consistiría, de manera esencial, en determinar si podría ser posible llevar a cabo una contratación laboral en calidad de interino, para sustituir a otro trabajador en situación de excedencia voluntaria, sin derecho a reserva de su puesto de trabajo.

El artículo 15.1 c) del Estatuto de los Trabajadores permite el uso del contrato de interinidad por sustitución cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, especificando nombre del sustituido y causa, y ello en base a lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 2720/98, de 18 de diciembre, que desarrolla lo dispuesto en aquel precepto del Estatuto de los Trabajadores, el cual dispone que “*el contrato de interinidad es el celebrado para sustituir a un trabajador con derecho a la reserva del puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual*”. Así pues, el contrato de trabajo del que hablamos se destina a cubrir temporalmente la vacante dejada por un trabajador con derecho a reserva de plaza, situación ésta que, en puridad, viene configurada sobre la figura jurídica de la excedencia forzosa del artículo 46.1 Estatuto de los Trabajadores o bien sobre la situación de excedencia por cuidado de hijos⁵³¹.

Por tanto, y a tenor de lo anteriormente mencionado, es evidente que falta uno de los elementos básicos para la existencia y efectividad del contrato de

⁵³¹ Según la doctrina sostenida por OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Los contratos de trabajo temporales, op.cit.*, y dado la configuración ciertamente híbrida de la figura jurídica de la excedencia por cuidado de hijos, parecen diferenciarse entre dos períodos distintos: el primer año, en el que hay derecho a la reserva del puesto de trabajo, mientras que en el resto del período tendría derecho a la reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, recogiendo una serie de opiniones doctrinales favorables a entender que la interinidad es posible a lo largo de todo el período de excedencia, reflejadas en las teorías expuestas por CAMPS RUIZ, L. M., *La contratación laboral temporal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, página 101.

interinidad por sustitución, cual es la efectiva y real existencia de un puesto vacante que deba ser reservado al trabajador sustituido, de modo que el contrato de trabajo suscrito no puede propiciar causa legítima para suscribir un contrato temporal de interinidad, de manera que en el cese del trabajador interino, alegando como causa del mismo la temporalidad contractual y la consecuente amortización de la plaza, equivaldría, de manera inevitable, a un despido disciplinario de carácter improcedente con los efectos propios emanados de los artículos 55.4 y 56 del Estatuto de los Trabajadores⁵³², puesto que la causa que posibilitaría la utilización del contrato de trabajo de interinidad por sustitución estaría viciada y, por tanto, el vínculo contractual se habría llevado a cabo de manera fraudulenta y contraria a la naturaleza teleológica propia de la norma legal.

En mi opinión, y a pesar de las conclusiones anteriores, no hay que olvidar que el artículo 46.6 del Estatuto de los Trabajadores confiere un amplio margen de maniobra al régimen jurídico de la excedencia voluntaria, flexibilizándolo y consiguiendo que, a través de la negociación colectiva, su esfera jurídica sea más amplia en comparación con lo establecido por la norma legal. Así pues, cabe mencionar que las disposiciones convencionales son capaces de configurar y desarrollar la base jurídica de la excedencia voluntaria en beneficio del empleado y por ejemplo, conceder a éste un derecho de reserva de puesto de trabajo en lugar de un mero derecho preferente al reingreso, mejorando lo dispuesto en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores.

En este tipo de casos tan singulares, podríamos llegar a reconsiderar la utilización de un contrato de interinidad por sustitución, puesto que, en definitiva, la empresa se estaría ajustando perfectamente al contenido del artículo 4.1 del RD

⁵³² SSTSJ de Galicia de fecha 21 de octubre de 2005 (AS 2005/3544), 29 de noviembre de 2004 (AS 2004/3774) y 30 de enero de 2001 (AS 2001/288).

2720/1998, de 18 de diciembre, y ello teniendo en cuenta que nos encontraríamos ante una excedencia voluntaria de carácter especial mucho más cercana al régimen jurídico de una auténtica suspensión del contrato de trabajo de las establecidas en el artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores⁵³³.

Desde mi punto de vista, el empresario que quisiera recurrir a coberturas rápidas y sencillas de plazas vacantes dejadas por trabajadores excedentes voluntarios, también estaría en disposición de utilizar el contrato eventual por circunstancias de la producción, pero siempre y cuando no sobrepasase el límite temporal que viniera impuesto, ya fuese por la propia norma legal o por el convenio colectivo de aplicación en la empresa.

3. Existencia de vacantes.

3.1. Vacantes de naturaleza temporal.

En este aspecto y como norma general, una vez que el trabajador hubiera solicitado su reincorporación en la empresa, su reingreso debería producirse sobre una vacante de carácter indefinido. A partir de aquí, se producen multitud de conflictos jurídicos, pues en determinadas ocasiones el empresario únicamente necesita que el trabajador excedente voluntario ocupe una vacante de manera temporal, debido a las necesidades que pueda tener la empresa en ese momento.

⁵³³ En este sentido, sería conveniente que el legislador introdujera mayores posibilidades de maniobra jurídica a la empresa, y más aún teniendo en cuenta que la duración mínima de la excedencia voluntaria se ha reducido a únicamente cuatro meses. Si el trabajador no encuentra obstáculo alguno cuando solicita una excedencia voluntaria por un corto período de tiempo, es lógico pensar que la cobertura de dicha plaza vacante no se pueda llegar a convertir en un problema para el empresario.

En este sentido, el margen de maniobra del empresario es realmente flexible, pudiéndose adaptar a las circunstancias que exija cada caso en concreto, bien a través de la propia negociación colectiva o, incluso, por medio de un pacto privado entre el trabajador y el empresario. Así pues, el empresario podría ofrecer al empleado un puesto de trabajo de naturaleza temporal pero siempre a expensas de que se produjera en la empresa una plaza vacante de carácter indefinido ya que, de lo contrario, podríamos encontrarnos ante una renuncia de derechos de carácter mínimo necesario y, en consecuencia, se estaría infringiendo lo establecido en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores.

En estos supuestos, el empleado estaría en su derecho de rechazar el ofrecimiento realizado por el empresario y ello sin perjuicio de conservar intacto su derecho preferente de reingreso en una plaza fija, tal y como así se desprende del propio régimen jurídico de la excedencia voluntaria. Por el contrario, y en el supuesto de que la empresa ofreciera al empleado un puesto de trabajo de carácter temporal y, una vez finalizada la duración del contrato de trabajo, se diera por extinguido el vínculo laboral entre ambas partes, esta situación podría degenerar en una transgresión de la buena contractual por parte de la empresa y, por ende, en un contrato de trabajo realizado en fraude de ley, entendiendo que la intención de la empresa consistiera en convertir en temporal a un trabajador que era indefinido y, de este modo, poder dar por extinguida la relación contractual⁵³⁴.

En este caso concreto, es conveniente tener en cuenta que el derecho al reingreso que se establece en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores únicamente puede tener lugar cuando el trabajador excedente voluntario cubre una vacante de igual o similar categoría de carácter fijo, restableciéndose la relación

⁵³⁴ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 6 de julio de 1993 (AS 1993/3378) y STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 26 de septiembre de 1994 (AS 1994/3547).

laboral indefinida existente anteriormente, sin que hasta que se produzca tal reingreso se extinga el derecho expectante reconocido al trabajador excedente en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores⁵³⁵.

Por tanto, el trabajador excedente voluntario podría rechazar la plaza vacante temporal ofrecida por el empresario y conservar su derecho preferente de reingreso. En el caso de que el empresario, ante la negativa del trabajador a aceptar la reincorporación a una plaza de carácter temporal, decidiera interpretar dicha actitud como una renuncia a la reincorporación y, por ende, un decaimiento de su derecho preferente de reingreso, el trabajador debería accionar por despido y presentar demanda alegando, en primer lugar, que la naturaleza originaria de la relación laboral que le unía con la empresa era fija y, por otra parte, que el empresario está obligado a ofrecerle un puesto de trabajo fijo no pudiendo disponer de un derecho mínimo necesario reconocido por la norma legal no sujeto a ningún tipo de interpretación por las partes.

En esta línea, cabe resaltar que no es obligatorio que las plazas ofertadas al trabajador excedente voluntario sean las mismas que éste dejó al iniciar su situación de excedencia voluntaria, sino que pueden ser otras de igual o similar

⁵³⁵ En este sentido, ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 365. La autora hace referencia a la posibilidad de que el convenio colectivo de aplicación en la empresa permita que la reincorporación del trabajador excedente voluntaria se produzca en un puesto de trabajo de carácter temporal, con independencia de que, una vez finalizada la duración del mismo, se produzca la extinción del vínculo laboral entre ambas partes. En mi opinión, dicha teoría es desacertada e imprecisa, pues ese tipo de cláusulas contravendrían directamente lo dispuesto en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, suponiendo una renuncia expresa de derechos por parte del trabajador. El contenido de las cláusulas que se manifestasen en tal sentido podría considerarse como nulo de pleno derecho pues afectaría directamente a la esfera jurídica del empleado, minorando sus derechos y limitando su capacidad jurídico – laboral.

categoría, sin que la expresión “*plaza vacante*”, pueda referirse a situaciones de interinidad o eventualidad, sino a puesto de trabajo fijos.

Por otra parte, y en relación a las posibilidades de la empresa a la hora de contratar los servicios de trabajadores mediante contratos de carácter temporal de manera posterior a la solicitud de reingreso formulada por el trabajador excedente voluntario, cabe destacar varios puntos básicos.

En primer lugar, cabe destacar que el empresario no queda sujeto a límite alguno a fin de contratar a los trabajadores que estimase conveniente para cubrir determinados puestos de trabajo, independientemente de que dichos puestos de trabajo fuesen de la misma o similar categoría profesional de la que pueda tener el trabajador excedente voluntario así como también de que dicha contratación fuera llevada a cabo de una manera posterior a la solicitud de reingreso del empleado.

Pero todo ello siempre y cuando el empresario, en el momento de formalizar el contrato de trabajo temporal que se tratase, cumpliera con el principal requisito establecido por la ley e inherente al correcto funcionamiento del sistema de contratación temporal previsto por nuestro ordenamiento jurídico, esto es, la existencia de una causa que justifique la temporalidad del contrato de trabajo suscrito y que proporcione al contenido del contrato de trabajo las condiciones legales mínimas necesarias.

Con ello, y en mi opinión, en situaciones de excedencia voluntaria en las que el trabajador hubiese solicitado su reingreso a la empresa, el empresario estaría perfectamente capacitado para formalizar contratos de carácter temporal que incluso pudieran afectar a puestos de trabajo de la misma o similar categoría profesional de la que pueda tener el empleado, con la condición de que la causa

que justificase la utilización de cualquiera de los contratos temporales establecidos en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores fuera lícita, real y ajustada a derecho. En el momento en que el empresario incumpliese dicho presupuesto de legalidad y comenzara a cubrir una plaza vacante de la misma o similar categoría profesional del trabajador excedente voluntario mediante diversos contratos de carácter temporal no comunicándole la existencia de dicho puesto de trabajo, el empleado debería llevar a cabo la correspondiente acción de despido, alegando la realización de contrataciones de carácter temporal realizadas en fraude de ley.

3.2. Encadenamiento contractual de carácter temporal.

Por una parte, también nos podemos encontrar con casos en los que el empresario formalizase diversos contratos de trabajo de carácter temporal con un mismo empleado al objeto de obstaculizar el reingreso del trabajador excedente voluntario y evitar así tener que afrontar la reincorporación de un trabajador de manera indefinida, originándose en el fondo un auténtico encadenamiento contractual de carácter temporal, llevado a cabo en fraude de ley desde un doble punto de vista.

Así pues, si contempláramos el problema desde la posición del empleado que se encuentra en la empresa prestando servicios a través de una sucesión de contratos de carácter temporal, como por ejemplo, en el caso de utilización del contrato de duración determinada de naturaleza eventual, previsto en el artículo 15.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, nos hallaríamos ante una situación que contradeciría los principales requisitos legales mínimos⁵³⁶. Asimismo, y siempre

⁵³⁶ Partiendo de la base de que dicho artículo 15.1 b) del Estatuto de los Trabajadores establece para dicha modalidad contractual un período de duración máxima de doce meses dentro de un período de referencia de

en función de cada caso concreto, resultaría aconsejable valorar el grado de aplicabilidad del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores⁵³⁷.

Por otra parte, y observando el conflicto desde la posición del trabajador excedente voluntario que ejercita de manera adecuada su derecho preferente de reingreso y solicita, en tiempo y forma, su reincorporación a la empresa, y en tanto en cuanto la formalización de contratos de carácter temporal se hubiera llevado a cabo sin causa legal que los justificase, la actitud de la empresa en tal sentido se podría calificar como fraudulenta y tendente a impedir el reingreso del trabajador excedente voluntario, traduciéndose en un despido tácito de carácter improcedente.

En este tipo de situaciones, desde luego es la empresa quien debe acreditar de manera fehaciente la concurrencia de especiales y eventuales circunstancias que pudieran justificar la contratación temporal del trabajador en el puesto de trabajo de igual o similar categoría profesional del trabajador excedente voluntario⁵³⁸ así como también que la modalidad contractual de duración determinada que se utilizase obedeciera, por su propia naturaleza, a unas circunstancias específicas de naturaleza temporal.

dieciocho meses – en defecto de pacto colectivo en contrario – así como también el límite impuesto por la norma legal de referencia de prorrogar el contrato eventual por una única vez.

⁵³⁷ De manera literal, dicho precepto dispone que *“el ejercicio de la acción contra el despido o resolución de contratos temporales caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos”*.

⁵³⁸ Tal y como sucede en diferentes supuestos planteados en multitud de resoluciones judiciales al respecto, como por ejemplo, STSJ de Cataluña de fecha 22 de enero de 1998 (AS 1998/5383) y STSJ de la Comunidad Foral de Navarra de fecha 6 de febrero de 1996 (AS 1996/261), al tratarse de contrataciones temporales realizadas con la finalidad de cubrir necesidades eventuales de la producción identificadas de forma clara y concisa.

En este sentido, cabe destacar que el fuerte debilitamiento del vínculo que la situación de excedencia voluntaria provoca justifica la concesión de amplios poderes empresariales para disponer del puesto del trabajador excedente voluntario, el cual puede ser cubierto en la forma que mejor convenga a las necesidades o intereses del empleador. Es por ello que no puede exigirse al empresario la cobertura de la vacante dejada por el excedente voluntario mediante una contratación de igual tipo o naturaleza que la de éste. Así pues, el puesto de trabajo desocupado en su día por el trabajador fijo excedente voluntario puede ser cubierto por la empresa, en uso de sus facultades directivas, y sin que ello sea constitutivo de abuso ni fraude de ley alguno, por uno o varios trabajadores, fijos o temporales, sin más límite legal que el respeto a la preferencia atribuida al trabajador excedente voluntario que solicitara el reingreso en tiempo y forma frente al trabajador temporal que viniera ocupando su puesto de trabajo, u otro apropiado, por ser de igual o similar categoría, en el momento de renovar o prorrogar dicho contrato temporal⁵³⁹.

En cualquier caso, y en el supuesto de que se produjesen extinciones de contratos de trabajo de naturaleza temporal de una manera posterior a la solicitud de reingreso del trabajador excedente voluntario, desde mi punto de vista, dichos puestos de trabajo vacantes no podrían ser cubiertos por el empleado en situación de excedencia voluntaria ya que el derecho preferente de reingreso que dispone el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a un puesto de trabajo fijo de carácter definitivo de la misma naturaleza al dejado por el trabajador excedente

⁵³⁹ STSJ de la Comunidad Foral de Navarra de fecha 23 de septiembre de 2010 (Rec. nº 155/2010).

voluntario, no produciéndose vacante apropiada cuando dicha vacante se cree a través de la extinción de contratos temporales⁵⁴⁰.

A mayor abundamiento, cabe recordar que dichos contratos de duración determinada son producto de una necesidad eventual y coyuntural que pueda tener la empresa en un momento determinado. Por tanto, y en el supuesto de que la empresa contratase a trabajadores mediante un contrato de duración determinada, fuera del tipo que fuese, y no se concertasen como consecuencia de una necesidad productiva concreta y meramente coyuntural, sino permanente e incardinadas en la actividad habitual de la empresa, recaería sobre la empresa la carga de prueba en el sentido de acreditar que tal cúmulo de contrataciones temporales en la misma o similar categoría profesional del trabajador excedente voluntario se debiesen única y exclusivamente a la concurrencia de especiales circunstancias productivas de carácter temporal y transitorio que deben ser cubiertas bajo esta modalidad y que impiden el reingreso de un trabajador fijo de igual categoría profesional, porque no se trate de necesidades permanentes y propias de la actividad habitual. De lo contrario, esto es, en supuestos en los que la empresa no fuera capaz de acreditar de manera suficiente la causa temporal que justifique la utilización de contratos temporales, nos encontraríamos ante un despido de carácter tácito, con las consecuencias legales inherentes al mismo.

Por último, otro punto importante a destacar es el relativo a los diversos conflictos interpretativos que se establecen entre el momento de reingreso del trabajador excedente voluntario y la existencia de determinados contratos de naturaleza temporal en la empresa. La pregunta que se plantean la mayoría de las

⁵⁴⁰ En la misma línea se manifiesta PEREZ ALONSO, M.A.: “La excedencia laboral. Aspectos laborales y de Seguridad Social. A propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *op.cit.*

empresas es la siguiente: una vez que el trabajador excedente voluntario ha solicitado su reincorporación a la empresa, ¿cuál es el margen de maniobra dispuesto por el empresario a la hora de prorrogar contratos de naturaleza temporal de trabajadores que ocupan un puesto de trabajo de la misma o similar categoría profesional del trabajador excedente voluntario?

Se trata de una cuestión eminentemente práctica y que afecta de manera diaria al funcionamiento y estructura de las empresas, sobre todo en aquellas empresas que tengan volúmenes de plantilla importantes y necesidades y ciclos coyunturales constantes.

En este sentido, y a modo de simple introducción, se plantea una cuestión importante, cual es el nivel de prevalencia entre el derecho preferente de reingreso de un trabajador cuyo vínculo contractual continúa vivo y ajustado a derecho a través de una situación de excedencia voluntaria y la tutela o fomento de la estabilidad del trabajador contratado de manera temporal.

Los tribunales no han sido muy claros en este aspecto⁵⁴¹ y la doctrina científica, a pesar de los esfuerzos en unificar criterios y buscar soluciones,

⁵⁴¹ STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 16 de junio de 1995 (AS 1995/2618) se sitúa en contra de entender como despido tácito la decisión que tome la empresa que opte por renovar un contrato temporal de manera posterior a la solicitud de reincorporación formulada por un trabajador excedente voluntario. Por el contrario, la STSJ de Andalucía (Granada) de fecha 2 de febrero de 1993 (AS 1993/679), se posiciona a favor de otorgar preferencia al reingreso del trabajador excedente voluntario frente a la permanencia en la empresa del trabajador temporal mediante la correspondiente prórroga de su contrato, ya que *“ostenta derecho preferente a la renovación del contrato a quien la ocupaba por contrato temporal, es decir, que producida la expiración del plazo del contrato temporal que une a la empresa con el trabajador, se debe ofrecer el reingreso a éste, y al no hacerlo así es cuando se produce el despido”*. En el mismo sentido, cabe resaltar la STSJ de Cataluña de fecha 10 de mayo de 1990 (AS 1990/4163).

tampoco ha podido ofrecer una respuesta clara y concisa. Si tomamos como referencia una postura que prime el vínculo contractual activo – el que ostenta el trabajador temporal – frente al vínculo contractual pasivo – la posición ocupada por el trabajador excedente voluntario –, se entiende que el derecho de reingreso del trabajador excedente voluntario frustraría las expectativas del trabajador temporal de mantener su puesto de trabajo y, por tanto, lo más adecuado sería mantener a este último en detrimento de una posible incorporación externa de un trabajador que en su día decidió abandonar la empresa de manera unilateral y en base a una razón estrictamente particular⁵⁴².

Así pues, cabe destacar que la prórroga que el empresario pueda o no conceder al trabajador temporal se traduce en una facultad empresarial, de tal manera que dicha decisión no está condicionada a ninguna obligación legal o convencional, sino que simplemente viene contemplada como una mera posibilidad en el Estatuto de los Trabajadores y, en su caso, en el convenio colectivo de aplicación. En contraposición a dicha facultad, se sitúa la posición que ocupa el trabajador excedente voluntario, que se traduce en un derecho preferente de reingreso reconocido por el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores. En el momento en que nos encontramos ante un binomio de semejante naturaleza, el derecho inherente a la esfera jurídica de un trabajador y de obligado cumplimiento por la parte empresarial se debería imponer a la facultad empresarial de conceder un derecho a un trabajador con la finalidad de preservar

⁵⁴² En opinión de ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 365, aún admitiendo que pudieran existir razones de peso que avalasen la postura contraria, dado que el trabajador excedente voluntario cesa en su empleo por su propia decisión, esa expectativa no debiera destruir el vínculo contractual de quien en todo momento demuestra su voluntad de permanecer en su puesto de trabajo.

su estabilidad en el empleo. En cualquier caso, opino que se deberían distinguir dos escenarios.

El primero de ellos se plantearía en aquella situación en la que el empresario ofreciera la prórroga al trabajador temporal de manera posterior a la solicitud de reingreso por parte del trabajador excedente voluntario. En este caso concreto, no existiría ningún conflicto jurídico y, desde mi punto de vista, no se estaría perjudicando el derecho preferente de reingreso del trabajador excedente voluntario, dado que, atendiendo a la naturaleza indefinida del vínculo contractual de este último, no se darían los condicionantes legales mínimos necesarios que permitieran su reingreso en la empresa en un puesto de trabajo fijo, puesto que la causa temporal que justifica las funciones que lleva a cabo el trabajador temporal seguiría intacta, dentro de una necesidad coyuntural y/o eventual que tuviera la empresa en un momento determinado.

En cambio, el segundo escenario se centraría en el caso de que el empresario, una vez ya realizada la prórroga correspondiente del contrato de trabajo de duración determinada, decidiera convertir al empleado temporal en fijo, transformando su relación contractual de carácter temporal en una relación contractual de carácter indefinido, estaría compelido a ofrecer dicho puesto de trabajo – ahora de carácter estructural y no coyuntural – al trabajador excedente voluntario que hubiera ejercitado correctamente su derecho preferente de reingreso antes que al trabajador temporal que contemplase la opción de ver convertida su relación contractual temporal en indefinida⁵⁴³.

⁵⁴³ Y ello sin olvidar los supuestos en los que el empresario decide prorrogar de manera sucesiva el contrato temporal del empleado careciendo de causa temporal que justificase el mismo. En este aspecto, nos encontraríamos ante la clara intención fraudulenta por parte del empresario de prorrogar contratos temporales durante un período de tiempo indeterminado con la finalidad de entorpecer u obstaculizar en la

Por tanto, y en conclusión, para observar el problema planteado desde una perspectiva global, sería necesario distinguir dos tipos de situaciones posibles. Y una vez que el empresario hubiera ubicado de manera correcta tanto la posición jurídica del trabajador excedente voluntario como la del trabajador contratado temporalmente, tendría la oportunidad de conocer exactamente las consecuencias legales de todas y cada una de las decisiones que pudiera tomar con la finalidad de evitar con ello perjudicar los intereses de ambas partes.

3.3. Grupos de empresas.

El grupo de empresas, a efectos laborales, no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades, desde un punto de vista mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores relativos a la organización del trabajo. En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales.

Así pues, es práctica habitual encontrar casos en los que se afirme la existencia de un grupo de empresas y, por ende, una responsabilidad solidaria de todas ellas a la hora de valorar la solicitud de reingreso por parte del trabajador excedente voluntario en el momento en que se produjera, en cualquiera de ellas, una vacante de su misma o similar categoría profesional. Lógicamente, estamos

medida de lo posible el reingreso del trabajador excedente voluntario. En este sentido, cabe destacar lo dispuesto en la STSJ del Principado de Asturias de fecha 22 de marzo de 2002 (AS 2002/895).

haciendo referencia a grupos de empresas en un sentido estricto, es decir, aquellos casos en los que se cumplan, de una manera fiel, los diferentes requisitos que la jurisprudencia ha venido estableciendo a lo largo de los últimos años a fin de valorar la existencia o no de un grupo empresarial único en los que se produce un constante trasvase de empleados entre los diferentes centros de trabajo y, en consecuencia, la opción de reingreso pueda satisfacerse en cualquiera de ellos indistintamente.

En este sentido, cabe destacar la idea generalizada de que no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales y, por tanto, la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la jurisprudencia ha venido residenciando en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: **(i)** Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo⁵⁴⁴; **(ii)** Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo⁵⁴⁵; **(iii)** Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de

⁵⁴⁴ SSTs de fecha 8 de octubre de 1987 (RJ 1987/6973), de fecha 23 de enero de 2002 (RJ 2002/2695) y de 20 de enero de 2003 (RJ 2004/1825). En el mismo sentido, STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 27 de abril de 2000 (AS 2000/5749).

⁵⁴⁵ SSTs de fecha 7 de diciembre de 1987 (RJ 1987/8851) y de fecha 21 de diciembre de 2000 (RJ 2001/1870). En el mismo sentido, la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 17 de diciembre de 2002 (JUR 2003/74517) y STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 1 de junio de 2005 (JUR 2005/217425).

una exclusión de responsabilidades laborales⁵⁴⁶; **(iv)** Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección⁵⁴⁷; y, **(v)**, que los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persigan una interposición ilícita en el contrato de trabajo para ocultar al empresario real, sino que obedezcan a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas, esto es, prácticas de lícita apariencia, en tanto en cuanto se establezcan las garantías legales mínimas necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

Por tanto, y siempre que se cumplan todos y cada uno de los requisitos legales a efectos de admitir la existencia de un grupo de empresas, el derecho preferente de reingreso se activará en el momento en que se produzca una vacante de igual o similar categoría profesional del trabajador excedente voluntario en cualquiera de los centros de trabajo que conformen dicha unidad empresarial, y ello en función de las circunstancias y peculiaridades de cada caso concreto y del grado de fluidez y nivel de circulación de trabajadores entre un centro de trabajo y otro.

La consecuencia legal básica que acarrearía dicha figura jurídica sería que, en caso de que el empresario denegase el derecho preferente de reingreso del

⁵⁴⁶ SSTs de fecha 3 de marzo de 1987 (RJ 1987/1321) y de fecha 26 de diciembre de 2001 (RJ 2002/5292). En la misma línea, las SSTSJ de Castilla y León de fecha 30 de enero de 2004 (JUR 2004/239639) y de fecha 21 de junio de 2005 (AS 2005/2156), STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 17 de marzo de 2003 (JUR 2003/142176) y STSJ de Castilla la Mancha de fecha 6 de julio de 2006 (JUR 2006/258416).

⁵⁴⁷ SSTs de fecha 19 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8583), de fecha 30 de abril de 1999 (RJ 1999/4660) y de fecha 4 de abril de 2002 (RJ 2002/6469). Manteniendo la misma doctrina, STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 7 de mayo de 2002 (AS 2002/2197).

trabajador excedente voluntario en el centro de trabajo donde prestaba originariamente sus servicios, dicho empleado se encontraría plenamente capacitado a fin de presentar la correspondiente acción declarativa de reingreso alegando la existencia de vacante, ya no solo en el centro de trabajo de origen, sino en cualquiera de los otros centros que pudieran conformar el grupo empresarial en cuestión.

A pesar de lo anteriormente dicho, y ante el dilema de declarar la asunción solidaria de responsabilidades o proclamar la primacía o prevalencia de la independencia de personalidades jurídicas entre las sociedades afectadas, la jurisprudencia ha utilizado diversos criterios, como son el atenuamiento a la realidad en la identificación del empresario, en virtud del cual debe ser considerado como tal, de acuerdo con el artículo 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, quien organiza y recibe efectivamente la prestación de servicios, la exigencia de la buena fe, el rechazo del fraude de ley y la valoración de la responsabilidad solidaria como la solución normal de las situaciones de pluralidad empresarial que inciden sobre la relación individual de trabajo, de acuerdo con el ordenamiento vigente. Y todo ello teniendo en cuenta que, salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no tienen porqué perseguir una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que también pueden obedecer a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ En este sentido, cabe destacar lo reflejado en la STSJ de Andalucía (Málaga) de fecha 13 de julio de 2001 (AS 2001/3788), la cual hace especial hincapié en el hecho de que el poder final de decisión reside en la capacidad de gestión del empresario, quien en todo momento es, de manera exclusiva, el titular nominal de los contratos de trabajo y, por tanto, la persona encargada de organizar y recibir la prestación material de servicios, sin que dicha facultad directiva sea una razón de peso suficiente para afirmar siquiera una posible

3.4. Sucesión empresarial.

Por otro lado, en relación al supuesto de sucesión de empresa y, más concretamente, a aquellos casos en los que se produjera un cambio en la titularidad de la empresa durante el transcurso de la situación de excedencia voluntaria, cabe destacar que, siguiendo lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, el nuevo titular se encuentra obligado a hacer efectivo el derecho preferente al reingreso del trabajador excedente voluntario sobre las vacantes apropiadas y compatibles con el puesto de trabajo que ocupaba anteriormente, y ello con independencia de que el centro de trabajo en el que se produzcan tales vacantes no sea el afectado por el cambio⁵⁴⁹.

La transmisión o sucesión empresarial requiere, según la jurisprudencia⁵⁵⁰, la concurrencia de dos elementos: uno subjetivo, representado por el cambio de titularidad o transferencia del antiguo al nuevo empresario, y otro objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad empresarial.

apariencia de unidad empresarial, confusión de plantillas ni de patrimonios, capitales sociales o de gestiones así como tampoco un mínimo resquicio de fraude de ley. En la misma línea se posicionan la STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 19 de junio de 2007 (JUR 2007/311371) y la STSJ de Cataluña de fecha 3 de julio de 2008 (JUR 2008/315812).

⁵⁴⁹ El único autor que ha realizado un análisis al respecto ha sido ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, *op. cit.*, páginas 350 y 351.

⁵⁵⁰ En este aspecto, cabe citar las SSTs de fecha 3 de marzo de 1987 (RJ 1987/1321), 10 de mayo de 1988 (RJ 1988/3592), 12 de septiembre de 1988 (RJ 1988/6876) y 22 de enero de 2002 (RJ 2002/2689). En el mismo sentido, STSJ de Andalucía (Granada) de fecha 13 de mayo de 2002 (AS 2003/1003), STSJ de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares de fecha 1 de junio de 2004 (JUR 2004/209247) y STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 14 de diciembre de 2000 (JUR 2001/164489).

La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado una serie de criterios que resultan útiles a efectos decisorios, siempre al objeto de que el trabajador excedente voluntario que pretende conseguir su reincorporación en la empresa conozca las diferentes posibilidades de las que dispone para hacer efectivo tal derecho, desglosándose en los siguientes elementos: **(i)** el elemento subjetivo, incidiendo en la especial importancia que adquiere el cambio de titularidad de la empresa como hecho, por encima de la causa o forma en que éste tenga lugar, de manera que para la aplicación de aquélla no es “*conditio sine qua non*” el que se opere una verdadera transmisión o circulación de empresa en sentido técnico de uno a otro titular protagonistas de la sucesión en la titularidad del ejercicio de la empresa. Así, la transmisión de un titular a otro, en la medida que podrían quedar afectadas las relaciones laborales caso de no entrar en juego el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, ha de entenderse referida, según criterio reiterado por la línea jurisprudencial fijada por el Tribunal Supremo⁵⁵¹, tanto a la que lo sea en virtud de sucesión “*mortis causa*”, como por actos o negocios “*inter vivos*” , comprendiendo tanto la transmisión directa como la indirecta, incluso cuando entre el anterior titular y el posterior se interpone un tercero, y también si ese tercero fuese un órgano de la Administración que hubiera contratado, con carácter administrativo, en momentos sucesivos y sobre el mismo objeto con el primer titular y luego con el segundo⁵⁵²; y, **(ii)**, por lo que se refiere al elemento objetivo, el precepto de referencia se extiende a tres supuestos de sucesión empresarial: el

⁵⁵¹ STS de fecha 7 de octubre de 2002 (RJ 2002/10912).

⁵⁵² Supuesto contemplado en las SSTs de fecha 9 de julio de 1987 (RJ 1987/5123), 30 de noviembre de 1992 (RJ 1992/9292) y 5 de junio de 2000 (RJ 2000/5900). La razón fundamental de esta tesis es la consideración de que lo determinante es que el empresario anterior y el nuevo se hagan sucesivamente cargo de la actividad empresarial, pues lo que se pretende es que no haya solución de continuidad en la misma, y ello aunque la sustitución se hubiera operado a través de tercera persona interpuesta, pública o privada, entendido el requisito de no solución de continuidad en el sentido de que no se haya producido con anterioridad al cambio de titularidad una previa extinción o cesación de la empresa.

cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo, o, de una unidad productiva autónoma de la empresa, conceptos que han sido delimitados por la jurisprudencia partiendo de la idea básica de que las realidades empresariales son para el Derecho del Trabajo, ante todo, el soporte o marco del desarrollo de las relaciones de trabajo, no asimilables a otras categorías jurídicas.

Así pues, la empresa ha venido siendo considerada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo⁵⁵³, aisladamente de su titular jurídico, como *“una organización de bienes, actividades y relaciones de muy variada condición, constitutiva de un todo único susceptible de ser objeto de negocios jurídicos o unidad socioeconómica de producción”* constituida por *“factores técnicos, organizativos y patrimoniales”* y entendida como una *“organización económica de elementos productivos, encaminada a la producción de bienes o servicios”*.

Asimismo, el Tribunal Supremo⁵⁵⁴, ha declarado que: **(i)** constituye requisito esencial en la sucesión de empresas regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, la transmisión de la titularidad, entendiendo por tal concepto traslativo no sólo el cambio en la titularidad nominativa de empresa, sino también la transmisión al cesionario en el supuesto enjuiciado al concedente a quien revierte la actividad contratada de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación; **(ii)** existe una excepción a lo dicho anteriormente, cual es que opera la subrogación, en aquellos casos en que la autonomía colectiva en su ámbito de aplicación, establezca la obligación de subrogación en los supuestos, sin más, de un cambio en la titularidad de la empresa, o en aquellos otros en que el pliego de

⁵⁵³ STS de fecha 22 de enero de 2002 (RJ 2002/2689).

⁵⁵⁴ SSTS de fecha 23 de enero de 1995 (RJ 1995/403), 14 de diciembre de 1994 (RJ 1994/10093) y 29 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9641).

condiciones así lo imponga como deber jurídico del nuevo contratista. De no ser así, y siguiendo la anterior argumentación lo que únicamente acaece es la finalización de una contrata, que se extingue por el transcurso del plazo de concesión o adjudicación y la entrada de un nuevo empleador sea un nuevo contratista o el empresario principal a quien revierte el servicio o actividad, no ligada con el anterior por ningún título traslativo respecto los elementos materiales y organizativos de la empresa; **(iii)** la misma conclusión se alcanza por aplicación del artículo 51.11 del Estatuto de los Trabajadores, precepto que excluye del ámbito del artículo 44.1 del mismo los casos de ventas judiciales de empresas, cuando el objeto de la compraventa no comprenda los elementos necesarios que fueran suficientes al efecto de continuar la actividad empresarial; y, **(iv)**, finalmente, lo anteriormente sentado no contradice la normativa contenida en el artículo 14 de la Directiva Comunitaria 187/1977. La jurisprudencia comunitaria cuando contempla, en interpretación de este precepto, los supuestos de traspaso de empresa y, consecuente subrogación entre antiguo y nuevo empresario, se está refiriendo a empresas en el sentido de explotación o actividad con identidad económica propia, y ya se ha dicho que en el objeto de una contrata no concurre dicha circunstancia⁵⁵⁵.

⁵⁵⁵ TJCE de fecha 19 de septiembre de 1995 (TJCE 1995/154), el cual declaró que “*no hay transmisión, en el sentido del número 1.1 de la Directiva, en un caso en que una empresa prosiguió hasta su total ejecución y con el acuerdo del comitente, una obra comenzada por otra empresa, incluso habiéndose hecho cargo de dos aprendices y un empleado que habían trabajado en la obra y del material que se encontraba en las mismas*”.

4. Amortización de la plaza realizada al amparo jurídico de la norma: supuestos críticos.

Durante el tiempo en que el trabajador se encuentre en situación de excedencia voluntaria, el empresario, dentro de su poder de dirección y organización, puede utilizar el puesto de trabajo dejado vacante como mejor le convenga. Las posibilidades que la ley confiere a la hora de manejar y moldear la plaza dejada vacante por el trabajador excedente voluntario son muy diversas, creándose un campo de acción bastante amplio en este sentido. Así pues, el empresario puede, por ejemplo, contratar a otro trabajador para que ocupe dicho puesto de trabajo de manera indefinida; o bien también cabe la posibilidad de valerse de los diferentes mecanismos de promoción interna existentes en la empresa a fin de ascender de categoría profesional a un trabajador que ya se encuentre prestando servicios en la misma a fin de que ocupe la plaza vacante; así como también cabe la opción de que el empresario no considere conveniente cubrir el puesto de trabajo dejado vacante y no contrate a ningún trabajador. Con ello se produciría la denominada amortización de la plaza vacante dejada por el trabajador excedente voluntario.

En este apartado, y realizando un análisis histórico de la cuestión, cabe destacar que a finales de los años ochenta, la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo establecía severos límites legales y administrativos para que el empresario pudiera proceder a amortizar el puesto de trabajo dejado vacante por el trabajador excedente voluntario, a no ser que dicha amortización se llevase a cabo siguiendo una serie de procedimientos excesivamente formalistas y férreos⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ Cabe resaltar la STS de fecha 24 de enero de 1987 (RJ 1987/123), la cual afirmaba que “*el derecho del empresario no puede ser interpretado en el sentido incondicional que se le atribuye, porque, además de las*

Los fundamentos jurídicos sobre los cuales se asentaba esta jurisprudencia respondían a un mismo y único principio, el de defensa del empleo – en las circunstancias establecidas en el ordenamiento jurídico de la época – para los trabajadores en situación de excedencia voluntaria, al establecer frente al derecho expectante que al trabajador excedente voluntario concedía el ordenamiento jurídico la obligación de la empresa de atribuir a aquél, una vez nacido el derecho por la correspondiente solicitud, la primera plaza que se produjera.

Dicha posibilidad de amortización previa al nacimiento de aquel derecho se consideraba perfectamente viable siempre y cuando se realizara de acuerdo con las prescripciones legales correspondientes, pues se pensaba que otra solución podría convertir en ilusorio el derecho del trabajador que solicitara el reingreso, transformando la situación de excedencia voluntaria en un cese definitivo, y en consecuencia, privando al trabajador de los beneficios que tal institución comportaba y comporta en el espíritu y letra de la ley. En el mismo sentido se pronunciaba una parte de la doctrina científica de la época, en el sentido de considerar que la amortización de vacantes efectuada por la empresa antes de producirse la solicitud de reingreso pero sin ajustarse a los procedimientos legalmente establecidos podría constituir un supuesto semejante al despido nulo, con las consecuencias legales inherentes al mismo⁵⁵⁷.

expectativas de los trabajadores en activo al ascenso, las facultades empresariales para la amortización están limitadas, salvo que se ejerciten dentro de los procedimientos legalmente previstos, por el derecho de los trabajadores excedentes voluntarios a la reincorporación, cuya efectividad quedaría sujeta a la libre decisión empresarial”. En el mismo sentido, SSTS de fecha 17 de noviembre de 1983 (RJ 1983/5608), 18 de julio de 1986 (RJ 1986/4246), 22 de enero de 1987 (RJ 1987/108), 16 de marzo de 1987 (RJ 1987/1618), 9 de junio de 1987 (RJ 1987/4317), 19 de abril de 1988 (RJ 1988/2993) y 16 de enero de 1997 (RJ 1997/302).

⁵⁵⁷ Esta era la línea doctrinal mantenida por MONGE RECALDE, J.L.: *La Excedencia Laboral en la Jurisprudencia*, *op. cit.*, páginas 84 y 85. En el mismo sentido, PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia*

En contraposición a lo anteriormente manifestado, se sitúa la corriente actual⁵⁵⁸, la cual aboga, en todos los sentidos, por el impulso de un mercado de trabajo competitivo, flexible y abierto, en el cual se valore la introducción de elementos y mecanismos que posibiliten un mayor margen de maniobra a aquellas empresas que tengan necesidades primarias a fin de materializar reorganizaciones y reestructuraciones de sus esquemas funcionales y humanos básicos. En definitiva, se trata de una corriente doctrinal y jurisprudencial poco partidaria de cumplir formalidades en cuanto a llevar a cabo amortizaciones de puestos de trabajo vacantes que se pudieran producir durante la excedencia.

En este aspecto, cabe destacar lo establecido en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria de fecha 24 de enero de 2007

Laboral y Funcionarial, op. cit., páginas 292 y 293, cuando opina que el derecho a la amortización no es automático, sino que debe ejercitarse cumpliendo la normativa trámites necesarios al efecto; RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores, op. cit.*, página 62, la cual afirma que no se puede admitir la alegación de amortización de plaza vacante si la misma no se realiza siguiendo las formalidades legales, ni tan siquiera cuando la empresa hubiera estado sometida a un proceso de reconversión industrial si la plaza del trabajador excedente voluntario existiera en el momento de solicitar el reingreso; M. ALONSO OLEA Y M.T., CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 26ª edición, 2009, Civitas, Madrid, página 474.

⁵⁵⁸ RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L.: “La amortización de la plaza del excedente voluntario: ¿ejercicio del poder de dirección del empresario?”, *Aranzadi Social*, núm. 16, 2007, (BIB 2007/2203); CRUZ VILLALÓN, J.: “La doctrina Jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria”, *op. cit.*, página 230; GARCIA Y GARCÍA SANTAMARÍA, “El derecho al reingreso por causa de excedencia. Su problemática en las normas laborales”, *La Ley, Revista Jurídica Española*, 1984, Tomo 4, páginas 1036 y 1037, cuando afirma que “la amortización de puestos de trabajo tiene, pues, ahora, otro enfoque y salvadas las limitaciones legales o contractuales, será un tema que venga delimitado por la decisión empresarial y el mantenimiento de la empresa en condiciones de rentabilidad y competitividad”; ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria, op. cit.*, página 348. En este aspecto, el autor afirma que “no es necesario que el empresario proceda formalmente a la amortización de plazas vacantes cuando no existan trabajadores directamente afectados por ella”.

(AS 2007/1962)⁵⁵⁹. La fundamentación jurídica sobre la cual se asentó dicha resolución judicial supuso un antes y un después respecto de las diversas teorías existentes en torno a las posibilidades conferidas por la Ley a la hora de afrontar la amortización de un puesto de trabajo dejado vacante por un trabajador excedente voluntario.

Así pues, la tesis que sostuvo dicha doctrina judicial fue que, en principio, el empresario privado podría amortizar por decisión unilateral las plazas que dejasen los trabajadores excedentes voluntarios sin necesidad de ningún requisito especial; si bien sujeto a la existencia de una serie de límites, como por ejemplo, en caso de que se diesen las circunstancias del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores que obligasen a la empresa a iniciar un proceso de despido colectivo⁵⁶⁰, con el deber legal de incluir a los trabajadores excedentes voluntarios sin derecho a la pertinente indemnización. No obstante lo anterior, la tesis de la Sala defendió la idea de que, una vez que el trabajador excedente voluntario hubiese solicitado la reincorporación y se creasen nuevas plazas, éstas deberían ser para el excedente voluntario; así como también que, una vez pedida la reincorporación y si se produjera una vacante en la empresa no podría ser amortizada, con la obligación legal de readmitir al excedente voluntario.

Durante el tiempo que dure dicha situación de excedencia voluntaria, el empresario, en pleno ejercicio de sus poderes directivos así como de sus facultades de organización y dirección del trabajo, está perfectamente capacitado para

⁵⁵⁹ STSJ de las Palmas de Gran Canaria de fecha 24 de enero de 2007 (AS 2007/1962) y STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 18 de junio de 2007 (JUR 2008/8640).

⁵⁶⁰ Teniendo en cuenta las modificaciones introducidas por el Real Decreto 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, modificaciones cuyas incidencias y novedades analizaremos en un punto posterior del trabajo.

reasignar a otros trabajadores de la empresa las tareas o cometidos laborales que integren el puesto de trabajo ocupado por el trabajador con anterioridad al inicio de su situación de excedencia voluntaria, dado que en la empresa privada la concreción de la plantilla o esquema orgánico – funcional en la determinación de los recursos humanos, queda confiada al poder de dirección del empresario – elemento esencial de la libertad de empresa recogida en el artículo 38 de la Constitución Española – que entraña las facultades de creación, de libre elección, de lícito objeto y libre configuración de sus elementos materiales o personales, sin más límites que los establecidos legal o convencionalmente, o por decisión unilateral del empleador, que mejoren los mínimos normativos.

En mi opinión, dicha posibilidad legal encuentra su justificación en el escaso tiempo del que dispone la empresa a la hora de ajustar y reestructurar sus efectivos humanos, contratiempo que afecta de lleno a sus intereses económicos y competitivos y ante el cual tiene que adaptarse de una manera rápida y eficiente, reorganizando y reestructurando el funcionamiento interno de su plantilla y, por ende, distribuir las funciones que venía llevando a cabo el trabajador excedente voluntario entre los demás trabajadores que continúan prestando servicios en la empresa. No hay que olvidar que el puesto de trabajo que desempeñaba el trabajador excedente voluntario no es conservado o reservado para él por voluntad del empresario, sino que se amortiza, en cuanto plaza vacante existente en el organigrama de la empresa, por reasignación a otros trabajadores de las tareas o cometidos laborales que lo integraban. Por tanto, y teniendo en cuenta que estamos hablando de un derecho preferente de reingreso sin derecho alguno de reserva de plaza – salvo pacto colectivo o individual al respecto – dicho comportamiento empresarial a la hora de disponer de la vacante producida por la baja en la empresa causada por la excedencia voluntaria del empleado se considera realizada dentro

de un ejercicio lícito, correcto y no abusivo de las facultades de organización y dirección del trabajo otorgadas por la norma legal al empresario⁵⁶¹.

Por tanto, y en conclusión, la plaza vacante dejada por el trabajador excedente voluntario puede quedar amortizada cuando conste la voluntad del empresario en tal sentido, y ello en base a la reasignación o redistribución de las funciones o tareas que venía llevando a cabo el trabajador anteriormente a su situación de excedencia voluntaria, sin que sea necesario acudir a procedimientos reglamentarios que no harían otra cosa que obstaculizar y limitar las posibilidades del empresario en tal sentido.

De sostenerse una interpretación distinta y, al amparo del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, se prohibiera que el empleador pudiese amortizar el puesto de trabajo una vez producida la excedencia voluntaria de un trabajador, ello implicaría, sin ninguna duda, forzar claramente la voluntad contractual del empresario, ya que su mantenimiento en forma alguna podría amparar un contrato temporal de interinidad cuando ni tan siquiera existe reserva de dicho puesto, ni tampoco podría impedir la contratación del trabajador indefinido, que nunca vería extinguida su relación laboral ante el hipotético y futuro reingreso del excedente, dado que este únicamente podría reincorporarse cuando existiera vacante o se produjera después del reingreso.

Por otra parte, si el empresario optara por mantener durante el período de excedencia voluntaria la plaza vacante, sin conocer ni tan siquiera la futura decisión del trabajador excedente voluntario, supondría imponer una organización

⁵⁶¹ STS de fecha 14 de febrero de 2006 (RJ 2006/2230) y STSJ de Cataluña, de 3 de julio de 2000 (AS 2000/4013).

de los recursos humanos contraria al interés económico productivo del empleador, cambiante en cada momento⁵⁶². Siguiendo esta idea, cabe resaltar que incluso antes de que se produjera la solicitud de reingreso en la empresa por parte del trabajador excedente voluntario, aquélla tendría libertad absoluta a fin de destinar a otro empleado la plaza que ostentaba el que accedió a la situación de excedencia voluntaria, como también tendría pleno margen de maniobra a efectos de amortizar dicha vacante cuando lo estimase necesario y sin perjudicar el derecho expectante del trabajador excedente, que no resultaría violado en tanto en cuanto tales amortizaciones se realizasen antes de la solicitud de reingreso⁵⁶³.

4.1. El despido colectivo: un acercamiento especial.

La norma legal, a la hora de regular la configuración jurídica de la excedencia voluntaria, ha creado numerosos vacíos legales. Uno de los más importantes y que más conflictos ha originado a lo largo de la última década, ha sido el relativo a la situación en la que quedan los trabajadores excedentes voluntarios respecto a su inclusión o no en un procedimiento de despido colectivo en la empresa.

En este aspecto, y antes de entrar en el fondo del asunto, cabe destacar la profunda reforma implantada por el Real Decreto 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y, más concretamente, sobre

⁵⁶² STSJ de Castilla y León (Valladolid) de fecha 10 de septiembre de 2002 (AS 2002/2855) y STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de fecha 13 de septiembre de 2005 (AS 2005/3405).

⁵⁶³ STSJ de la Comunidad de Madrid, de fecha 26 de septiembre de 2001 (AS 2001/3985).

el procedimiento de despido colectivo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁶⁴.

Al objeto de establecer unos criterios uniformes que pudieran ofrecer soluciones a la cuestión, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 25 de octubre

⁵⁶⁴ En este aspecto, cabe destacar una serie de novedades introducidas por el artículo 18.3 del Real Decreto - ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, precepto que modifica a su vez lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, novedades las cuales podrían quedar resumidas en los siguientes puntos: **(i)** ya no es necesario obtener la correspondiente autorización administrativa por parte de la autoridad laboral que conozca del despido colectivo, siendo suficiente con que, una vez transcurrido el período de consultas, el empresario comunique a la autoridad laboral el resultado del mismo. En el supuesto de que se hubiera alcanzado acuerdo, se debe trasladar copia íntegra del mismo y, en caso contrario, se debería remitir a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo; **(ii)** los representantes legales de los trabajadores tienen prioridad de permanencia en la empresa y mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas se pueden establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos, tales como trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad; **(iii)** la decisión empresarial puede impugnarse a través de las acciones previstas para este despido así como también la interposición de la demanda por los representantes de los trabajadores paraliza la tramitación de las acciones individuales iniciadas, hasta la resolución de aquella. Del mismo modo, y siguiendo lo dispuesto en el artículo 23.5 del Real Decreto - ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, modificando a su vez lo dispuesto en el artículo 124.9 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el fallo objeto de la sentencia que se dicte únicamente podrá fundamentar su decisión en base a las siguientes calificaciones y argumentos: **(i) declarando ajustada a derecho** la decisión extintiva cuando el empresario, habiendo cumplido lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, acreditase la concurrencia de la causa legal esgrimida; **(ii) declarando nula la decisión extintiva** cuando no se hubiese respetado lo previsto en los artículos 51.2 o 51.7 del Estatuto de los Trabajadores, u obtenido la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que estuviese legalmente prevista, así como cuando la medida empresarial se hubiese efectuado en vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas o con fraude, dolo, coacción o abuso de derecho; y, **(iii), declarando no ajustada a derecho**, la decisión extintiva cuando el empresario no hubiese acreditado la concurrencia de la causa legal indicada en la comunicación extintiva.

del 2000⁵⁶⁵ proporcionó las bases necesarias a efectos de delimitar el ámbito de aplicación del problema planteado.

Básicamente, la línea jurisprudencial marcada por dicha resolución judicial se centró en el hecho de diferenciar el régimen jurídico de una situación puramente suspensiva – fundamentalmente, todas y cada unas de las situaciones enumeradas en el artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores – respecto de la figura jurídica de la excedencia voluntaria. Así pues, se estableció que la causa de la suspensión del contrato de trabajo regulada en el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores se configuraba como “*una vicisitud de la relación contractual en la que el trabajador tiene derecho a conservar el puesto de trabajo y el empresario deber de reserva del mismo*”, y ello con la particularidad de que a lo largo del tiempo que dure la situación suspensiva el puesto de trabajo podría ser desempeñado por otro trabajador de la empresa o por otro trabajador contratado para ocuparlo, produciéndose, en consecuencia, la recuperación de plenitud de la relación contractual en suspenso en el momento en que desapareciera la causa suspensiva.

Por el contrario, y en relación a la figura jurídica de la excedencia voluntaria, el Tribunal Supremo consideró que la misma no era objeto de especificación en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, el cual se limitaba a reconocer el derecho del trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año a que se le reconociera la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ STS de fecha 25 de octubre de 2000 (RJ 2000/9676).

⁵⁶⁶ Ello equivaldría a decir que cualquier interés personal o profesional del trabajador puede justificar esta modalidad de excedencia, siempre que fuera compatible con las exigencias de la buena fe contractual.

Dicho tratamiento legal diferenciado de la suspensión del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores y de la excedencia voluntaria común del art. 46.2 del Estatuto de los Trabajadores encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otra. El interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario, bastando en principio para hacerlo valer con la voluntad unilateral del propio trabajador excedente. Siendo ello así, no parece razonable conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya y del propio interés de la empresa. En cambio, las situaciones de suspensión del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores se refieren, en cambio, o bien a causas específicas y cualificadas de impedimento o incompatibilidad con el trabajo por parte del trabajador, o bien a causas que dependen del funcionamiento de la empresa o de la propia voluntad conjunta de trabajador y empresario⁵⁶⁷.

En este tipo de casos, es decir, en aquella empresa que extingue el vínculo contractual con todos y cada uno de sus trabajadores como consecuencia de un procedimiento de despido colectivo, se entiende que el trabajador que en ese momento se encuentre en situación de excedencia voluntaria carecería del derecho a ser incluido dentro de ese despido colectivo y, por ende, del derecho a percibir la

⁵⁶⁷ En la misma línea, las SSTS de fecha 26 de octubre de 2006 (RJ 2006/6685), 13 de noviembre de 2006 (RJ 2006/9760) y (RJ 2006/9302), 29 de noviembre de 2006 (RJ 2006/9131), 19 enero 2007 (RJ 2007/1912), 22 de enero de 2008 (RJ 2008/1979), 31 de enero de 2008 (RJ 2008/2574) y 24 de junio de 2008 (RJ 2008/5368); así como también la STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de fecha 24 de enero de 2007 (AS 2007/1962), STSJ de la Región de Murcia de fecha 10 de febrero de 2009 (JUR 2009/191156) y STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 16 de marzo de 2010 (AS 2010/1056).

indemnización reconocida en el artículo 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores⁵⁶⁸.

La principal teoría que justificaría dicha consideración afirma que el principal objetivo de un despido colectivo consiste en compensar económicamente a todo aquel trabajador que preste un servicio efectivo en la empresa y quede incluido en el mismo⁵⁶⁹ y que, por tanto, cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso expectante, en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes, es en su caso el trabajador que se contrató para ocupar el puesto de trabajo en excedencia el que tendrá derecho a la indemnización por la pérdida del mismo cuando éste se amortice, y no quien estando en situación de excedencia voluntaria por propia decisión no hubiera podido reingresar en la empresa precisamente porque hubiese cesado la actividad de ésta en la que había prestado servicios inicialmente⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ En este caso, y teniendo en cuenta que la modificación llevada a cabo por el artículo 18.3 del Real Decreto - ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, suprime lo dispuesto en el apartado ocho del artículo 51, eliminando cualquier tipo de referencia a la cantidad en concepto de indemnización que debe percibir el empleado afectado por el despido colectivo, considero que la opción más lógica es aplicar, por analogía, lo dispuesto para los supuestos de extinciones contractuales derivadas de despidos por causas objetivas, estableciendo una cantidad en concepto de indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

⁵⁶⁹ Por supuesto, dentro de dicho colectivo de empleados, deberíamos incluir a aquellos cuyo contrato de trabajo se encontrara suspendido por alguna de las causas cerradas que establece el artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores. En este aspecto, es necesario recalcar que las consecuencias lógicas que desprende tal figura jurídica, esto es, exoneración recíproca de la obligación de prestar un servicio efectivo por parte del trabajador y de remunerar dicho trabajo por parte del empresario, no pueden trasladarse a otro tipo de situaciones similares.

⁵⁷⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Despido colectivo del excedente voluntario sin indemnización”, *Aranzadi Social*, Pamplona, 2006, páginas 3 y 4.

Así pues, se descarta la equiparación indemnizatoria entre el trabajador activo – aquél que pierde su empleo – y el trabajador excedente voluntario – el cual únicamente acusa el desvanecimiento del derecho expectante a ocupar una vacante.

En definitiva, se entiende que los trabajadores excedentes voluntarios que desarrollan otra actividad productiva carecen del derecho a exigir la indemnización derivada del despido colectivo, pues sólo poseen una simple expectativa de reingreso y no una verdadera suspensión contractual⁵⁷¹.

No obstante lo anterior, y desde mi punto de vista, resulta del todo conveniente realizar una serie de matizaciones al respecto.

En primer lugar, y antes de entrar en el fondo del asunto, estamos hablando de supuestos en los que se produce la extinción de los contratos de trabajo de todos y cada uno de los trabajadores que conforman la plantilla de la empresa y que, como consecuencia de tal medida se produce el cierre definitivo del centro de trabajo. Si tomamos como referencia el contexto planteado, la posible expectativa que pudiera tener el trabajador excedente voluntario en relación a conseguir su reingreso en la empresa pierde todo su sentido, con lo que su derecho decaería de manera imperativa.

⁵⁷¹ Siguiendo lo establecido en la STS de fecha 29 de noviembre de 2006 (RJ 2006/9131), “no es lo mismo la pérdida de un puesto de trabajo que se está desempeñando y que constituye normalmente el medio de vida del trabajador, que el desvanecimiento del derecho expectante a ocupar una vacante en la empresa en la que se prestaron servicios, y de la que el trabajador se apartó, en el caso típico para el desempeño de otro puesto de trabajo o de otra actividad profesional”.

Ahora bien, en mi opinión, el trabajador excedente voluntario seguiría conservando intacto su derecho preferente de reingreso en el supuesto de que se llevase a cabo un despido colectivo de carácter parcial el cual no afectase a la totalidad de la plantilla, existiendo todavía puestos de trabajo a los que pudiera acceder dicho empleado, por muy remota que fuera la posibilidad de que dicho reingreso se pudiera llegar a concretar. En este caso concreto, entiendo que debería limitarse la inclusión del trabajador excedente voluntario en el procedimiento de despido colectivo ya que su situación no podría ser equiparable a la de ningún otro trabajador en activo.

El dilema entre abonar o no el importe en concepto de indemnización reconocido en el artículo 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores debería estar totalmente descartado. El trabajador excedente voluntario, desde un punto de vista exclusivamente contractual, se encuentra fuera de la empresa, únicamente conectado a ella a través de un derecho preferente de reingreso, pues lo único que existe es una mera expectativa de reingreso a un puesto de trabajo de igual o similar categoría profesional y el despido colectivo es un mecanismo legal que se ha creado con un objetivo esencial como es el de proceder a la extinción de vínculos contractuales y, en ningún caso, eliminar derechos preferentes de reingreso que lo único que buscan es precisamente volver a rehacer ese vínculo contractual. De lo contrario, podría incluso llegar a interpretarse que la empresa, a través del inicio de un despido colectivo y posterior inclusión del trabajador excedente voluntario dentro del mismo, pudiera estar limitando o impidiendo el ejercicio de un derecho mínimo necesario conferido por la propia norma legal al

trabajador sin ni siquiera permitir que éste decida o no ejercitarlo, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁷².

En consecuencia, los trabajadores afectados por el despido colectivo seguirían conservando las expectativas que tuvieran y que concluirían bien con la extinción justificada de la relación laboral si la empresa desapareciera, o bien con la readmisión definitiva de dicho empleado si la empresa siguiera funcionando y se dieran los condicionantes de la readmisión, esto es, la solicitud de reingreso en tiempo y forma parte del interesado y existencia de plaza de igual o similar categoría profesional.

Asimismo, cabe destacar una serie de supuestos singulares los cuales podrían originar una serie de confusiones del todo innecesarias en relación al objeto de la cuestión analizada en el presente apartado, cual es la relativa a las dudas que se pudieran suscitar en torno a la inclusión o no en un despido colectivo de un trabajador en situación de excedencia voluntaria y, por ende, el derecho o no de éste a fin de percibir la preceptiva cantidad en concepto de indemnización por

⁵⁷² Siguiendo la misma línea marcada por la STS de fecha 26 de octubre de 2000 (RJ 2000/9676) y, más concretamente, de acuerdo a lo establecido por el Voto Particular emitido en dicha Resolución Judicial por el Magistrado Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, el cual no consideró aplicable la teoría que niega la compensación económica al trabajador excedente voluntario en supuestos en los que la extinción de las relaciones laborales fuera parcial, ya que mientras subsistieran en la empresa empleos de igual o similar categoría que los del trabajador excedente voluntario, la extinción de la relación laboral con dicho trabajador supondría privarle de la expectativa de derecho que él tenía reconocida por el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores sin que se hubiera cumplido una de las dos condiciones de las que dependía su derecho a la readmisión, cual es la inexistencia de plazas de igual o similar categoría profesional a la suya – siendo la otra la solicitud de reingreso en tiempo y forma por parte del trabajador excedente voluntario –. Así pues, en tales supuestos dicho Voto Particular consideró que se estaría privando al trabajador interesado de la expectativa de vuelta a su trabajo que tenía legalmente reconocida, sin causa que lo justificara, lo que posibilitaría su derecho a indemnización.

despido colectivo reconocida en el artículo 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores.

Uno de los casos que más interpretaciones jurídicas provoca sería el relacionado con aquellas situaciones de excedencia voluntaria de carácter propio o especial, o dicho en otras palabras, aquellas situaciones de excedencia voluntaria las cuales otorgan al empleado un derecho singular de reserva de puesto de trabajo, mejorando el régimen jurídico establecido en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, el cual, como ya es sabido, confiere únicamente un simple derecho preferente de reingreso, equiparando la figura jurídica de la excedencia voluntaria, reconocida en el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores, con una auténtica suspensión del contrato de trabajo, contemplada en el artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En este caso, y en base al derecho de reserva de puesto de trabajo reconocido al empleado, entiendo que la situación de éste se debe equiparar a una auténtica suspensión contractual, con lo que el empleado tendría pleno derecho a percibir la cantidad en concepto de indemnización que se pudiera haber pactado, en tanto en cuanto la empresa hubiera optado por incluir a dicho trabajador excedente voluntario dentro del despido colectivo.

En línea con lo anteriormente mencionado, cabe destacar aquellos casos en los que el trabajador excedente voluntario hubiese ejercitado su derecho preferente de reingreso de manera anterior al inicio del despido colectivo en la empresa. En este contexto específico, ya no estaríamos hablando de una mera expectativa de reingreso en base a un posible ejercicio o no de un derecho preferente por parte del trabajador, sino de un derecho efectivamente ejercitado pero no completado

debido a falta de vacantes de igual o similar categoría profesional en ese preciso momento en la empresa.

A tenor de la línea jurisprudencial y doctrinal expuesta anteriormente, deberíamos calificar este supuesto específico como el único resquicio legal que podría encontrar el empleado a fin de ejercitar su derecho a obtener la cantidad de concepto de indemnización que se pudiera haber pactado con la representación legal de los trabajadores de la empresa durante el preceptivo período de consultas marcado por la Ley, y ello en el caso de que la empresa decidiera su inclusión dentro del procedimiento.

Aunque también debemos tener en cuenta otra posibilidad, cual es no incluir a dicho trabajador excedente voluntario en el despido colectivo y, cuando llegue el momento de producirse el reingreso, simplemente comunicarle que no hay vacante que se pueda ajustar a su misma o similar categoría profesional.

Hay que partir de la base de que, a lo largo de la situación de excedencia voluntaria, el único factor determinante que posibilita la supervivencia del vínculo contractual entre el empleado y la empresa se traduce en un derecho preferente de reingreso otorgado al trabajador por la norma legal. Por tanto, y una vez que el empleado proceda al ejercicio de dicho derecho, se produce un cambio radical respecto a la situación contractual entre el trabajador y la empresa ya que el vínculo entre ambas partes se reactiva quedando el empleado a la espera de la existencia de una vacante de igual o similar categoría profesional. Así pues, e independientemente de que existieran o no vacantes en la empresa, se entendería que el empleado ha ejercitado el derecho que la Ley le ha concedido y ha cumplido con su obligación de mantenerse a la expectativa con el fin de ocupar de nuevo un puesto de trabajo en la empresa. Bajo estos parámetros, podríamos

defender la viabilidad de incluir al empleado en el despido colectivo sustanciado en la empresa.

Por una parte, y durante el tiempo en que el empleado se encontrase en situación de excedencia voluntaria, el ejercicio o no del derecho preferente de reingreso quedaría supeditado única y exclusivamente a la voluntad del trabajador, siendo éste la única persona que decidiese, una vez llegado el momento, solicitar su reingreso a la empresa o, por el contrario, no hacer nada al respecto y contemplar el decaimiento definitivo de su derecho. Podríamos definir dicha situación como “*situación expectante de carácter voluntario*”⁵⁷³, es decir, una mera expectativa en nada equivalente a un puesto de trabajo.

Por otra parte, y una vez solicitado el reingreso en la empresa, el derecho preferente ostentado por el empleado se transformaría en un derecho expectante de reincorporación plena a la empresa, supeditado, de manera principal, a la existencia de una vacante de igual o similar categoría profesional y, de manera subsidiaria, a la comunicación y aprobación final por parte de la empresa. Esta segunda fase la podríamos definir como “*situación expectante de carácter obligatorio*”⁵⁷⁴, pues el empleado ya ha llevado a cabo todos los pasos que debía

⁵⁷³ La posibilidad o no de reingresar en la empresa se deja al arbitrio de lo que decida el trabajador una vez llegado el momento de ejercitar o no su derecho preferente de reingreso en tiempo y forma. La efectividad del derecho depende de la voluntad del trabajador y del cumplimiento de los términos y condiciones bajo los cuales la empresa reconoció a éste su derecho de excedencia voluntaria.

⁵⁷⁴ Una vez finalizada la situación de excedencia voluntaria y producida la solicitud de reingreso por parte del trabajador, corresponde a la empresa decidir sobre la reincorporación o no de éste, asumiendo ésta la totalidad de la carga de la prueba a la hora de valorar la existencia o no de una vacante de igual o similar categoría profesional del trabajador. En este caso, la decisión de hacer efectiva la reincorporación definitiva del empleado se traslada a la empresa, quedando el trabajador sujeto de manera absoluta al arbitrio y discrecionalidad de la misma en tal sentido.

tomar al objeto de lograr su reincorporación en la empresa, quedando su reincorporación definitiva al organigrama de la misma sujeta única y exclusivamente a la existencia de una vacante de igual o similar categoría profesional tomando como circunstancia especial la decisión que adopte la empresa en un sentido u otro.

VIII. ACCIONES TENDENTES A DEFENDER LA POSICIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR: PUNTOS ESENCIALES.

1. Introducción: relaciones y diferencias entre la acción de reingreso y la acción de despido.

Una vez que el trabajador solicita, en tiempo y forma, su reingreso a la empresa, y dicha petición se ajusta de manera adecuada a los criterios y condiciones que hayan podido regir el pacto por el cual la empresa procedió en su día a reconocer al trabajador su situación de excedencia voluntaria, se produce la activación del efecto esencial de la figura jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores: el ejercicio del derecho preferente de reingreso.

La cuestión no encuentra dificultad en el supuesto de que la empresa, ante la solicitud de reingreso formulada por el trabajador, considere que existe una vacante de igual o similar categoría profesional que se cohonesta con las necesidades y expectativas profesionales del empleado. En este caso, la empresa responde a la solicitud de reincorporación de manera positiva y comunica al empleado la vacante disponible, indicándole de manera expresa la fecha en la cual tiene que presentarse en las dependencias de la empresa a fin de reiniciar su prestación de servicios efectiva en la empresa.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que no exista ninguna vacante, ya sea de igual o similar categoría profesional, que se pueda ajustar al puesto de trabajo del

empleado. En este supuesto, el empresario se dirigirá al empleado y le denegará el ejercicio de su derecho de reingreso, alegando inexistencia de vacantes, sin perjuicio de que, en un futuro, y en el momento en que surgiese alguna vacante o se produjese la creación de un puesto de trabajo de igual o similar categoría profesional, se materializase la reincorporación efectiva del empleado. En este caso concreto, cabría la opción de que el empleado no estuviera de acuerdo con la decisión tomada por el empleador y considerase que la comunicación de inexistencia de vacantes no se ajustara a la realidad de la empresa.

Así pues, el camino procesal correcto que debiera tomar el empleado a fin de conseguir el reconocimiento y efectividad inmediata de su derecho preferente de reingreso se traduciría en la presentación de una demanda de reingreso, acción sujeta al plazo de prescripción de un año, establecido en el artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores, con las consecuencias legales que ello implicaría, consecuencias legales y detalles que analizaremos con profundidad más adelante.

Por otra parte, cabría la posibilidad de que la empresa contestase a la solicitud de reingreso realizada por el trabajador en el sentido de negar, de manera expresa, la existencia de cualquier tipo de vínculo contractual entre éste y la empresa y, por ende, la existencia tanto de la situación de excedencia voluntaria del empleado así como de su derecho preferente de reingreso a ocupar una vacante de igual o similar categoría profesional. Dicha negativa⁵⁷⁵ supondría que la acción legal que debiera utilizar el empleado se traduciría en una demanda de despido, sujeta al plazo de caducidad establecido en el artículo 59.3 del Estatuto de los

⁵⁷⁵ En relación con la forma de negación, por parte de la empresa, respecto de la existencia del vínculo contractual entre ésta y el empleado, cabe destacar la posibilidad de un despido tácito, el cual se traduciría en una conducta inequívoca de actos claros e indubitados, sin los cuales la no reincorporación por la finalización de la situación de excedencia voluntaria no equivaldría a despido.

Trabajadores, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 103.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en los cuales se afirma que la acción para impugnar el despido debe plantearse dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquel en que el despido se hubiese producido, de tal forma que el plazo de caducidad comenzaría el día siguiente a aquel en que el cese se hiciera efectivo y finalizaría cuando acabase el día vigésimo, en el caso de que el empleado hubiera presentado demanda de despido⁵⁷⁶.

En este aspecto, cabe destacar que dicho plazo es de caducidad, a todos los efectos, por lo que su cómputo se suspendería – en ningún caso se interrumpiría – por la presentación de la preceptiva solicitud de conciliación ante el Órgano público competente, de tal forma que, una vez transcurrido el periodo de suspensión, se reanudaría el cómputo del plazo restante para el ejercicio de la acción⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ GARCIA – PERROTE ESCARTÍN, I.: *Reforma laboral 2012. Análisis Práctico*, Lex Nova, 2012.

⁵⁷⁷ En esta línea, merece la pena destacar lo establecido en la STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de fecha 21 de octubre de 2004, cuando, a la hora de establecer el “*dies a quo*” en relación a un asunto en materia de despido tácito, afirma que el día inicial del cómputo del plazo de caducidad de veinte días hábiles establecido para el ejercicio de la acción de despido por el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores se debería fijar tomando como referencia el día siguiente al último día del plazo que tuviera el trabajador excedente voluntario a efectos de solicitar su reincorporación a la empresa, y ello en los supuestos en los que la empresa, a pesar de que el trabajador excedente voluntario haya solicitado su reingreso dentro del plazo de antelación fijado entre ambas partes, deje transcurrir el referido plazo de antelación sin dar respuesta a la petición del empleado. La doctrina judicial entiende que tal actitud de la empresa debe ser necesariamente interpretada como negativa tácita, pero concluyente e indubitada, a reingresar al trabajador tras la finalización de la excedencia voluntaria, por lo que el trabajador debe reaccionar contra la misma dentro de los veinte días hábiles siguientes respecto del día siguiente de finalización de la excedencia voluntaria.

2. Acción declarativa de reingreso.

2.1. Concepto.

La acción declarativa de reingreso únicamente puede ejercitarse en aquellos casos en los que la empresa deniega el reingreso al trabajador excedente voluntario alegando falta o inexistencia de vacantes que se puedan ajustar a su misma o similar categoría profesional, pero siempre partiendo de la base de un necesario reconocimiento empresarial, ya sea expreso o tácito, respecto de la existencia del vínculo contractual entre ambas partes y, en consecuencia, del derecho preferente de reingreso ostentado y ejercitado por el trabajador excedente voluntario⁵⁷⁸.

Es decir, si la empresa aduce que no hay vacante adecuada o esgrime otros argumentos para descartar la reincorporación, no está negando la existencia del contrato sino discutiendo los términos del derecho al reingreso, de modo que la acción a ejercer debe ir enfocada de manera a que se reconozca el derecho al reingreso⁵⁷⁹, ya que, en definitiva, sólo a partir de datos inequívocos y

⁵⁷⁸ En la misma línea se manifiesta prácticamente la totalidad de la doctrina científica, encabezada principalmente por ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., páginas 382 y 383; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., página 40; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., páginas 117 y 118; RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., páginas 72 y 73; PEREZ ALONSO, M.A.: “La excedencia laboral. Aspectos laborales y de Seguridad Social. A propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, op. cit.; SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Despido Colectivo del excedente voluntario sin indemnización”, op. cit.

⁵⁷⁹ Según la opinión mantenida por PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., página 40, igualmente procedería la acción de reingreso cuando la contestación empresarial recogiera la expresión de “se toma nota de la petición de reingreso y será avisada en el momento en que fuesen necesarios sus servicios”, afirmando que este tipo de acciones se han venido interpretando como respetuosas con la pervivencia y reconocimiento del vínculo laboral. Sirva como ejemplo a efectos de reflejar dicha

concluyentes que pongan de manifiesto de una manera palpable la voluntad empresarial de extinguir el vínculo contractual del trabajador excedente voluntario, podrá interpretarse la existencia de un verdadero despido, con lo que ello supondría a efectos del cómputo del plazo de caducidad, el tipo de acción a ejercitar, las consecuencias indemnizatorias, etc.⁵⁸⁰

Una vez llegados a este punto, resulta conveniente destacar diversos detalles que, a mi juicio, considero esenciales al objeto de que el trabajador excedente voluntario cumpla con todos y cada uno de los requisitos formales exigidos, tanto por la norma legal como por la doctrina judicial y la jurisprudencia, a fin de presentar, de manera adecuada, la pertinente demanda de reingreso.

El fin último de la acción de declarativa de derechos se basa en solicitar a los Tribunales el reconocimiento de un derecho que, a juicio del trabajador, es denegado por el empresario de manera totalmente injustificada. Cabe resaltar que nos encontramos ante un proceso declarativo y de condena en el que se pide que se determine la existencia o no de vacantes en la empresa y, en su caso, el

afirmación desde un punto de vista práctico lo dispuesto en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de fecha 13 de julio de 1993 (AS 1993/3439).

⁵⁸⁰ Cabe resaltar la corriente doctrinal mantenida en este sentido, representada fundamentalmente por la STS de fecha 21 de diciembre de 2000 (RJ 2000/856) y la STSJ de Andalucía (Málaga) de fecha 14 de abril de 2005 (JUR 2005/143547), STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de fecha 25 de enero de 2006 (AS 2006/711), STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 30 de enero de 2006 (JUR 2006/128893) y la STSJ de Cataluña de fecha 16 de enero de 2006 (AS 2006/445). Todas ellas siguen una corriente uniforme al afirmar que el trabajador excedente voluntario podrá ejercitar la acción declarativa de reingreso “*cuando el trabajador solicita el reingreso y la empresa no contesta su petición o la rechaza pretextando falta de vacantes o circunstancias análogas que no suponen el desconocimiento del vínculo existente entre las partes*”.

reconocimiento y efectividad del derecho preferente de reingreso ostentado por el trabajador⁵⁸¹, condenándose a la empresa a estar y pasar por tal declaración.

En este punto, es recomendable que el trabajador excedente voluntario, una vez que decidiera presentar la correspondiente demanda declarativa de su derecho al reingreso, solicitase, a su vez, la adopción de las medidas pertinentes para la efectividad del mismo⁵⁸² y ello teniendo en cuenta que dicha acción de reingreso se orienta al reconocimiento del derecho a la reincorporación al puesto de trabajo, pero en realidad no es una acción meramente declarativa sino también una acción de condena del empresario a reincorporar al trabajador a la vacante que se hubiera producido⁵⁸³.

Ello quiere decir que el empleado, para llevar a cabo el ejercicio de la correspondiente acción de reingreso, debe haber obtenido previamente una respuesta empresarial mediante la cual se le haya reconocido su derecho preferente de reingreso pero, asimismo, se le haya comunicado la inexistencia de vacante apropiada de igual o similar categoría profesional. No obstante lo anterior, es

⁵⁸¹ En este sentido, cabe hacer referencia a lo afirmado por ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “Equivale al despido la no readmisión del trabajador tras la excedencia forzosa”, op. cit., *Revista de Política Social*, nº 132, 1981, página 281, cuando equipara dicha situación a un incumplimiento de los deberes empresariales básicos, los cuales se corresponden con los derechos del trabajador que recoge el propio Estatuto de los Trabajadores en sus artículos 4.2 a) (derecho a la ocupación efectiva) y 4.2 f) (derecho a la percepción puntual de la remuneración).

⁵⁸² En tal sentido se manifiesta PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia Laboral y Funcionarial*, op. cit., página 336 y GARCIA MURCIA, J.: “Proceso de despido y despidos atípicos” en VV.AA, *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, Marcial Pons, Madrid, 1991. En este sentido cabe resaltar las SSTs de fecha 27 de octubre de 1988 (RJ 1988/8167) y 7 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9761); y las SSTSJ de Cataluña de fecha 3 de julio de 2000 (AS 2000/4013) y 11 de julio de 2000 (AS 2000/4016).

⁵⁸³ Tomando como referencia la doctrinal judicial expuesta por la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 7 de octubre de 2003 (AS 2003/3829).

conveniente recalcar que también existe la posibilidad de que la empresa no responda a dicha solicitud de reingreso o, en cualquier caso, dilate sobremanera dicha contestación.

En este tipo de casos, cuando la conducta empresarial se limitase a no contestar la solicitud del trabajador, sin informarle siquiera sobre la situación de las vacantes y por ende, no manifestase, ya fuera de forma expresa o tácita pero suficientemente inequívoca, su voluntad de extinguir la relación laboral, ello no podría considerarse como un despido a efectos de interponer la pertinente acción de despido⁵⁸⁴, tal y como veremos más adelante.

A fin de comprender la verdadera naturaleza de la acción de reingreso para así llevar a cabo una correcta aplicación de la misma, resulta imprescindible asumir que la mera falta de contestación a una petición de reincorporación no puede considerarse despido, que únicamente cabría estimar producido al haberse manifestado la empresa en tal sentido, anunciando al trabajador excedente voluntario su firme propósito de no reincorporarle, y ello mediante una negativa expresa, contundente y categórica a la readmisión del trabajador excedente voluntario que intente reintegrarse sin éxito al trabajo.

Y ello básicamente porque el silencio ante una solicitud de reincorporación no puede considerarse por sí sola como una voluntad tácita de extinguir el vínculo contractual entre ambas partes, sino que su significación en el contexto que crea la solicitud, se reduce al propósito de mantener la propia situación existente no dando lugar a reincorporación, pero sin añadir a ello una declaración que pueda ser interpretada como una voluntad de romper el vínculo laboral que todavía une a la

⁵⁸⁴ Tal y como manifiesta la STS de fecha 18 de julio de 1986 (RJ 1986/4246).

empresa con el trabajador excedente voluntario, porque, aunque la consideración objetiva de las circunstancias lleve a la conclusión de que pudiera estar aquí implícita una negativa a la petición del trabajador, tal negativa queda limitada a esa solicitud concreta y no puede ser interpretada como una manifestación de voluntad de extinguir aquel vínculo⁵⁸⁵.

El hecho de que el empresario, expresa o tácitamente, desatienda la petición de reingreso que efectúa el trabajador en excedencia voluntaria no es por sí sólo demostrativo de que, por parte de aquél, haya existido una voluntad extintiva del vínculo laboral, pues normalmente tal desatención, salvo que concurren circunstancias que denoten inequívocamente dicha voluntad extintiva, sólo es interpretable como mera negativa al reconocimiento del eventual derecho al reingreso. En este aspecto, cabe resaltar que en esta clase de procesos, la carga de la prueba recae sobre el empresario, es decir, quien tiene la obligación de demostrar la inexistencia de la vacante es la propia empresa. El trabajador únicamente debe acreditar la existencia de la relación laboral, la existencia de la

⁵⁸⁵ SSTS de fecha 3 de julio de 1998 (RJ 1998/6702) y 22 de noviembre de 2007 (RJ 2008/1031). La línea jurisprudencial mantenida por el Alto Tribunal distingue, claramente, entre las situaciones de negativa rotunda e irrevocable de la empresa al reingreso solicitado por el trabajador excedente voluntario, lo que viene suponer la voluntad de ruptura del vínculo jurídico-laboral que mantiene con el mismo y las 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 por la Sala, 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 la misma línea doctrinal se expresa la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 6 de abril de 1999 (AS 1999/532), SSTSJ de Andalucía (Granada) de fecha 18 de junio de 2002 (AS 2003/1029) y (Málaga) de fecha 14 de mayo de 2003 (JUR 2004/216915), 14 de abril de 2005 (JUR 2005/143547) y 24 de abril de 2008 (AS 2008/2855), SSTSJ de Principado de Asturias de fecha 12 de diciembre de 2003 (AS 2004/260) y 3 de marzo de 2006 (AS 2006/3081), STSJ de Castilla la Mancha de fecha 22 de junio de 2006 (AS 2006/2173) y STSJ de Galicia de fecha 15 de octubre de 2009 (AS 2009/2946).

situación de excedencia voluntaria y el hecho de que la solicitud de reingreso se ha llevado a cabo en tiempo y forma⁵⁸⁶. Y ello resulta del todo lógico, y más aún teniendo en cuenta las circunstancias y la posición en la que se encuentra todo aquél trabajador excedente voluntario inmerso en este tipo de procedimientos, fundamentalmente debido a que la actividad probatoria a la hora de acreditar la existencia de vacante en el organigrama de la empresa se convierte en una tarea complicada de acreditar por parte del empleado⁵⁸⁷.

En la mayoría de las ocasiones estamos hablando de personas cuya situación de excedencia voluntaria se ha prolongado en el tiempo durante meses y años, propiciando una desconexión total respecto a la estructura interna actual de la empresa así como también respecto al organigrama funcional, productivo y humano de la misma. Esta evidente posición de inferioridad es la causa fundamental que motiva la inversión de la carga de la prueba, pues el empleado carece de los mecanismos probatorios mínimos a fin de demostrar la existencia de la vacante reclamada⁵⁸⁸, por lo que no cabe ninguna duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la existencia o inexistencia de determinada vacante en un momento concreto, no sólo porque a su alcance se encuentra la pertinente

⁵⁸⁶ Tal y como establece la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 26 de enero de 2000 (AS 2000/1295).

⁵⁸⁷ En la misma línea, PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia Laboral y Funcionarial*, op. cit., página 327.

⁵⁸⁸ En el mismo sentido se pronuncia GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., páginas 117 y 118, al afirmar la evidencia de que la situación de trabajador y empresario ante la actividad probatoria es radicalmente desigual, no sólo porque el empresario ocupa una posición central en cuanto a la estructura de la empresa sino que, además de ello, el trabajador se ha desvinculado de la misma, lo que implica una gran dificultad de acceder a las informaciones necesarias.

documentación, sino además porque la posible inexistencia, pese a tratarse de un hecho negativo, puede perfectamente probarla.⁵⁸⁹

Por tanto, y en conclusión, es absolutamente necesario que el empresario demuestre, a lo largo del procedimiento que marca la acción declarativa de reingreso, la inexistencia de plaza vacante de igual o similar categoría profesional, pues de lo contrario, prevalecerá la pretensión del trabajador excedente voluntario.

No obstante lo anterior, también es necesario aclarar que, en el caso de que la empresa acreditase, de manera fehaciente, la no existencia de vacante de igual o similar categoría profesional respecto a la que tenía el trabajador de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria y, por ende, se certificase de manera definitiva la falta de acción del trabajador, el derecho preferente de reingreso ostentado por éste se mantendría intacto y, en consecuencia, en el momento en el que se produjera una vacante en el organigrama funcional de la empresa, ésta continuaría estando obligada a comunicársela al trabajador, pues la cosa juzgada en esta acción declarativa no tendría efectos hacia el futuro ni tampoco prejuzgaría la existencia o inexistencia de futuras vacantes⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ En este aspecto, cabe destacar lo establecido en la STS de fecha 6 de octubre de 2005 (RJ 2006/105). En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Cataluña de fecha 16 de enero de 2006 (AS 2006/445) y SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 30 de enero de 2006 (JUR 2006/128893), 27 de febrero de 2009 (AS 2009/1507) y 16 de marzo de 2010 (AS 2010/1056).

⁵⁹⁰ Cabe destacar la línea científica mantenida por GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 121.

2.2. Momento de ejercicio de la acción de reingreso.

Cabe destacar que es doctrina consolidada el hecho de que la acción declarativa de reingreso únicamente pueda ejercitarse en dos momentos.

El primero de ellos sería aquel en el que el trabajador, una vez hubiera solicitado el reingreso a la empresa y el empresario le hubiese denegado el mismo alegando falta de vacante de igual o similar categoría en la empresa, tuviera conocimiento fehaciente de la existencia de dicha vacante en el organigrama de la empresa; mientras que, el segundo de ellos, sería a partir del momento en el que se produjera una vacante en la empresa y el empresario no lo comunicase al empleado, incumpliendo con su obligación de dar traslado de la existencia de dicha vacante al trabajador excedente voluntario y, en consecuencia, obstaculizando la efectividad de su derecho preferente de reingreso en relación a ocupar la mencionada plaza.

Considero que el momento procesal idóneo, a la hora de presentar la correspondiente demanda reingreso, debería tomar como referencia un punto de partida básico, cual es el momento en el que el trabajador, de manera posterior a la fecha en la cual la empresa le deniegue su reingreso, conozca la existencia de una plaza vacante de su misma o similar categoría profesional⁵⁹¹.

⁵⁹¹ En la misma línea se ha pronunciado SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Despido colectivo del excedente voluntario sin indemnización”, *op. cit.*, página 5 al afirmar que “*el dies a quo del plazo de prescripción de la acción de reingreso o de la caducidad de la acción de despido se halla en el momento en que el trabajador tenga conocimiento de que hay vacante adecuada*”. En el mismo sentido, PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, *op. cit.*, página 49.

No hay que olvidar que el empleado, en el momento de solicitar el reingreso, desconoce por completo la situación interna de la compañía, no dispone de la información ni de los medios mínimos necesarios que le puedan ayudar a reforzar o no su posición de cara a un posible reingreso y, por supuesto, queda sujeto y plenamente condicionado a la discrecionalidad y arbitrariedad empresarial a la hora de ocupar o no una posible vacante en la empresa⁵⁹².

Con ello quiero decir que es evidente que existe una obligación empresarial de actuar de conformidad al principio de buena fe contractual que debe regir toda relación entre partes, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil⁵⁹³ en concordancia con lo establecido en el artículo 20.2 del Estatuto de los

⁵⁹² En este sentido, cabe destacar la jurisprudencia contenida en las SSTs de fecha 21 de abril de 1986 (RJ 1986/2213), 6 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6285), 24 de enero de 1987 (RJ 1987/123), 11 de abril de 1989 (RJ 1989/2961) y 21 de febrero de 1992 (RJ 1992/1047). En esta línea, cabe mencionar la STSJ de Aragón de fecha 25 de enero de 1995 (AS 1995/30, STSJ de Principado de Asturias de fecha 5 de octubre de 2001 (AS 2001/3764) y SSTSJ de la Comunidad de Madrid de 18 de octubre de 2000 (JUR 2001/24688) y 21 de octubre de 2002 (JUR 2003/23741); y STSJ de Castilla la Mancha de fecha 24 de abril de 2009 (AS 2010/236). Dichas resoluciones judiciales mantienen la posibilidad de que la empresa no se atenga a los dictados de la buena fe en aquellos casos en los que comunique al trabajador que accederá al reingreso de éste cuando exista vacante para que, de una manera posterior, incumpla su compromiso alegando la excepción de prescripción sin haberse negado al reingreso en las sucesivas peticiones cursadas por la trabajadora permaneciendo en silencio. En sentido contrario, la STS de fecha 21 de abril de 1986 (RJ 1986/2215) y STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 16 de marzo de 1993 (AS 1993/1419), las cuales coinciden en señalar que el trabajador debe desplegar la diligencia precisa para obtener los datos necesarios para la defensa de su derecho, siempre que éstos puedan ser razonablemente conocidos, concluyendo que el “*dies a quo*” no depende del dato subjetivo del conocimiento del cumplimiento de la condición suspensiva por el trabajador.

⁵⁹³ Dicho precepto manifiesta que “*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”.

Trabajadores⁵⁹⁴ y, por ende, se supone que la empresa que advierta de la existencia de una plaza vacante que se pudiera ajustar a la categoría profesional del trabajador excedente voluntario se encuentra en la obligación de trasladar dicha posibilidad de reingreso a aquél⁵⁹⁵. Pero ello también puede suponer que la empresa se aproveche de dicha circunstancia, tergiversar el sentido teleológico de dicho principio de buena fe contractual y lo use en su propio beneficio no comunicando al empleado la existencia de dicha plaza vacante y consiguiendo con ello la prescripción de la acción declarativa de reingreso⁵⁹⁶. Dicho principio de buena fe fuerza a entender que, en este tipo de supuestos, se contemplan aquellas posibilidades que maneja la empresa de cara a impedir el ejercicio normal de las acciones correspondientes al ignorar el trabajador excedente voluntario si

⁵⁹⁴ El cual advierte que *“en el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”*.

⁵⁹⁵ En relación con lo establecido en las SSTS de fecha 2 de julio de 1985 (RJ 1985/3663) y 22 de mayo de 1986 (RJ 1986/2611), las cuales afirman que *“es exigible a la empresa o empleador – una vez que el trabajador, tempestivamente, le solicite la reincorporación ejercitando su derecho a ocupar una plaza de igual o similar categoría – que proceda según los principios de buena fe o lealtad recíproca y le informe si existe o no dicha plaza, ya que no puede ser obstáculo al derecho del excedente la ocultación de la realidad por parte de la entidad, porque no puede beneficiar la oscuridad a quien es causa de ella”*.

⁵⁹⁶ En la misma línea, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 120, al afirmar que no puede introducirse un sistema de cómputo de la prescripción que favorezca al empresario que no avisa al trabajador de la existencia de una plaza vacante adecuada, ya que a través de una actuación empresarial torticera y con mala fe, se estaría liberando de su obligación de reincorporar al trabajador. En la misma línea se manifiesta PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., página 41, al entender que la prescripción de la acción deberá comenzar cuando el trabajador tenga conocimiento de la existencia de vacante apropiada y no tanto desde la producción de la vacante misma, sin que la inactividad del trabajador deba ser interpretada en su perjuicio, en aquellos casos en los que el empresario se comprometiera a avisarle en cuanto existiera vacante.

efectivamente tiene que esperar a que se produzca la vacante, o si, producida ésta, lo que acontece es que la empresa no quiere readmitirlo.

Nuestra jurisprudencia⁵⁹⁷ entiende que en tales circunstancias es al empresario a quien hay que exigir una respuesta explícita e inequívoca, sin que pueda pedirse al trabajador – que está fuera de la empresa, por su condición de excedente – un proceso de investigación, difícil y complicado, sobre la realidad y situación de las plantillas. De todo ello ha de seguirse la conclusión que ya se adelantó: que el comienzo del cómputo del plazo de prescripción ha de situarse en el momento en que el trabajador tenga conocimiento de la existencia de vacante y ello sin que exista límite temporal alguno en caso de inexistencia o desconocimiento de la existencia de vacantes, de manera que esta situación, como antes hemos señalado, se puede prorrogar indefinidamente en el tiempo, hasta que surja la vacante adecuada, sin que decaiga el derecho al reingreso.

Ahora bien, la empresa, en este tipo de supuestos, podría argumentar que la acción declarativa de reingreso ejercitada por el trabajador hubiera prescrito, atendiendo al plazo de prescripción marcado por el artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores. Dicha alegación tendría visos considerables de alcanzar la efectividad deseada en tanto en cuanto la empresa pudiera acreditar, de manera clara y concisa, que el trabajador, en el momento de ejercitar la reclamación de su derecho, dejó transcurrir más de un año desde que tuvo pleno conocimiento de la existencia de vacante adecuada en la empresa. Ajustándonos al caso planteado sería la empresa la que estaría absolutamente compelida a demostrar la veracidad

⁵⁹⁷ Tomando como referencia lo establecido en las SSTs de fecha 6 de noviembre de 1986 (RJ 1986/6285), 24 de enero de 1987 (RJ 1987/123), 11 de abril de 1989/2961), 17 de julio de 1990 (RJ 1990/6415) y 21 de febrero de 1992 (RJ 1992/1047).

de tal circunstancia temporal, certificando que el trabajador era perfectamente conocedor de la existencia de vacante apropiada y que, a pesar de ello, incumplió el plazo de prescripción al presentar la demanda una vez transcurrido el período temporal de un año.

Así pues, corresponde a la empresa demostrar la fundamentación fáctica de su defensa. El trabajador excedente voluntario no debe probar un hecho negativo como es que, de haber existido vacantes, no tuvo conocimiento al respecto, sino que corresponde a la empresa probar que, de haber existido tales vacantes, el trabajador habría tenido conocimiento por cualquier medio de la existencia de las mismas⁵⁹⁸. En caso de que la empresa no pudiese probar tal hecho, el plazo prescriptivo de un año a tenor del texto del artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores habría de computarse desde la fecha en la cual el propio trabajador afirmase haber tenido conocimiento de manera originaria.

⁵⁹⁸ En este aspecto merece la pena resaltar lo establecido en las SSTS de fecha 30 de junio de 2000 (RJ 2000/8294) y 21 de diciembre de 2000 (RJ 2001/1868). En la misma línea doctrinal, cabe destacar lo dispuesto en la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 10 de abril de 2003 (AS 2003/3153), STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 11 de noviembre de 2003 (JUR 2004/42823), STSJ de Galicia de fecha 31 de octubre de 2008 (JUR 2009/91890), SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 21 de abril de 2009 (AS 2009/1164) y (Granada) de fecha 5 de noviembre de 2002 (AS2002/4212). Esta última Resolución Judicial es categórica cuando afirma que *“los hechos probados, muestran claramente que, tras la solicitud de reingreso efectuada por el actor con fecha 22 de junio de 1995, y que obtuvo respuesta de la empleadora, mediante comunicación de fecha 7 de julio de 1995, en la que se alegaba la inexistencia de vacantes de igual o similar categoría, se han producido hasta el año 2001 unas 20 altas en la categoría de Ingeniero ostentada por el actor, sin que en lugar alguno del relato judicial de instancia se establezca el conocimiento por parte del trabajador, de la existencia de vacantes, por lo que, de acuerdo con el criterio ya explicitado, el plazo de prescripción no sólo no había transcurrido; sino que ni siquiera habría comenzado a correr, manteniendo plena vigencia su expectativa de derecho al reingreso”*.

2.3. Prescripción de la acción de reingreso: análisis del artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores.

De conformidad a esta cuestión, resulta del todo necesario diferenciar los dos supuestos fundamentales a los que se enfrenta todo aquel trabajador excedente voluntario que demande a la empresa al objeto de reclamar la efectividad de su derecho.

Así pues, es conveniente distinguir los siguientes supuestos: (i) aquel en que la empresa se niega rotundamente e incondicionadamente a reconocer la petición de reingreso formulada por el trabajador excedente voluntario; y, (ii) aquel otro en que el empresario se limita a posponer la readmisión del excedente demorándolo hasta la existencia de plaza vacante de igual o similar categoría profesional.

En el primero de los casos nos encontramos ante un auténtico despido, razón por la cual el empleado, a la hora de interponer la correspondiente acción, debe aplicar el plazo de caducidad de veinte días hábiles establecido en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores; en el segundo de los supuestos, la acción, tendente a reconocer el derecho de reingreso del trabajador excedente voluntario, se sujetaría entonces a un plazo de prescripción de un año, según lo dispuesto en el artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Desde un punto de vista más práctico, se trata de distinguir entre aquellas situaciones en las que, a la petición de reincorporación por parte del trabajador excedente voluntario, el empresario se opone de manera abierta, clara y terminante, y lo hace en unos términos que en realidad equivalen a un rechazo del derecho básico del empleado, adoptando una actitud equivalente a un auténtico

despido, con lo que entonces jugaría el plazo corto o perentorio de veinte días hábiles, señalado por el citado artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores; y, aquella otra situación en la que el empresario diese por supuesto o sobreentendido el derecho preferente de reingreso del trabajador excedente voluntario – y con ello la plena aplicabilidad del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores –, que como dependiente suyo sigue tratando, pero al que negara, al menos en ese momento, la reincorporación, bajo pretexto de que no existiese vacante de igual o similar categoría profesional. En este caso, sería la producción de vacante, conocida además por el trabajador, la que pondría en marcha la prescripción, cuyo plazo sería el de un año, establecido por el artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁹⁹.

Asimismo, cabría la opción de aplicar una teoría de naturaleza más radical, en apoyo de lo dispuesto en el artículo 1969 del Código Civil, en concordancia con lo establecido en el artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores, a tenor de los

⁵⁹⁹ STS de fecha 30 de junio de 2000 (RJ 2000/8294). En el mismo sentido cabe resaltar la STSJ de Castilla la Mancha de fecha 15 de mayo de 2001 (AS 2001/2644), la STSJ de Andalucía (Granada) de fecha 5 de noviembre de 2002 (AS 2002/4212), las SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 24 de abril de 2001 (AS 2001/2168) y 10 de abril de 2003 (AS 2003/3153); y la STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de fecha 7 de noviembre de 2003 (AS 2003/4152). Todas ellas vuelven a incidir en la necesidad de diferenciar una primera situación, en que, a la petición de reincorporación por parte del trabajador excedente voluntario, el empresario se opone de manera abierta, clara y terminante, y lo hace en términos que en realidad, equivalen a un rechazo del derecho básico del trabajador excedente voluntario, o una actual o futura reinserción, excluyendo o extrañando a éste de la plantilla, en actitud que debería equivaler a un despido; por ello juega entonces el plazo corto o perentorio de veinte días, señalado en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores; y una segunda situación, en la que el empresario da por supuesto o sobreentendido el derecho del trabajador, que como dependiente suyo sigue tratando, pero al que niega de momento la reincorporación, so pretexto de que no existe vacante; en este caso sería la producción de vacante, conocida además por el trabajador, la que pondría en marcha el tracto prescriptivo, cuyo plazo pasa a ser ahora el de un año que, con carácter general, establece el artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores.

cuales el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse y, en consecuencia, las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año.

No obstante, y desde mi punto de vista, la falta de respuesta por parte de la empresa a la solicitud de reingreso es equiparable a la denegación del mismo por inexistencia de vacantes, por lo que si el trabajador acepta que no existen vacantes, su derecho no se extingue por el transcurso del plazo de prescripción anual del artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores no ejercitando la correspondiente acción dentro del referido plazo, ya que el trabajador excedente voluntario seguiría conservando intacto el derecho que le confiere el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa. En este aspecto, cabe señalar que, una vez solicitado el reingreso que fue denegado por inexistencia de vacantes, continuarían vivas las expectativas de reingreso del trabajador excedente voluntario prorrogándose de manera indefinida la situación de excedencia voluntaria hasta que la empresa ofreciera un puesto de trabajo adecuado⁶⁰⁰.

2.4. Incompatibilidad entre la acción de reingreso y la acción de despido: el cauce procesal adecuado.

Las implicaciones jurídicas que desprenden ambas acciones son radicalmente opuestas y dependen sobremanera de la actitud y postura que haya adoptado la empresa respecto a la solicitud de reingreso formulada por el

⁶⁰⁰ Un ejemplo significativo que confirma dicha teoría sería la STSJ de Cataluña de fecha 11 de junio de 1998 (AS 1998/3080), la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 28 de julio de 1999 (AS 1999/2930) y la STSJ del Principado de Asturias de fecha 5 de octubre de 2001 (AS 2001/3764)

trabajador excedente voluntario. Es evidente que el trabajador no puede reclamar la efectividad de su derecho preferente de reingreso en aquellos casos en los que la empresa ha dado muestras y señales inequívocas, claras y contundentes de extinguir el vínculo contractual entre ambas partes; por el contrario, también resulta del todo lógica la posibilidad de que el trabajador demande a la empresa por despido en aquellos casos en los que la empresa lo único que ha hecho es denegar el reingreso al empleado por falta o inexistencia de vacantes de similar categoría profesional.

Por tanto, nos hallamos ante dos acciones de indudable carácter alternativo, es decir, el hecho de interponer una u otra acción escapa del ámbito discrecional y arbitrario del trabajador excedente voluntario, pues éste no tiene la capacidad de decidir cuál de las dos acciones se ajusta más a sus necesidades; más bien todo lo contrario, esto es, el trabajador debe tomar como referencia la postura de la empresa para elegir la acción más adecuada, pues son distintas las reglas aplicables y las consecuencias legales que derivan de la diferente postura adoptada por la empresa en un sentido u otro⁶⁰¹.

⁶⁰¹ En este sentido se manifiesta claramente la STS de fecha 19 de octubre de 1994 (RJ 1994/8254), la cual establece y delimita, de manera meridianamente clara, los criterios para establecer la frontera entre una situación de despido y un contexto de denegación del derecho preferente de reingreso en situaciones de excedencia voluntaria. Así pues, cabe señalar lo expuesto por la STS de fecha 22 de mayo de 1996 (RJ 1996/4610), al afirmar que “*ante la negativa empresarial a la petición del reingreso del excedente voluntario, se abren a éste dos vías impugnatorias contra tal decisión, las cuales no son optativas o de libre elección, por ser obligado utilizar la en cada caso procedente: el proceso de despido cuando dicha negativa o desatención, por las circunstancias en que se produce, manifiesta en términos inequívocos voluntad extintiva; y el proceso ordinario en aquellos otros supuestos en los que la referida negativa o desatención sólo denota la falta de reconocimiento del eventual derecho al reingreso. La utilización equivocada de una u otra vía al margen de las consecuencias procesales negativas que puede llevar consigo, dificulta en todo caso la viabilidad de la pretensión, pues mal podría calificarse como nulo o improcedente a un despido que no ha existido y mal podría accederse al reconocimiento del derecho al*”

La utilización equivocada de una u otra vía al margen de las consecuencias procesales negativas que puede llevar consigo, dificultaría en todo caso la viabilidad de la pretensión del trabajador excedente voluntario, y más aún teniendo en cuenta que la utilización en uno y otro caso de las mencionadas vías no queda al arbitrio del trabajador al que se niega su eventual derecho al reingreso, pues para que su pretensión alcance el éxito deseado resulta obligado a seguir la acción procedente y adecuada, desde un punto de vista procesal dado que son distintas las reglas aplicables y las consecuencias que derivan de la diferente postura adoptada por la empresa al responder, expresa o tácitamente, a la petición efectuada por el trabajador excedente voluntario en orden a conseguir su reingreso en la empresa⁶⁰².

Así pues, es necesario llevar a cabo una relación de supuestos en base a los cuales el trabajador excedente voluntario deberá optar por interponer la

reingreso con respecto a relación laboral extinguida por despido no impugnado dentro del plazo de caducidad establecido al efecto.” La misma línea es seguida por la STSJ de Aragón de 7 de febrero de 2006 (AS 2006/1701).

⁶⁰² Téngase en cuenta lo establecido en las SSTs de fecha 21 de diciembre de 2000 (RJ 2001/1868), 23 de enero de 1996 (RJ 1996/122), 22 de mayo de 1996 (RJ 1996/4610), 19 de octubre de 1994 (RJ 1994/8254), y 4 de abril de 1991 (RJ 1991/3250); así como también la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 17 de septiembre de 2002 (AS 2002/3318). Ésta última desarrolla las opciones planteadas al trabajador excedente voluntario dentro de un contexto legal clásico y normal, cuando afirma que “*constante doctrina jurisprudencial, según la cual ante la negativa empresarial a la petición de reingreso desde la situación de excedencia voluntaria quedan abiertas al trabajador dos vías, alternativas y no optativas, para impugnar tal decisión: el proceso de despido cuando dicha negativa, por las circunstancias en que se produce, manifiesta no el mero rechazo del derecho a la reincorporación, sino voluntad inequívoca, aunque se produzca tácitamente, de tener por extinguido el vínculo laboral hasta entonces en suspenso; y el proceso ordinario en aquellos otros supuestos en que la negativa denota simple desconocimiento del mencionado derecho, pero sin negar la persistencia de la relación de trabajo, aunque con voluntad de que se conserve en suspenso*”.

correspondiente acción; y en ningún caso la que más se ajuste a sus intereses, sino la que más se ajuste a su caso concreto.

En consecuencia, cabría contemplar diferentes escenarios al respecto, los cuales podrían ser desglosados de la siguiente manera: **(i)** ante la solicitud de reingreso formulada por el trabajador excedente voluntario, la empresa deniega dicha eventual reincorporación, alegando como razón principal la inexistencia de plaza vacante de igual o similar categoría profesional en ese momento, al tiempo que, por supuesto, reconoce la existencia del derecho preferente de reingreso del trabajador, acepta el vínculo laboral establecido entre ambas partes y, por consecuencia, la plena aplicabilidad y funcionalidad del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, quedando el trabajador en una situación expectante a la espera de la creación de la mencionada vacante⁶⁰³. En este caso, nos encontramos ante una situación dentro del ámbito de un proceso ordinario y, por ende, correspondería presentar la pertinente acción declarativa de derechos, a través de la cual se reclamara la efectividad y operatividad del derecho que afecta y define a la propia esfera jurídica del empleado; **(ii)** el supuesto en el que la empresa, ante la comunicación de solicitud de reincorporación efectuada por el trabajador excedente voluntario, niegue, a través de actos contundentes, claros e inequívocos, cualquier tipo de vínculo laboral entre ambas partes, dando a entender, de un modo expreso y explícito, un desconocimiento rotundo de la propia relación laboral que le puede unir con el empleado⁶⁰⁴. En este supuesto, el contexto jurídico en el que

⁶⁰³ En este sentido, las SSTs de fecha 21 de diciembre de 2000 (RJ 2001/1868), 27 de octubre de 1988 (RJ 1988/8167) y 30 de junio de 2000 (RJ 2000/8294); así como también la STSJ de Andalucía (Granada) de fecha 5 de noviembre de 2002 (AS 2002/4212).

⁶⁰⁴ Cabe destacar la STS de fecha 22 de noviembre de 2007 (RJ 2008/1032), cuando señala, entre las diferentes situaciones que se pueden generar, aquellas en la que se produce una negativa rotunda e irrevocable de la empresa al reingreso solicitado por el trabajador excedente voluntario, lo que viene suponer la voluntad de ruptura del vínculo jurídico-laboral que mantiene con el mismo. Apoyando la

se encuentra el empleado se debería debatir dentro de un proceso de despido, por lo que el trabajador excedente voluntario debería presentar la correspondiente acción de despido, debiendo probar la intención, por parte del empresario, de negar la existencia de su derecho preferente de reingreso y, por tanto, de extinguir la relación laboral que unía a ambas partes; (iii) otro supuesto sería aquel en el que la empresa, ante la solicitud de reincorporación formulada por el trabajador excedente voluntario, no emitiese contestación alguna al respecto, produciéndose un silencio empresarial respecto a la petición de reingreso realizada por el trabajador excedente voluntario. En relación a este punto, e independientemente de la multitud de interpretaciones que ha generado este tipo de situaciones, debido, fundamentalmente, a la confusión que viene implícita en las mismas, el procedimiento legal correcto se encuadraría dentro de un proceso legal de carácter ordinario, por lo que el trabajador debería presentar una demanda declarativa de reingreso. Y ello por varias razones.

La primera de ellas se sustentaría sobre la base de considerar que la falta de contestación a una petición de reincorporación no se debe interpretar como un despido, el cual únicamente cabría estimar producido al haberse manifestado la empresa en tal sentido, no reconociendo al trabajador excedente voluntario su derecho preferente de reingreso.

La segunda de ellas, incidiendo en el hecho de que el silencio ante una solicitud de reincorporación no puede considerarse como una voluntad tácita de extinguir la relación contractual entre ambas partes, sino que debe observarse como un propósito, por parte del empresario, de mantener vivo el vínculo laboral

jurisprudencia señalada anteriormente, cabe resaltar la STSJ de Andalucía (Málaga) de fecha 24 de abril de 2008 (AS 2008/2855) y la STSJ de Galicia de fecha 15 de octubre de 2009 (AS 2009/2946).

entre ambas partes. Es decir, que el silencio empresarial ante una solicitud de reingreso no se debe entender como una negación del derecho preferente de reingreso del trabajador excedente voluntario⁶⁰⁵.

⁶⁰⁵ En este sentido, cabe destacar las SSTs de fecha 19 de octubre de 1994 (RJ 1994/8254) y 22 de mayo de 1996 (RJ 1996/4610). En esta línea, la STSJ de Aragón de fecha 7 de febrero de 2006 (AS 2006/1701) y la STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 14 de diciembre de 2000 (JUR 2001/164497). La corriente doctrinal aquí citada se basa en afirmar que el hecho de que el empresario, ya de manera expresa o tácita, desatienda la petición de reingreso efectuada por el trabajador excedente voluntario no es, por sí sólo, demostrativo de que, por parte de aquél, haya existido y actuado una voluntad extintiva del vínculo laboral hasta entonces suspendido, ya que, y citando de manera textual el contenido de dichas Resoluciones Judiciales *“normalmente, tal desatención salvo que concurren circunstancias que denoten inequívocamente dicha voluntad extintiva, sólo es interpretable como mera negativa al reconocimiento del eventual derecho al reingreso, y que, consecuentemente con lo expuesto, ante la negativa empresarial a la petición del reingreso del excedente voluntario, se abren a este dos vías impugnatorias contra tal decisión, las cuales no son optativas o de libre elección, al ser obligado utilizar la en cada caso procedente: el proceso de despido cuando dicha negativa o desatención, por las circunstancias en que se produce, manifiesta en términos inequívocos voluntad extintiva; y el proceso ordinario en aquellos otros supuestos en los que la referida negativa o desatención sólo denota la falta de reconocimiento del eventual derecho al reingreso. La utilización equivocada, puntualiza la doctrina jurisprudencial, de una u otra vía al margen de las consecuencias procesales negativas que puede llevar consigo, dificulta en todo caso la viabilidad de la pretensión, pues mal podría calificarse como nulo o improcedente a un despido que no ha existido y mal podría accederse al reconocimiento del derecho al reingreso con respecto a relación laboral extinguida por despido no impugnado dentro del plazo de caducidad establecido al efecto”*. En contra, la STSJ de la Comunidad Foral de Navarra de fecha 24 de octubre de 2005 (AS 2005/3359).

En contra de dicha afirmación, hay determinados autores que consideran que la falta de respuesta empresarial ante la solicitud de reingreso formulada por el trabajador excedente voluntario se debería observar como si de un acto unilateral extintivo se tratase y, por ende, de un despido, entre ellos, RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., páginas 72 y 73; PEREZ ALONSO, M.A.: “La excedencia laboral. Aspectos laborales y de Seguridad Social. A propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, op. cit., página 7 al afirmar que *“asimismo, cuando la empresa no conteste a la demanda de reingreso o lo hace en base a una causa que no sea la alegación de falta de vacante de la categoría ostentada por el excedente, su actitud supone una negativa clara al citado reingreso, sin causa alguna que lo justifique y por tanto ha de calificarse como despido”*; ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral*

Otro caso diferente consistiría en aquellas situaciones en las que se produjera un reconocimiento de derechos parcial. Y me estoy refiriendo a aquellos escenarios en los que la empresa, ante la solicitud de reingreso formulada por el trabajador excedente voluntario, se limitase únicamente a comunicar al empleado la falta de vacantes de igual o similar categoría profesional pero, en ningún momento, haciendo extensivo el contenido de dicha respuesta a la situación de excedencia voluntaria en la que se encuentra el trabajador. La empresa no estaría reconociendo, de una manera expresa, clara y contundente, la situación jurídica del trabajador excedente voluntario y, por ende, todos aquellos derechos que pudieran afectar a la esfera jurídica de éste. La inseguridad jurídica creada por la empresa podría ocasionar al trabajador una cierta confusión a la hora de interponer la acción procesal correcta. Este supuesto se entendería como un despido de carácter tácito, el cual se produce en el instante en que exista una conducta inequívoca de

Voluntaria, op. cit., páginas 389 y 390, al considerar que “*la acción de despido podrá ser también ejercitada – además de frente a la negativa al reingreso por inexistencia de vacante – cuando la actitud empresarial sea de silencio y pasividad, por no contestar reiteradamente a la demanda de reingreso que se le remite*” o PEREZ ALONSO, M.A.: “La excedencia laboral. Aspectos laborales y de Seguridad Social. A propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *op. cit.*, al afirmar que cuando la empresa no conteste a la demanda de reingreso o lo haga en base a una causa que no se la alegación de falta de vacante de la categoría ostentada por el trabajador excedente voluntario, “*su actitud supondrá una negativa clara al citado reingreso, sin causa alguna que lo justifique y por tanto ha de calificarse como despido*”. La autora cita una STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 28 de septiembre de 1993 (AS 1993/4219).

En último lugar, sitúo en una posición intermedia la opinión manifestada por GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo, op. cit.*, página 131, al dejar el autor una puerta abierta a la posibilidad de que el silencio empresarial pueda ser rebatido por el trabajador excedente voluntario a través de una demanda declarativa de reingreso y no mediante una acción de despido, al sentenciar que “*en estos supuestos no hay una actitud clara del empresario en cuanto a si considera o no extinguido el contrato*”.

actos claros e indubitados, sin los cuales la no reincorporación por la finalización de la excedencia no equivaldría a despido⁶⁰⁶.

Así pues, no cabe ninguna duda de que el camino procesal idóneo y que va a garantizar una plena protección de la esfera jurídica del empleado, se plasmaría en una acción de despido. Y ello por una sencilla razón, como es que la empresa, al denegar la reincorporación efectiva del trabajador excedente voluntario, no está reconociendo de una manera expresa la continuación en esa misma situación de excedencia voluntaria, ni tan siquiera de una manera tácita⁶⁰⁷.

No obstante lo anterior, y haciendo referencia a un supuesto de naturaleza especialmente singular, cabe la posibilidad de que el trabajador hubiera presentado una acción declarativa de derechos mediante la cual se solicitase el reconocimiento expreso de su derecho preferente de reingreso, tomando como punto de partida la contestación inicial por parte de la empresa alegando falta o inexistencia de vacante, pero todo ello con la peculiaridad de que el trabajador conociera, posteriormente a la presentación de dicha demanda, el cierre de la actividad y, por ende, del centro de trabajo como consecuencia de una decisión tomada por el empresario de manera unilateral y sin la correspondiente autorización administrativa en tal sentido. En este caso concreto, lo que en realidad se habría producido es la ruptura del vínculo que permanecía en suspenso mediante el mencionado cierre empresarial impidiendo al trabajador instar la solicitud de reingreso, frente a la cual se tendría que accionar por despido⁶⁰⁸.

⁶⁰⁶ STS de fecha 21 de abril de 1986 (RJ 1986/2213) y STSJ de Galicia de fecha 3 de enero de 1994 (AS 1994/195).

⁶⁰⁷ SSTs de fecha 24 de septiembre de 1987 (RJ 1987/6387) y 11 de octubre de 1990 (RJ 1990/7543).

⁶⁰⁸ Siguiendo la línea doctrinal establecido por la STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 14 de febrero de 1996 (AS 1996/1066). Dicha resolución judicial insiste en que si ya en situaciones de reingreso de

2.5 Acción de reingreso e indemnización de daños y perjuicios.

Sobre esta cuestión, una de las circunstancias más controvertidas es aquella referente a la posibilidad de que el trabajador excedente voluntario pueda reclamar cantidades en concepto de salarios de tramitación derivados de una acción declarativa de reingreso, y ello como tomando como referencia el período de inactividad laboral en el que se haya encontrado como consecuencia de la decisión de la empresa de denegar su reincorporación por falta o inexistencia de vacantes.

La respuesta jurisprudencial en torno a este asunto ha sido la de negar de manera rotunda dicha posibilidad, es decir, que a través de una acción declarativa de reingreso un trabajador pueda reclamar los salarios dejados de percibir. La posición de los tribunales respecto a esta cuestión se basa en un matiz esencial.

Un trabajador en situación de excedencia voluntaria, que solicita en tiempo y forma su reincorporación y, por ende, ejercita su derecho preferente de reingreso y, a su vez, observa como la empresa le deniega dicho derecho alegando falta o inexistencia de una vacante apropiada, se encuentra compelido, si es que desea actuar a través del cauce procesal correcto, a presentar una acción declarativa de reingreso, encuadrando su situación dentro de un procedimiento laboral de carácter ordinario. Esto supone que la finalidad básica del trabajador, a través de la interposición de dicha acción, consiste en conseguir su reingreso en la empresa, entendiendo que la contestación empresarial por la cual se le deniega su reincorporación por inexistencia de vacante de igual o similar categoría

trabajadores excedentes voluntarios una simple amortización de puesto de trabajo sin autorización administrativa se considera, a todos los efectos laborales, como una acción empresarial tendente a impedir la reincorporación efectiva del empleado y, por tanto, encierra un auténtico despido improcedente, que decir respecto de un cierre empresarial sin haber seguido los trámites legales y administrativos pertinentes.

profesional, no se ajusta a la realidad interna de aquélla y que, por tanto, desea acreditar la existencia de dicha plaza vacante y, en consecuencia, lograr su reincorporación efectiva en el seno de la misma.

Si nos atenemos a los detalles de la cuestión, resulta evidente que el trabajador, durante el período de tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento traducido en la presentación de la papeleta de conciliación ante el órgano competente hasta la fecha en la cual el Juzgador de instancia dicte la correspondiente sentencia, estimando, en su caso, la pretensión inicial del empleado, no busca conseguir la extinción de su vínculo contractual con la empresa, más bien todo lo contrario, es decir, pretende conseguir el mantenimiento de dicho vínculo contractual por medio de un objetivo: su reincorporación inmediata en la empresa.

Por tanto, a lo largo de dicho período temporal, la relación laboral entre ambas partes habría permanecido interrumpida hasta el momento en el que el trabajador excedente voluntario hubiera logrado su reincorporación definitiva. Así pues, durante ese margen temporal el empleado no habría generado derecho a percibir cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación⁶⁰⁹, y ello a pesar de ese período temporal en el cual se ha visto imposibilitado para prestar servicios debido a la actitud adoptada por la empresa en el sentido de obstaculizar su reincorporación en tiempo y forma alegando falta o inexistencia de vacante de

⁶⁰⁹ Obligación de abono de salarios de tramitación que, en base al Real Decreto – ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, quedaría delimitada a unos escenarios y supuestos concretos, los cuales desarrollaremos más adelante.

igual o similar categoría profesional, independientemente de que la existencia de dicha vacante fuese posteriormente acreditada⁶¹⁰.

Ahora bien, resulta obvio que los intereses del trabajador han sufrido un evidente perjuicio el cual debe ser resarcido de alguna manera. El mecanismo que nuestros tribunales han escogido a la hora de proceder a compensar el daño y los perjuicios ocasionados al trabajador excedente voluntario que no reingresa en la empresa adecuadamente, reflejado en el abono de una cantidad en concepto de indemnización, precisamente para equilibrar y minimizar en la medida de lo posible esos daños y perjuicios causados.

No hay que olvidar que la reincorporación definitiva del empleado se produce como consecuencia de una sentencia que reconoce la existencia de una vacante, y dado que la negativa empresarial ha supuesto negar el reconocimiento de un derecho del trabajador, cual es el derecho preferente de reingreso establecido y consagrado en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, es necesario plantear una reclamación de daños y perjuicios al empresario, y ello partiendo de la base de lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil, el cual dispone que *“quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”*.

⁶¹⁰ En este sentido, la STS de fecha 28 de junio de 1990 (RJ 1990/5536) delimita claramente esta situación y afirma que en aquellos casos en los que la voluntad del trabajador excedente voluntario no sea otra que la de mantener el vínculo contractual con la empresa y reclamar la efectividad de su derecho preferente de reingreso a través de la presentación de la correspondiente demanda declarativa de reingreso, la petición del trabajador excedente voluntario no podrá ser entendida como si de un despido se tratara y, en consecuencia, carecerá de derecho alguno a la hora de reclamar cantidades en concepto de salarios de tramitación.

Cabe destacar aquellos casos en los que el trabajador excedente voluntario, una vez ha conseguido el reconocimiento y efectividad de su derecho preferente de reingreso, reclame que el período temporal en el cual se ha encontrado en situación de inactividad laboral – como consecuencia de la denegación, por parte de la empresa, de aceptar su petición de reingreso a la misma –, obtenga el tratamiento de ocupación cotizada a efectos de acreditar que en los seis años precedentes a la situación legal de desempleo ha existido un período mínimo de carencia de seis meses, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un proceso de carácter ordinario, el cual impediría subsumir la situación contemplada en la norma legal como si se tratase de un período temporal de ocupación cotizada, en relación a los salarios dejados de percibir como consecuencia del despido.

Es imprescindible resaltar el hecho de que las consecuencias derivadas de las acciones que el trabajador en situación de excedencia voluntaria ejercite van a marcar, de manera definitiva, la base sobre la cual se van a asentar sus futuros derechos y posibles obligaciones.

Por ello, en relación al objeto de reclamar la existencia de una vacante del mismo grupo profesional, y ante la oposición de la empresa, surgiría una obligación de carácter simple, consistente en la reincorporación a la misma con efectos inmediatos; por el contrario, y en el caso de que el trabajador excedente voluntario presentase la pertinente acción de despido, ello daría lugar, caso de ser estimada aquélla, a los efectos establecidos para esta clase de resoluciones y, entre ellos, el abono de los salarios de tramitación⁶¹¹.

⁶¹¹ STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 12 de enero de 1993 (AS 1993/279). En este sentido, cabe destacar que el abono de los salarios de tramitación únicamente tendría lugar en el supuesto de que, una vez el despido hubiera sido declarado improcedente, el empresario optase por la reincorporación del empleado a la empresa o en el caso de que el trabajador excedente voluntario tuviera la condición de representante

En cualquier caso, debemos poner de manifiesto que en el supuesto de que el trabajador excedente voluntario únicamente hubiera reclamado en su demanda de reingreso la efectividad de su derecho preferente y no un posible resarcimiento por daños y perjuicios ocasionados derivados de los salarios dejados de percibir como consecuencia de la denegación empresarial, el Juzgador de instancia, en el caso de que finalmente decidiera estimar la demanda presentada por el trabajador, debería limitarse exclusivamente a reconocer la petición inicialmente reclamada por el empleado⁶¹². Lo contrario supondría que la sentencia de instancia pueda incurrir en vicio de incongruencia⁶¹³.

legal de los trabajadores o delegado sindical. En caso contrario, esto es, cuando el empresario optase por afrontar el pago de la cantidad en concepto de indemnización al empleado, tal circunstancia no conllevaría el abono de la cantidad en concepto de salarios de tramitación, y todo ello en base a lo dispuesto en el artículos 18.7 y 18.8 del Real Decreto – ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

⁶¹² Cabe hacer referencia a la STSJ de Galicia de fecha 16 de julio de 2009 (AS 2009/2354), respecto de la cual pueden extraerse cuatro tipos distintos de incongruencia: **(i)** incongruencia interna, esto es, cuando se aprecie una clara contradicción entre los fundamentos de derecho y el fallo; **(ii)** incongruencia "*ultra petitum*", cuando se concede más de lo pedido por el demandante; **(iii)** incongruencia "*extra petitum*", cuando se resuelve sobre cuestiones distintas y ajenas a lo solicitado por las partes, lo que implica una invasión frontal del derecho de defensa contradictorio, privando a los litigantes de la facultad de alegar lo que a su derecho proceda o lo que estimen conveniente a sus legítimos intereses; y, **(iv)**, por último, incongruencia omisiva, supuesto en el que el juzgador no resuelve sobre alguna o algunas de las pretensiones ejercitadas por las partes, siendo relevante, en orden a su conceptuación. En este aspecto, la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de fecha 16 de mayo de 2000 (RTC 2000/124), en la que, con cita de otras anteriores, indica que la incongruencia omisiva se produce "*cuando el Órgano Judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión*"

En este aspecto, en el caso de que el trabajador excedente voluntario interpusiese acción declarativa de derechos, debe quedar claro que no se está negando la subsistencia del contrato de trabajo, sino solamente la procedencia de poner término a la suspensión que le afecta y, por tanto, la acción que asiste al trabajador para combatir la postura empresarial es la tendente a obtener de los Tribunales el reconocimiento del derecho que injustificadamente es negado por el empresario.

En este sentido, la satisfacción del derecho no podría limitarse a la reincorporación a la empresa sin más, puesto que la demora injustificada respecto a dicho reingreso ha producido al trabajador excedente voluntario una serie de

pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales."

⁶¹³ En este aspecto, deviene esencial resaltar el hecho de que el incumplimiento de la obligación de congruencia que impone el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe valorarse siempre en términos de comparación entre la pretensión procesal de las partes, esto es, lo que hace referencia a sus elementos integrantes de pedir, causa de pedir y hechos constitutivos, y la respuesta o fallo judicial emitido a tal efecto. Siguiendo la línea mantenida por la STSJ de Andalucía (Granada) de fecha 10 de diciembre de 2008 (AS 2009/924), habrá, pues, de analizarse si la sentencia tachada de incongruente, ha concedido más de lo pedido por el actor -"*ultra petitum*"-, o si lo otorgado ha sido por diferente causa a la alegada en la demanda -"*extra petitum*"-.

En este aspecto, y tal y como reiteradamente ha afirmado el Tribunal Constitucional, entre otras muchas, SSTS de fecha 18 de marzo de 1992 (RTC 1992/32) y de fecha 29 de junio de 1998 (RTC 1998/136), al perfilar el alcance y contenido de la tutela efectiva judicial consagrada en el artículo 24 de la Constitución Español, el principio de congruencia obliga a los órganos judiciales a decidir conforme a lo alegado, sin que les sea permitido otorgar más de lo pedido, ni menos de lo resistido por el demandado, así como tampoco cosa distinta de lo solicitado por las partes. Este último deber prohíbe a los Jueces y Tribunales modificar y alterar los términos del debate procesal, y, consecuentemente, asumir la iniciativa para pronunciarse sobre pretensiones que por ser "*extra petitum*", invaden frontalmente el derecho de defensa contradictorio de las partes, a quienes se les priva de la facultad de alegar lo que a su derecho proceda, o lo que estimen conveniente a sus intereses.

perjuicios, traducidos en los salarios que indebidamente dejó de percibir el trabajador excedente voluntario, en cuanto ganancia dejada de obtener⁶¹⁴.

3. Acción de despido.

3.1. Concepto.

En el caso de que el trabajador excedente voluntario hubiera solicitado su reingreso en la empresa de manera adecuada y hubiera obtenido como respuesta una negativa, clara e inequívoca, de su derecho preferente de reingreso y, por ende, de su situación de excedencia voluntaria, será cuando se encuentre en condiciones de ejercitar la acción de despido, pues la empresa no está denegando al trabajador su reincorporación al organigrama de la misma por falta a o inexistencia de vacantes de su misma o similar categoría profesional, sino que da un paso más allá y niega la operatividad del derecho preferente de reingreso ostentado por el trabajador, no concediéndole ningún tipo de posibilidad de reingreso en el seno de la misma. En este tipo de casos cuando el empleado debe

⁶¹⁴ Lo cual está perfectamente en consonancia con lo manifestado por la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 18 de noviembre de 1992 (AS 1992/5716). En efecto, la referida Resolución Judicial establece que, *“la injusta negativa empresarial puede haber producido unos perjuicios al trabajador, cuya reparación puede ser exigida por éste, siempre que pruebe su existencia, siendo suficiente prueba de ello el hecho de existir vacantes susceptibles de ocupación y cuya cuantía ha de ser la correspondiente a los salarios que indebidamente dejó de percibir”*. En este sentido, claramente se aprecia que la indemnización por daños y perjuicios ha de ser pedida expresamente con la prueba de la existencia de los mismos. Sería conveniente comprobar que dicha petición no figurase en la demanda declarativa de reingreso ni tampoco en el acto del juicio ni a través de todo el procedimiento. En la misma línea doctrinal, cabe destacar la STSJ de Cataluña de fecha 8 de enero de 1998 (AS 1998/157). En materia de incongruencia, cabe hacer referencia a la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 30 de enero de 2007 (JUR 2007/121397), STSJ de Galicia de fecha 16 de julio de 2009 (AS 2009/2354) y STSJ de Andalucía (Granada) de fecha 10 de diciembre de 2008 (AS 2009/924).

entender la situación en la que se encuentra y saber elegir el cauce procesal adecuado a la hora de lograr la efectividad plena de su derecho, y la base elemental de dicho procedimiento se apoya en la interposición de la acción de despido.

Con ello, resulta claro que el hecho de que exista o no plaza vacante de la misma o similar categoría profesional del empleado es un dato totalmente irrelevante. La evidencia o no del puesto de trabajo vacante sobre el cual, en teoría, el trabajador excedente voluntario ostentaba un derecho preferente de acceso, pasa completamente a un segundo plano; y ello no por razón de que el empleado haya interpuesto una acción de despido la cual conduzca y desemboque, de manera inevitable, en una ruptura del vínculo contractual, sino porque la empresa ha sido el principal artífice de tal decisión, al trasladar al empleado su deseo imperativo de finalizar la relación laboral mantenida entre ambas partes.

Este tipo de situaciones se generan cuando se produce una negativa, rotunda e inequívoca actitud por parte de la empresa que implica el rechazo de la existencia de la relación laboral entre ambas partes. Cabe puntualizar de nuevo que dicha negativa no es ya únicamente un desconocimiento del derecho a la reincorporación, sino un rechazo de la existencia de cualquier tipo de vínculo o resquicio contractual entre las partes. La empresa se niega a aceptar la reincorporación efectiva del trabajador excedente voluntario al no considerar siquiera la posibilidad legal de éste de cara a conseguir efectividad para el ejercicio legítimo de un derecho definitivo de su esfera jurídica. Dicha postura ha venido siendo interpretada por nuestros Tribunales como una negación de la condición misma de trabajador, alcanzando ya no únicamente un rechazo manifiesto de la existencia del vínculo contractual entre las partes, sino también, y dando un paso más allá, implicando un rechazo directo y frontal de la situación de

excedencia voluntaria reconocida y disfrutada por el trabajador durante el período de tiempo que se tratase⁶¹⁵.

Ahora bien, hemos de recalcar que para que todo lo expuesto anteriormente pueda ser aplicable debe constar una voluntad clara y terminante, por parte de la empresa, de dar por extinguida la relación laboral que le une con el empleado⁶¹⁶.

En este aspecto, y partiendo de la base de que la modalidad procesal de despido se apoya en una evidente finalidad extintiva de la acción utilizada por el trabajador excedente voluntario y, por ende, es calificada como un despido de naturaleza disciplinaria, ello no es obstáculo para afirmar que la figura jurídica de despido disciplinario exhibe una incuestionable esencia impropia, pues hay que tener en cuenta que el hecho causante práctico que origina la interposición de la demanda en materia de despido – en este caso, disciplinario – por parte del

⁶¹⁵ Un rechazo directo y frontal de la situación de excedencia voluntaria que en ningún modo se produciría en el caso de que el trabajador, una vez hubiera formulado en tiempo y forma su solicitud de reingreso, procediese a establecer e, incluso imponer, una serie de condiciones y parámetros de difícil realización supeditando su reingreso al cumplimiento de aquéllos. Bajo este contexto, la empresa que no aceptase tales condiciones y, por ende no accediese a reconocer el derecho preferente de reingreso del trabajador, no estaría incurriendo en una actitud que refleje una negación de tal situación de excedencia voluntaria, dado que la empresa no estaría negando al empleado su condición de trabajador de la empresa y lo único que estaría haciendo sería contestar a los escritos de éste que, de forma unilateral, impone condiciones para su reingreso o dice no estar de acuerdo con lo que se le ofrece. Es decir, no existe esa negativa, clara y tajante, ni decisión empresarial de tener por rotas las relaciones laborales y es ésta, explicitada de forma clara o por actos inequívocos, la que posibilitarían el éxito de la acción de despido.

No se niega al trabajador excedente voluntario su cualidad de trabajador y no se aduce la inexistencia de relación laboral con ella ya que la doctrina judicial interpreta que no se le ha impedido a ocupar una plaza en las condiciones y forma a las que se tiene derecho tras la situación de excedencia voluntaria, siguiendo lo dispuesto en la STSJ de Andalucía (Granada) de fecha 18 de junio de 2002 (AS 2003/1029).

⁶¹⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 129 y ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 389.

trabajador excedente voluntario, no enlaza con ninguna de las causas enumeradas y desglosadas en el apartado segundo del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores⁶¹⁷, ya que la negativa empresarial al reingreso no aparece en ningún momento configurada como una reacción del empresario ante un incumplimiento del trabajador.

No obstante lo anterior, no es menos cierto que, a lo largo de los últimos años, la funcionalidad y aplicabilidad de la figura jurídica del “*despido*” propiamente dicho ha ido poco a poco evolucionando hasta abarcar y afectar a casi la totalidad de decisiones y actuaciones por parte del empresario, que pudieran ser interpretadas como una actuación puramente unilateral de llevar a cabo la resolución del contrato de trabajo del empleado. Es básico que entendamos que dicha modalidad procesal no puede quedar reservada única y exclusivamente para los despidos disciplinarios, puesto que, por el contrario, los trámites propios de aquella se han de aplicar a toda reclamación que un trabajador formule contra su cese en el trabajo o contra la extinción de su relación laboral ordenados por el empresario, cualesquiera que sean las causas que hayan generado o producido ese

⁶¹⁷ En este sentido, el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores se manifiesta en los siguientes términos cuando afirma que se considerarán incumplimientos contractuales: **i)** las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo; **ii)** la indisciplina o desobediencia en el trabajo; **iii)** las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos; **iv)** la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo; **v)** la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado; **vi)** la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo; y, **vii)**, el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

En palabras de GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo, op. cit.*, página 129, “*estamos ante un supuesto que no encaja dentro del concepto de la extinción por causas disciplinarias*”.

cese o extinción, y ello independientemente de que las mismas no tengan nada que ver con las que se recogen en el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores.

En multitud de ocasiones, también son reconducidas y aceptadas dentro del ámbito de aplicación de la acción de despido situaciones que van más allá de una simple negativa empresarial a aceptar el mero reingreso solicitado por el trabajador excedente voluntario⁶¹⁸, como, por ejemplo, aquellas actuaciones del empresario que, tras la solicitud de reincorporación del trabajador y sin respetarla pasa a contratar nuevos trabajadores fijos o temporales, pues ello evidentemente denota la actuación de la empresa al objeto de impedir la efectiva reincorporación y convertir en totalmente ilusorio el derecho preferente de reingreso del trabajador conferido y reconocido por el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores⁶¹⁹; o bien el supuesto de negativa empresarial de aceptar el reingreso del trabajador excedente voluntario que no hubiese superado con éxito unos previos exámenes y reconocimientos médicos⁶²⁰ así como también en los casos en los que el empresario niega e impide la reincorporación del trabajador excedente voluntario por inexistencia de vacante de igual o similar categoría profesional alegando una amortización de puesto de trabajo que, en realidad, o bien jamás se llegó a

⁶¹⁸ En base a la opinión sostenida por GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo, op. cit.*, página 139. El autor señala que uno de los supuestos que más complejidad y confusión jurídica plantean son aquellos en los que una vez que el trabajador excedente voluntario ha presentado la correspondiente solicitud de reingreso en tiempo y forma la empresa procede a transformar contratos de carácter temporal en indefinido y ello sobre un puesto de trabajo de igual o similar categoría profesional respecto a la que tenía el trabajador excedente voluntario.

⁶¹⁹ STS de fecha 23 de enero de 1996 (RJ 1996/122) y SSTSJ de Galicia de fecha 15 de mayo de 1996 (AS 1996/1478) y 24 de septiembre de 1996 (AS 1996/3408); y STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 22 de enero de 2002 (AS 2002/997).

⁶²⁰ STSJ de Castilla y León (Valladolid) de fecha 13 de julio de 1993 (AS 1993/3439).

materializar o bien se llevó a cabo pero con posterioridad a la solicitud de reingreso del trabajador excedente voluntario⁶²¹.

En opinión de una parte de la doctrina científica⁶²², la aplicación a tales supuestos de la regulación sustantiva y procesal del despido, responde al hecho de que la empresa utiliza un mecanismo extintivo no tipificado en el momento en que pretende dar por finalizada la relación laboral. En este aspecto, resulta del todo necesario facilitar al trabajador una acción procesal para su defensa. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia, en base a una interpretación flexible de la norma legal⁶²³.

⁶²¹ STSJ de Galicia de fecha 3 de abril de 1996 (AS 1996/1953) y STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 31 de mayo de 1993 (AS 1993/2642).

⁶²²J. GARCIA MURCIA, “Sobre el concepto jurisprudencial y sus consecuencias procesales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 52, 1992, páginas 214 y 215. En el mismo sentido se expresa GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, páginas 128 y 129.

⁶²³ Una de las Resoluciones Judiciales más clarificadoras y que mejor interpretan la teoría expuesta es la STS de fecha 27 de julio de 1993 (RJ 1993/5992), en el sentido de afirmar la plena viabilidad del procedimiento especial en materia de despido, cauce procesal el cual acoge a toda acción que se precie en materia de despido, “*entendido este término en sentido amplio, no reducido al mero significado de despido disciplinario; y despido, como es sabido, es toda rescisión de la relación laboral dispuesta unilateralmente por el empleador. Y aunque esa disposición extintiva del empresario puede estar amparada en la concurrencia de alguna causa legalmente admitida para dar fin al contrato laboral, distinta del despido disciplinario, como pueda ser el haberse pactado conforme a ley la duración temporal del mismo o cualquier otro de los supuesto enumerados en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, si el trabajador no está de acuerdo con tal extinción, y la impugna mediante la formulación de la pertinente demanda contra ella, el trámite procesal que se ha de seguir es el que regulan los artículos 103 y siguientes de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social; y es precisamente en este proceso especial en donde se han de averiguar si existen o no las causas extintivas alegadas por el empleador, tanto se trate de las que regula el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores (despido disciplinario), como de cualquier otra completamente distinta.*” En la misma línea, merece la pena destacar las SSTS de fecha 20 de julio de 1994 (RJ 1994/6688), 23 de octubre de 1993 (RJ 1993/8060), 29 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10378), 11 de mayo de 1990 (RJ 1990/4308) y 26 de febrero de 1990 (RJ 1990/1912).

Una vez llegados a este extremo, es conveniente recalcar que la noción del despido no se identifica plenamente con la de despido disciplinario, sino que comprende toda extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario. Así pues, cuando el empresario realizara cualquier tipo de manifestación mediante la cual se pudiera entender una expresa declaración unilateral de tener por extinguido el contrato de trabajo del empleado, y el trabajador excedente voluntario reaccionase frente a esta decisión alegando la inexistencia o insuficiencia de la causa invocada lo que en definitiva se debatiría sería la concurrencia o no de una extinción sin causa legal, es decir, de un despido por la sola voluntad del empresario, que también se produce, como es obvio, si la relación se considerase extinguida sin alegación de causa.

Sin olvidar lo anteriormente mencionado, considero que existen más mecanismos procesales al objeto de que el trabajador excedente voluntario pueda conseguir el reconocimiento de su derecho y, por ende, la efectividad del mismo.

En mi opinión, el mecanismo procesal establecido en materia de despido disciplinario se fundamenta en el incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador. Dicho incumplimiento grave y culpable es el elemento básico a partir del cual la figura jurídica del despido individual, en cualquiera de sus vertientes, comienza a desplegar funcionalidad y operatividad, desembocando en la extinción del contrato de trabajo del empleado como consecuencia de la decisión tomada por el empleador en base a la comisión de una falta grave y culpable, en el caso del despido disciplinario, o una serie de condicionantes que no hacen sino obstaculizar o impedir la continuidad de la relación laboral, en el caso del despido por causas objetivas, factores los cuales hay que tener en cuenta a la hora de proceder a dicha extinción.

No obstante lo anterior, y centrándonos en situaciones de excedencias voluntarias relacionadas con la presentación de demandas en materia de despido por parte de los trabajadores, cabe destacar una serie de hechos que sirven para obtener una idea global del fondo del asunto a fin de asimilar las posibles alternativas, a mi entender, existentes en tal sentido.

En tal caso, resulta del todo necesario asumir que la figura jurídica del despido no encaja, de manera adecuada, en el contexto de una situación de excedencia voluntaria en la que el trabajador solicita, en tiempo y forma su reincorporación a la empresa, encontrándose, en muchas ocasiones, con una respuesta del empresario en la cual se produce una negación expresa y tajante al reingreso del empleado en la empresa, y ya no por razón de existencia o no de vacantes de la misma categoría profesional, sino incluso por negarse a reconocer aquella situación de excedencia voluntaria y, en consecuencia, rechazar cualquier tipo de vínculo contractual que pudiera haber entre el propio trabajador excedente voluntario y la empresa.

Aquí nos encontramos con una decisión unilateral adoptada por el empresario de manera totalmente arbitraria y discrecional, a través de la cual se intenta, ya ni siquiera obstaculizar o impedir el reingreso del trabajador excedente voluntario en la empresa, sino dar un paso más allá, tratando de eliminar cualquier aspiración que pueda tener el empleado al excluir aquel derecho preferente de reingreso de su esfera jurídica.

Así pues, el trabajador excedente voluntario entiende que la decisión tomada por el empresario no es ajustada a derecho y presenta una demanda en materia de despido, pero ello con la peculiaridad de que dicha demanda en materia de despido no se produce como consecuencia de un previo incumplimiento grave y

culpable por parte del trabajador, sino todo lo contrario, ya que es el propio empresario el que ha entendido carente de contenido legal la solicitud de reingreso realizada por el trabajador excedente voluntario y, por tanto, se ha opuesto frontalmente a que dicho reingreso se lleve a cabo, independientemente de la existencia o no de vacantes, quedando esta cuestión en un segundo plano.

3.2. Extinción del contrato de trabajo por propia voluntad del empleado.

Independientemente de la interposición de las acciones comentadas anteriormente, tales como la acción declarativa de reingreso y la acción de despido, entiendo que no se ha avanzado lo suficiente en este campo y que las posibilidades legales conferidas por la norma legal son más amplias de lo que pudiera parecer en un principio. En este caso, considero que el mero hecho de que el empresario conteste a la solicitud de reingreso negando la existencia de cualquier tipo de vínculo laboral entre ambas partes supone, además de la voluntad del empleador de extinguir dicho vínculo contractual, un incumplimiento grave, culpable e injustificado por su parte, conducta que, si profundizásemos en el contenido de la norma legal y realizásemos un ejercicio de interpretación extensiva, podría ser encuadrable dentro del artículo 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, otorgando al empleado un mecanismo procesal que antes no tenía, como sería la opción de solicitar la extinción de su contrato de trabajo, con las consecuencias legales inherentes a tal acción, traducidas esencialmente en el derecho a percibir una cantidad en concepto de indemnización como si de un despido disciplinario se tratase.

Es evidente que a los Tribunales, ante la falta de desarrollo legal de la institución jurídica de la excedencia voluntaria⁶²⁴, se han visto obligados a adaptar el régimen jurídico del despido a este tipo de situaciones, ampliando el ámbito propio del despido disciplinario, llegando a incluir a todas aquellas situaciones en las que la extinción nace de la voluntad resolutoria de la empresa y no del trabajador⁶²⁵. Pero a mi juicio, sí que existe un instrumento jurídico adecuado para asumir, desarrollar y concluir este tipo de situaciones: el mecanismo legal establecido en el artículo 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, a través del cual el trabajador excedente voluntario puede solicitar la extinción de su vínculo contractual en base a un incumplimiento grave por parte del empresario. Aunque, evidentemente, resulta imprescindible llevar a cabo un análisis preliminar previo a la hora de valorar las diferentes circunstancias que van a determinar el grado de aplicabilidad de dicha posibilidad legal al contexto específico planteado.

Es necesario tomar en consideración varios elementos, los cuales van a aportar el soporte legal necesario y la viabilidad práctica requerida, y que van a posibilitar la operatividad del procedimiento extintivo anteriormente mencionado. Y bajo este prisma, es una obviedad decir que el requisito fundamental a la hora de que un trabajador solicite la extinción de su contrato de trabajo es que el vínculo contractual establecido entre ambas partes siga vivo y plenamente vigente. Así pues, deviene del todo imprescindible ajustarse al caso concreto de la situación de excedencia voluntaria y sus incidencias particulares. El empleado, a todos los

⁶²⁴ Múltiples vacíos legales que se han intentado corregir ofreciendo la posibilidad de completar el régimen jurídico de la figura jurídica de la excedencia voluntaria a través de desarrollar su contenido jurídico a través de la negociación colectiva, en base a lo dispuesto en el artículo 46.6 del Estatuto de los Trabajadores, resultando, en mi opinión, del todo insuficiente.

⁶²⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 130. El autor entiende que el proceso de despido ejerce una *vis atractiva* sobre tales casos de extinción que no cuentan con regulación propia.

efectos, se encuentra en situación evidente de baja en la empresa, y ello tanto a un nivel contractual, funcional así como en materia de de Seguridad Social, por tanto, y a fin de conseguir la plena operatividad legal de dicha acción resolutoria, habría que distinguir dos escenarios en base a los cuales la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador adquiriría o perdería toda su eficacia jurídica, a efectos procesales y de cumplimiento de requisitos mínimos establecidos por la norma legal.

El primero de dichos escenarios se contemplaría desde un punto de vista temporal y se desglosaría en dos vertientes.

La primera sería aquella en la que el trabajador excedente voluntario reclamase la acción resolutoria individual de su contrato de trabajo de manera anterior a la presentación de la correspondiente solicitud de reingreso en la empresa, ya que, en caso de que esto sucediera, se consideraría que el trabajador excedente voluntario intenta extinguir un vínculo contractual sin haberlo activado previamente a través de la mencionada solicitud de reingreso y comunicación del ejercicio del derecho preferente conferido por la norma legal. Por tanto, se entendería que el trabajador no estaría cumpliendo el requisito jurídico esencial dispuesto en las situaciones de excedencia voluntaria que le pudiese otorgar viabilidad de cara a poder hacer uso efectivo de cualquier otra acción que pudiese ser aplicable.

La segunda sería aquella en la que el trabajador excedente voluntario, una vez ya hubiera presentado, en tiempo y forma, la pertinente solicitud de reincorporación en la empresa, y atendiendo y valorando las diferentes circunstancias concretas que se pudieran desarrollar a partir de dicho momento, procediera a presentar la acción individual extintiva de su contrato de trabajo. En

este aspecto, la comunicación del trabajador al empresario mediante la cual le traslada su voluntad de reingresar de nuevo en la empresa es una pieza procesal básica ya que, mediante dicha comunicación, el trabajador confiere efectividad y fortalecimiento jurídico a su derecho preferente de reingreso, el cual deviene en el único soporte legal dentro de la esfera jurídica del empleado que pueda interpretarse como prueba de subsistencia del vínculo contractual entre ambas partes, vínculo contractual que se traduce en el requisito legal esencial que posibilite al trabajador a utilizar el mecanismo legal resolutorio ofrecido por el artículo 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores.

Por otro lado, el segundo de los escenarios se centraría en el aspecto sustancial del mismo, desglosándose en los siguientes puntos.

Existiría una necesidad imperiosa de que el empresario, una vez el trabajador excedente voluntario hubiera solicitado su reincorporación en la empresa, manifestase de manera expresa, clara e inequívoca, su voluntad de negar el derecho preferente de reingreso ostentado por el trabajador y, por ende, rechazase de plano cualquier tipo de indicio o asomo de vínculo contractual establecido entre ambas partes. Una vez llegados a este punto, el trabajador estaría en disposición de interpretar esa actitud mostrada por el empresario como un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones, siendo observado bajo el ámbito de aplicación legal reflejado en el artículo 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, y obteniendo flexibilidad jurídica suficiente a efectos de conseguir una salida legal que pueda, en primer lugar, adaptarse a la situación jurídica planteada y, en segundo lugar, defender con eficacia el perjuicio causado a aquel trabajador excedente que contempla como el empresario, sin ningún tipo de causa o motivo aparente, niega la existencia de cualquier tipo de vínculo laboral entre ambas partes.

No hay que olvidar que para la acción de resolución del vínculo laboral se precisa la permanencia en el trabajo, mas si la no permanencia en el trabajo es por causa y decisión de la empresa con ello no se detiene ni enerva el ejercicio y decisión de la acción resolutoria planteada⁶²⁶.

No existe una decisión unilateral por parte del empresario sino una comunicación expresa, fehaciente e indubitada de no reconocimiento de una situación de excedencia voluntaria y, por tanto, se entiende que el empresario está faltando al cumplimiento de una obligación básica establecida por la norma legal, como es el reconocimiento del derecho preferente de reingreso de todo aquel trabajador excedente voluntario que presente su solicitud de reincorporación ajustándose tanto a lo establecido por la norma legal como a las diferentes particularidades dispuestas por el convenio colectivo de aplicación en cada caso concreto.

Si llevásemos a cabo un análisis al objeto de desgranar cuál sería el tratamiento procesal adecuado que deberíamos aplicar a la cuestión, sería conveniente tomar en consideración una serie de puntos fundamentales.

En primer lugar, la seguridad jurídica que recibiría el trabajador excedente voluntario sería mayor, ya que aplicaría el plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, el empleado disfrutaría de un mayor espacio temporal a la hora de presentar la correspondiente demanda mediante la cual solicitase la extinción voluntaria de su contrato de trabajo. Aún así, y a efectos de cubrir por completo cualquier tipo de vacío legal o defecto procesal que pudiera originarse como consecuencia de la

⁶²⁶ SSTs de fecha 4 de febrero de 1986 (RJ 1986/703) y 7 de noviembre de 1989 (RJ 1989/8019).

decisión del trabajador excedente voluntario de optar por este tipo de mecanismo legal tan específico y singular – sobre todo en situaciones de excedencias voluntarias –, sería conveniente que el trabajador actuase con prudencia y también presentase demanda en materia de despido, y ello respetando el plazo de caducidad dispuesto por el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, esto es, dentro de los veinte días hábiles siguientes a la fecha en la cual se produjera la contestación del empresario mediante la cual negase, de manera indubitada, clara e inequívoca, cualquier tipo de vínculo o resquicio contractual entre ambas partes.

Siguiendo esta línea procesal, el trabajador reforzaría sobremanera sus posibilidades de defensa y actuaría respetando los requisitos temporales mínimos establecidos en la norma legal los cuales se antojan del todo fundamentales a la hora de lograr la garantía procesal mínima que permita otorgar una cierta viabilidad y posibilidad de éxito al procedimiento iniciado.

En este aspecto, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁶²⁷ permite, en base a lo dispuesto en el artículo 32.1 de dicho texto legal, la posibilidad de que en el supuesto de que el trabajador formule demandas por alguna de las causas previstas en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores y, a su vez, por despido, acumular la demanda que se promueva posteriormente a la primera de oficio o a petición de cualquiera de las partes, debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio⁶²⁸.

Es evidente que la finalidad de esta regulación atiende a la voluntad legal de que sean contempladas al mismo tiempo conductas entrecruzadas que se hayan

⁶²⁷ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

⁶²⁸ A tales efectos, cabe destacar que el trabajador deberá hacer constar en la segunda demanda la pendencia del primer proceso y el Juzgado que conoce del asunto.

podido producir en una misma situación de conflicto, tratándose de evitar de este modo que, acudiendo de forma torticera al procedimiento de resolución, se eludiera un despido que se previera inminente, o a buscar la enervación de la acción resolutoria mediante la imposición del despido⁶²⁹.

Por otra parte, y si atendemos a lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, podría interpretarse una posible contradicción con lo establecido en el artículo 32.1 de dicho texto legal, en el sentido de que el primero de los preceptos citados prohíbe, de manera expresa, acumular acciones, entre otras, de despido y las extintivas del artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Pero dicho posible conflicto legal se salva cuando observamos que, en realidad, el principio teleológico de dicho artículo 32 únicamente impone la acumulación de autos dimanantes del ejercicio de tales acciones en diferentes demandas⁶³⁰. O dicho en otras palabras, esta acumulación supone que, una vez iniciado un proceso a partir de una demanda de despido o resolución vía artículo 50.1 del Estatuto de los Trabajadores, si posteriormente se ejercitase una acción

⁶²⁹ En opinión de RODRÍGUEZ – PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo”, *La Ley*, 1998, página 219, pese a la loable finalidad que persigue el artículo 32 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, lo cierto es que el mismo tiene una estructura naturalmente compleja y ello no sólo por el mecanismo que conduce a la acumulación, sino por la complicada estructura que adquiere el objeto del proceso una vez que la acumulación se ha producido, de ahí la enorme dificultad existente a la hora de clasificar este tipo de acumulaciones.

⁶³⁰ Tal y como señala claramente RUBIO DE MEDINA, M.D.: *La excedencia, op.cit.*, página 38.

distinta, la misma, de oficio o a instancia de parte, quedaría insertada en el proceso anterior⁶³¹.

Por último, un tema especialmente controvertido es el relativo al orden temporal en el que se deberían presentar las demandas. En base a diversos pronunciamientos, no sería posible interponer una demanda de extinción de contrato de trabajo una vez iniciado el proceso por despido, alegándose que el acto de despedir sería constitutivo, en sí mismo, y, por tanto, eliminaría la posterior resolución de un contrato ya extinguido por la actuación previa del empresario⁶³². En todo caso, la discusión debería focalizarse al momento de presentación de las respectivas demandas⁶³³.

3.3. La caducidad de la acción: análisis del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores.

La operatividad y configuración jurídica de la acción de despido se sostiene en base a un elemento definidor de carácter temporal, el cual marca, desde el principio del procedimiento, el esqueleto básico procesal de aquélla. Y este elemento no es otro que el plazo de caducidad establecido en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores inherente a toda demanda en materia de despido que quiera presentar el trabajador excedente voluntario. Dicho precepto establece que

⁶³¹ Siguiendo la opinión mantenida por GARCÍA MURCIA, J., “Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador”, *Civitas*, 1991, página 104, dicha inserción no pretendería dar lugar a la apertura de dos procesos distintos, por lo que quedaría sin objeto la posibilidad de su posterior reunión en un solo proceso, dado que lo que el precepto pretende es que la segunda demanda no llegue a iniciar un proceso distinto.

⁶³² Tomando como referencia lo dispuesto en la STS de fecha 7 de noviembre de 1989 (RJ 1989/8019).

⁶³³ SSTS de fecha 12 de julio de 1989 (RJ 1989/5461) y 23 de abril de 1996 (RJ 1996/3403); y STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 10 de septiembre de 2010 (JUR 2010/375740).

el trabajador que interponga una demanda mediante la cual alegue la existencia de un despido dispone de veinte días hábiles desde la fecha en la cual la extinción del contrato de trabajo se hubiera producido⁶³⁴.

El principal inconveniente que encuentra el trabajador a la hora de afrontar y preparar la defensa de sus intereses a través de la utilización de una acción de despido es precisamente ese límite temporal tan férreo y rígido de caducidad, características que suelen ser utilizadas por el empresario a través de conducta ambiguas a fin de forzar el agotamiento del mismo y liberarse de cualquier tipo de responsabilidad frente al trabajador excedente voluntario⁶³⁵. Anteriormente, parte de la doctrina científica venía manteniendo la hipótesis del despido tácito en aquellos casos en los que no se producía ningún tipo de respuesta por parte del empresario ante la solicitud de reingreso formulada por el trabajador excedente voluntario⁶³⁶. Postura científica actualmente rechazada por la mayoría de la doctrina judicial, científica y jurisprudencial actual, pues, con ello, lo único que se estaría haciendo sería perjudicar los intereses laborales del trabajador excedente voluntario, colocándole en una evidente situación de indefensión al desconocer éste, de manera exacta, el “*dies a quo*” que tiene que tomar como referencia a

⁶³⁴ STS de fecha 30 de junio de 2000 (RJ 2000/8294).

⁶³⁵ De la misma opinión, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 131. El autor entiende que, al tratarse de un plazo de caducidad tan breve, el ámbito de aplicación de la acción de despido debería ser interpretado de una manera restrictiva, es decir, que únicamente aquellas situaciones en las que fuera evidente la intención del empresario de dar por extinguida la relación laboral deberían ser reconducidas a dicha acción procesal.

⁶³⁶ Teoría completamente apoyada por ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, *op. cit.*, páginas 389 y 390; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, *op. cit.*, página 11 y PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia Laboral y Funcionarial*, *op. cit.*, páginas 336 y 337; GONZALEZ ORTEGA, S.: “El despido tácito y su impugnación”, *Revista de Política Social*, núm. 129, 1981, páginas 292, 293 y 294 y GARCÍA MURCÍA, J.: “Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales”, *op. cit.*, página 223.

efectos de cumplimiento del plazo de caducidad establecido por el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores a tal efecto. No hay que olvidar que la caducidad, como medida puramente extraordinaria que es, no puede ser objeto de interpretaciones extensivas ni tampoco beneficiar a quien incumpliendo las exigencias de la buena, no informe al trabajador excedente voluntario de manera correcta acerca de las diferentes circunstancias que puedan afectar al ejercicio de su derecho de reingreso.

Por tanto, y siempre y cuando no conste una voluntad inequívoca de la empresa mediante la cual conste, su voluntad de dar por extinguido el derecho preferente de reingreso del trabajador excedente voluntario y, por ende, el vínculo contractual establecido entre ambas partes, deberá negarse la caducidad de la acción por despido⁶³⁷, ya que el mero “*silencio empresarial*” no permite, desde ningún punto de vista lógico, fijar un “*dies a quo*” para la iniciación del cómputo del plazo de caducidad ya que se entiende que no existe una mínima base temporal que delimite y fije el inicio de dicho plazo, el cual requiere un hecho concreto, específico y que permita la exteriorización de la actitud empresarial en tal sentido⁶³⁸.

⁶³⁷ A este respecto, cabe destacar la línea científica sostenida por RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., páginas 46 y 47 y, desde un punto de vista intermedio, cabe citar la opinión suscrita por GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 132.

⁶³⁸ SSTTS de fecha 19 de octubre de 1994 (RJ 1994/8254), 23 de enero de 1996 (RJ 1996/122) y 22 de mayo de 1996 (RJ 1996/4610); así como también STSJ del Principado de Asturias de fecha 3 de marzo de 2006 (AS 2006/3081), SSTSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 14 de diciembre de 2000 (JUR 2001/164497) y 21 de febrero de 2006 (AS 2006/2735); STSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 24 de octubre de 2002 (AS 2003/521), STSJ de Extremadura de fecha 2 de enero de 2002 (AS 2002/1041), y SSTSJ de Cataluña de fecha 19 de febrero de 1998 (AS 1998/681) y 20 de septiembre 2000 (AS 2000/4243), entre otras. Por el contrario se sitúa la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 28 de septiembre de 1993 (AS 1993/4219).

En relación a este punto e independientemente de la multitud de interpretaciones que ha generado este tipo de situaciones, debido, fundamentalmente, a la confusión que viene implícita en las mismas, el procedimiento legal correcto se traduciría en la presentación de una demanda declarativa de reingreso, en base a una serie de fundamentos jurídicos ampliamente explicados y analizados en puntos anteriores.

Así pues, el “*dies a quo*” que se debería fijar a efectos de entender iniciado el plazo de caducidad de veinte días hábiles dispuesto en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores sería el momento en el que el trabajador excedente voluntario tuviera conocimiento fehaciente e indubitado respecto de la acción extintiva llevada a cabo por el empresario⁶³⁹, y ello de manera absolutamente independiente de la existencia o no de vacante de igual o similar categoría profesional en el organigrama de la empresa en ese momento⁶⁴⁰.

⁶³⁹ En opinión de GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., página 131, cuando a través de las manifestaciones del empresario se evidencie su intención de no continuar con el desarrollo de su prestación laboral.

⁶⁴⁰ Siguiendo lo establecido originariamente en la STS de fecha 21 de abril de 1986 (RJ 1986/2213), y seguido posteriormente por la jurisprudencia emanada de las SSTs de fecha 21 de febrero de 1992 (RJ 1992/1047), 19 de octubre de 1994 (RJ 1994/8254) y 22 de mayo de 1996 (RJ 1996/4610), se deriva la necesidad de “*partir de un hecho que por sí mismo evidencie la oposición empresarial a la continuidad de la relación laboral. Esta oposición puede ser expresa, mediante una declaración de voluntad dirigida al trabajador a través de la cual se le hace saber que, pese al cumplimiento de la condición, no se acuerda el reingreso, o tácita, si bien en este supuesto, debe tratarse, de acuerdo con la noción jurisprudencial de despido tácito, de una conducta inequívoca, de actos claros e indubitados sin los cuales la no reincorporación por fin de la excedencia no equivale a despido*”, ya que la caducidad es, según la doctrina científica, una medida extraordinaria que protege el interés general derivado de la pronta certidumbre de determinadas situaciones jurídicas, que no puede, por su propia naturaleza, ser objeto de interpretaciones extensivas ni beneficiar a quien, incumpliendo los principios de la buena fe y lealtad recíproca, no informa al trabajador sobre la existencia o no de plazas o no contesta a sus solicitudes de reincorporación.”

3.4. Efectos del despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria.

Los efectos procesales derivados de la interposición, por parte del trabajador excedente voluntario, de una demanda de despido sufrieron una modificación sustancial de fondo y forma a partir de la reforma del Estatuto de los Trabajadores llevada a cabo en el año 1994⁶⁴¹, ya que, anteriormente a ésta⁶⁴², la improcedencia del despido parecía una calificación prácticamente marginada⁶⁴³.

De entre las múltiples modificaciones realizadas por dicha reforma, una de las más relevantes se centró en reorganizar y concretar las causas por las cuales se

⁶⁴¹ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

⁶⁴² Profundizando un poco más en la configuración legal anterior a la entrada en vigor de la susodicha reforma del año 1994, ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria, op. cit.*, páginas 389 y 390 realiza un interesante análisis conceptual desglosando el articulado de aplicación en materia de nulidad, cuando dice que dos eran los argumentos que se venían utilizando a favor de la nulidad. Por una parte, el artículo 55.6 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo), por considerar que el trabajador excedente voluntario tenía suspendido su contrato de trabajo y, por otra parte, los apartados primero y tercero de dicho artículo 55 (Ley 8/1980, de 10 de marzo), por incumplimiento de los requisitos de forma. La autora se ratifica en la idea de que, con la legislación actual, han sido modificados los supuestos en que la calificación debe ser la de despido nulo, entre los cuales no aparecen los defectos formales, ya que éstos únicamente determinan la improcedencia del despido, y ello en base a lo establecido en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 35/2010, de 18 de septiembre).

⁶⁴³ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo, op. cit.*, página 133. El autor se reafirma, de manera acertada, sobre la idea de que, según lo dispuesto en la normativa laboral actual, la falta de forma implica, en todo caso, la calificación de improcedencia y nunca de nulidad, insistiendo en la posición jurídico – lógica de dicha opinión en el sentido de que si el empresario lo que pretende es dar por extinguido un contrato de trabajo sin esgrimir una justa causa al respecto estaríamos ante un vicio material el cual se reconduciría a una declaración o calificación de improcedencia.

podía entender nula la extinción de un contrato de trabajo⁶⁴⁴. Con ello, desapareció la figura jurídica del despido nulo por incumplimiento de los requisitos de carácter formal establecidos en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, reconduciéndose este tipo de supuestos al despido improcedente – apartados tercero y cuarto del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores –, con los efectos derivados propios de tal calificación y contenidos en el apartado primero del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores⁶⁴⁵. Asimismo, y mediante la introducción de dicha Reforma, se eliminó cualquier tipo de posibilidad legal a la hora de interpretar una situación de excedencia voluntaria como una auténtica suspensión del contrato de trabajo⁶⁴⁶ y, en consecuencia, la nulidad en este tipo de

⁶⁴⁴ Según PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral, op. cit.*, página 48, esta misma posición ya había sido sostenida por algún Tribunal, como por ejemplo, la STSJ de Andalucía (Málaga) de fecha 8 de octubre de 1992 (AS 1992/5026) y STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 16 de marzo de 1993 (AS 1993/1380).

⁶⁴⁵ El precepto primero del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores se considera el mecanismo jurídico elemental que regula los efectos jurídicos que desprende un despido cuando éste es calificado como improcedente, siendo el tenor literal del artículo el siguiente: *“Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b de este apartado 1, o el abono de las siguientes percepciones económicas que deberán ser fijadas en aquélla: (i) una indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades; y, (ii), una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.”*

⁶⁴⁶ A juicio de CRUZ VILLALÓN, J.: *“La doctrina jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria”*, *op. cit.*, página 233. El autor mantiene que la excepción que recogía el artículo 103 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, relativo a la inmediata readmisión del trabajador como efecto de la declaración de nulidad del despido no era en ningún caso aplicable a supuestos de excedencia voluntaria, alegando que una vez finalizada la situación de excedencia voluntaria y existiendo vacante a tal efecto a fin de conseguir el

situaciones quedaba virtualmente descartada, eliminándose la declaración de despido nulo en aquellos supuestos de suspensión en lo que no hubiese una justa causa extintiva, excepto en aquellos casos en los que la negativa del empresario constituyese una actuación discriminatoria o violatoria de derechos fundamentales o libertades públicas.

Ajustándonos a la actual regulación en materia de despido y, más concretamente, en relación a la calificación que éste debe recibir en aquellos casos en los que el trabajador se encuentre en situación de excedencia voluntaria y presente demanda de despido contra la empresa, se viene entendiendo que la situación de excedencia voluntaria, por la propia naturaleza inherente a la esfera jurídica del trabajador excedente voluntario, no conlleva una prestación efectiva de servicio y, por ende, el empleado no recibe remuneración de ningún tipo, razón por la cual el cese o despido no podría colocarle en una situación más favorable o ventajosa que la propia de la excedencia en que se encontraba, razón por la cual, y de acuerdo con lo establecido en los artículos 56 del Estatuto de los Trabajadores, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 108, 109 y 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, existe el imperativo legal de ofrecer a la empresa la alternativa jurídica prevista en este tipo de situaciones, como es la de, o bien reponer al trabajador excedente voluntario en la situación de excedente en la que se encontraba en su momento del cese, o bien abonarle la indemnización reconocida para los casos de despido improcedente – treinta y tres días por año de servicio trabajador con un máximo de veinticuatro mensualidades –.

pertinente reingreso en la empresa concluiría la situación anormal en la que se encuentra el contrato de trabajo y, por ello, ya no podría decirse que éste se encontrara efectivamente en suspenso.

La empresa, independientemente de las singularidades y peculiaridades acaecidas en cada caso concreto, debe tener el derecho de optar entre cualquiera de estas dos alternativas⁶⁴⁷.

Por otra parte, y en relación a las consecuencias derivadas del reconocimiento de improcedencia del despido del trabajador excedente voluntario, cabe destacar una de las modificaciones más relevantes que ha conllevado la entrada en vigor del Real Decreto – ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, como es la supresión de los salarios de tramitación, en el supuesto de que el empresario finalmente optase por abonar al trabajador la cantidad en concepto de indemnización de treinta y tres días por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades. Con ello, el empresario únicamente vendría obligado a afrontar el pago de los salarios de tramitación en tres supuestos concretos: **(i)** en el caso de que finalmente optase por la readmisión del empleado; **(ii)** si el empleado despedido tuviera la condición de representante legal de los trabajadores o delegado sindical en la empresa, circunstancia la cual también obligaría al empresario a abonar los salarios de tramitación, y ello además independientemente de que hubiera optado entre el abono de la indemnización o la readmisión del empleado; y, **(iii)**, en el caso de que el despido del empleado fuera calificado como nulo⁶⁴⁸.

Y por último, es conveniente recordar que una de las consecuencias esenciales en materia de despido en situaciones de excedencia voluntaria es precisamente la calificación de improcedencia que se otorga a aquél así como el

⁶⁴⁷ Siguiendo la línea jurisprudencial establecida, entre otras, por las SSTS de fecha 14 de octubre de 2005 (RJ 2005/7868), 28 de octubre de 1998 (RJ 1998/9048) y 26 de junio de 1998 (RJ 1998/5790).

⁶⁴⁸ Y ello atendiendo a lo dispuesto en los artículos 18.7 y 18.8 del Real Decreto – ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

tratamiento jurídico que se debe llevar a cabo sobre la indemnización a percibir por el trabajador excedente voluntario y todo ello observando las diferentes peculiaridades y circunstancias originadas por la especial situación en la que se encuentra el trabajador. Una de las más relevantes es la relativa al salario regulador que debe tomar en cuenta el empresario a la hora de calcular la indemnización que le correspondería percibir al empleado, montante indemnizatorio que, tal y como ya he comentando anteriormente, sería el equivalente a treinta y tres días por año de servicio trabajado con un máximo de veinticuatro mensualidades.

En este sentido, los Tribunales han venido estableciendo como parámetro de cálculo de la cantidad en concepto de indemnización por despido improcedente el módulo salarial vigente en la fecha de efectos de dicho despido, tomando en consideración varios factores, como por ejemplo, el daño producido por la no reincorporación del trabajador excedente voluntario y si ésta se concreta en la posición ocupada en la empresa al tiempo de la excedencia voluntaria o en la fecha en que su reincorporación deviene del todo imposible⁶⁴⁹.

En esta línea, cabe destacar que nos hallamos ante el ejercicio de una acción de despido originada en una relación laboral que se ha mantenido en suspenso hasta el momento en que la situación de excedencia voluntaria finaliza y desemboca en una declaración de despido improcedente, y ello pese a las múltiples peculiaridades que presenta una relación que se ha visto interrumpida tanto la prestación de servicios, el pago de salarios como el cómputo de la antigüedad,

⁶⁴⁹ Según lo afirmado por la STS de fecha 12 de marzo de 2003 (RJ 2003/3811), “*la noción histórica de la institución que se contempla, el despido declarado improcedente, obliga a considerar los fines perseguidos por la misma*”.

características todas ellas que encierran en un paréntesis la propia historia laboral del trabajador, que finaliza al término de la situación de excedencia voluntaria.

La conjunción de ambas circunstancias, es decir, el hecho de que el trabajador excedente voluntario deseara reingresar y, a su vez, la conveniencia de que se diesen las condiciones legales y convencionales en su caso para ello, implica que la relación cobre nueva vitalidad en dos fases.

La primera de ellas, dependiente de una condición, hasta que se haya materializado la expectativa nominada como derecho preferente a una vacante, etapa en la que el trabajador no genera derecho alguno en materia de salarios, prestación de servicios y antigüedad. Y la segunda de ellas a partir del momento en que dicha materialización se produce.

Y sería a partir de dicho momento cuando no existiría ningún tipo de diferencia entre un trabajador excedente voluntario y el trabajador activo que ya se encontrase en plantilla, y de ahí que las consecuencias debieran ser idénticas entre ambos⁶⁵⁰. Es debido a dicha equiparación pura de derechos por lo que la

⁶⁵⁰ En este caso concreto, merece la pena resaltar lo establecido por la STS de fecha 30 de mayo de 2003 (RJ 2005/5689). Dicha resolución judicial destaca fundamentalmente por su claridad y sencillez a la hora de explicar el caso concreto y ajustarlo a la realidad práctica de la figura jurídica de la excedencia en el día a día de los conflictos creados entre empresas y trabajadores en el sentido de afirmar cuando el artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores hace mención a la indemnización derivada de despido improcedente en realidad está refiriéndose al daño ilícito producido en la esfera jurídica del trabajador excedente voluntario por la conducta empresarial de privación del puesto de trabajo que venía desempeñando, o, dicho en otras palabras, por la privación del derecho expectante ostentado por el trabajador excedente voluntario al reingreso en plaza vacante equivalente, concluyendo que el cálculo de la indemnización resarcitoria del acto ilícito de despido improcedente debe referirse a la fecha de producción de tal daño, que obviamente es la del cese en la empresa derivado de tal despido, y no la fecha del paso a la

retribución que se debería tomar como referencia a fin de establecer el montante indemnizatorio final a percibir por el trabajador excedente voluntario fuera la retribución que a partir de la fecha del despido debiera percibir y no la que rigiera en el pasado, esto es, de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria⁶⁵¹.

Por el contrario, es necesario reseñar que el período durante el cual el trabajador se encuentra en situación de excedencia voluntaria no es computable a efectos de antigüedad en relación al cálculo de la indemnización derivada de despido improcedente⁶⁵² ya que la definición del módulo correcto para el cálculo

excedencia voluntaria, situación en la que la relación individual de trabajo sigue estando viva aunque en estado latente.

En definitiva, la teoría jurisprudencial básica que propone la Sala Cuarta del Tribunal Supremo consiste en fijar el punto de partida a efectos de cálculo indemnizatorio por despido improcedente en torno a ese derecho expectante malogrado por la conducta ilícita del empresario, un derecho que tiene que ver con el momento del cese o extinción del contrato de trabajo, en cuanto que se proyecta hacia una fecha de futuro y no hacia el punto temporal ya pasado de la obtención de la situación de excedencia.

En el mismo sentido, cabe destacar las SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 16 de julio de 2010 (AS 2010/1775) y 22 de febrero de 2010 (AS 2010/1026); y la STSJ de Galicia de fecha 14 de octubre de 2008 (JUR 2008/359812).

⁶⁵¹ Deviene imprescindible resaltar lo dispuesto por la STS de fecha 28 de octubre de 1998 (RJ 1998/9048).

⁶⁵² SSTs de fecha 26 de junio de 1998 (RJ 1998/5790), 28 de octubre de 1998 (RJ 1998/9048) y 10 de julio de 1989 (RJ 1989/5442). Dichas resoluciones judiciales se consideran la base jurisprudencial sobre la cual se sostiene dos ideas nucleares en torno al tratamiento y efectos derivados de un despido improcedente en situaciones de excedencia voluntaria, cuales son, **(i)** para la fijación de la indemnización en concepto de despido se debe tomar en cuenta el tiempo transcurrido desde la fecha de alta del trabajador en la empresa hasta el momento en el que comienza su situación de excedencia voluntaria, ya que cuando el despido se produce el trabajador excedente voluntario se encuentra en situación de excedencia voluntaria, situación en la que, por ende, no ha llevado a cabo ninguna prestación efectiva de servicios, ni ocupado ningún puesto de trabajo en la compañía, ni recibido de ésta remuneración de clase alguna no pudiéndose colocar el trabajador excedente voluntario en una situación más favorable o ventajosa que la que es propia de la excedencia voluntaria en que se encontraba y, **(ii)**, la imposibilidad de condenar a la empresa al pago de los

de la indemnización de un despido improcedente cuando el afectado es un trabajador en excedencia voluntaria debe atenerse a la regla elemental de que el cómputo de antigüedad se limite al del tiempo que el trabajador ha permanecido en activo en la empresa pues efectivamente, hay que tener en cuenta que para calcular la indemnización prevista en el artículo 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, se tomaría en consideración únicamente el lapso temporal de prestación de servicios efectivos, quedando fuera aquellos otros períodos en los que el trabajador excedente voluntario ha tenido suspendido su contrato de trabajo. Por lo que a efectos de fijar la indemnización contemplada en el referido precepto ha de serle computado exclusivamente el período mediado entre la fecha de ingreso en la empresa y la de inicio de la situación de excedencia voluntaria.

Y para concluir, y a modo de detalle, una cuestión interesante estriba en conocer si como consecuencia de la calificación de un despido como improcedente el trabajador excedente voluntario tiene derecho o no a que se le incluyan, dentro de su “*quantum indemnizatorio*”, las diferentes cantidades en concepto de complemento salarial ligadas a la funcionalidad del puesto de trabajo ocupado de manera anterior al inicio de la situación de excedencia voluntaria. En este aspecto, se ha venido manteniendo por los Tribunales que los complementos de puesto de

salarios de tramitación en los mismos términos legales que sugiere el artículo 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, habida cuenta que el trabajador excedente voluntario ha sido despedido estando en excedencia voluntaria y en esa situación no se devenga retribución. Y ello incluso en casos extremos en los que la situación de excedencia voluntaria del trabajador se prolonga de una manera anormal en el tiempo, como por ejemplo, y siguiendo los antecedentes de hecho expuestos en la STS de fecha 12 de marzo de 2003 (RJ 2003/3811), a lo largo de veintitrés años. En el mismo sentido, cabe citar la STSJ de Castilla la Mancha de fecha 4 de febrero de 2005 (AS 2005/197), así como también las SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 23 de junio de 1998 (AS 1998/2718) y 4 de mayo de 2004 (AS 2004/2807), al afirmar que “*la excedencia voluntaria no computa a los efectos de la antigüedad puesto que no es tiempo de servicio prestado en la empresa y durante el mismo el contrato ha estado suspendido a todos los efectos*”.

trabajo no son consolidados, ya que se trata de conceptos que por su propia naturaleza retributiva están ligados al desempeño de un puesto de trabajo. Sin que ello vulnere la garantía de los derechos económicos del artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores⁶⁵³, pues tal garantía vendría referida a los derechos que de manera estable definen el "*status*" profesional del trabajador en la empresa y que se corresponderían a su categoría y a sus condiciones personales, sin que alcanzase a aquellas retribuciones que, por estar ligadas a las características de un determinado puesto de trabajo, no serían consolidables ni se incorporarían a dicho "*status*" profesional, percibiéndose cuando se desarrollasen las actividades que diesen lugar a las mismas o cuando una garantía específica asegurase su mantenimiento.

En este aspecto, resulta conveniente valorar diversas peculiaridades que amplían y flexibilizan el régimen retributivo percibido por el trabajador de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria.

En primer lugar, la posibilidad de una clasificación por grupos en lugar de por categorías, y en congruencia con ello una mayor flexibilidad en las posibilidades de movilidad de los trabajadores por parte del empresario, permiten hablar de modificaciones funcionales dentro de un mismo grupo, sin ninguna modificación en la categoría, lo que justificaría que no se garantizaran los salarios correspondientes a la anterior categoría profesional que tenía el trabajador sino la de origen, puesto que puede referirse tanto a una categoría como a unas concretas funciones.

⁶⁵³ Y ello no vulneraría en ningún caso los derechos económicos a los que hace referencia el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores, y ello según las SSTs de fecha 25 de febrero de 1999 (RJ 1999/2021), 27 de julio de 1993 (RJ 1993/5986), 20 de diciembre de 1994 (RJ 1994/677), 5 de febrero de 1996 (RJ 1996/851) y 29 de septiembre de 1986 (RJ 1986/5198).

En segundo lugar, el actual artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores mantiene el carácter no consolidable de los complementos de puesto de trabajo, salvo pacto en contrario, recogiendo expresamente la misma particularidad que venía establecida en el Decreto 2380/1973, de 17 de agosto sobre ordenación del salario, con lo que ello supone de condicionante para dichos complementos, puesto que significa tanto como que sólo se percibirán los mismos cuando se lleven a cabo las concretas funciones de los que dependen⁶⁵⁴.

Por tanto, entiendo que únicamente en el supuesto en que el trabajador excedente voluntario se reincorporase al mismo puesto de trabajo ocupado con anterioridad al inicio de su situación de excedencia voluntaria, tendría derecho al percibo de los diversos complementos salariales inherentes a su situación anterior, aunque se me plantea la duda acerca de si también sería necesaria la existencia de pacto expreso al respecto para que dicha posibilidad pudiera ser operativa.

4. Acción indemnizatoria por daños y perjuicios.

4.1. Concepto y requisitos.

El trabajador excedente voluntario que desea reingresar en la empresa y observa como el empresario, aún reconociendo su derecho preferente de reingreso establecido en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, rechaza tal incorporación alegando falta o inexistencia de vacante de igual o similar categoría

⁶⁵⁴ Cabe destacar el convenio colectivo de grandes almacenes, para el periodo 2009-2012, aprobado mediante Resolución de fecha 23 de septiembre de 2009, cuyo artículo 24 afirma, en materia de complementos de puesto de trabajo, que *“son los complementos que percibe el trabajador fundamentalmente en razón de las características del puesto de trabajo en el que desarrolla efectivamente su servicio. Estos complementos son de índole funcional y su percepción depende, principalmente, de la efectiva prestación de trabajo en el puesto asignado, por lo que no tendrán carácter consolidable”*.

profesional, dispone de una serie de mecanismos legales a fin de dotar de efectividad a su petición de reincorporación. El mecanismo legal básico se traduce en la interposición de una demanda declarativa de reingreso, mediante la cual el empleado fuerza al empresario a probar que, efectivamente, la alegación de falta o inexistencia de vacantes se ajusta de manera exacta a la realidad de la estructura interna y organización humana y funcional de la empresa.

Pero, no obstante lo anterior, cabe la posibilidad de que el trabajador excedente voluntario acumule a dicho acción de reingreso una petición de naturaleza subsidiaria⁶⁵⁵, cual es una acción resarcitoria de reclamación de cantidades en concepto de indemnización en el sentido de exigir a la empresa una indemnización por los posibles daños y perjuicios que le hubiera podido ocasionar el retraso imputable derivado de una conducta empresarial negligente⁶⁵⁶ siempre y cuando dichos perjuicios⁶⁵⁷ sean imputables al empresario y se pruebe de una manera palpable su existencia, y ello con amparo en lo establecido en el artículo 1.101 del Código Civil⁶⁵⁸, el cual establece expresamente que “*quedan sujetos a la*

⁶⁵⁵ En este sentido, ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 392 y PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., página 44.

⁶⁵⁶ Indemnización entendida como una reparación de los perjuicios ocasionados al trabajador excedente voluntario como consecuencia de su reingreso tardío en la empresa.

⁶⁵⁷ Según la STS de fecha 14 de marzo de 1995 (RJ 1995/2170), el daño o perjuicio a indemnizar se presume por la mera constatación de que el trabajador no ha obtenido ganancias por su trabajo, debiendo ser compensado con los salarios correspondientes desde que se reclama judicialmente el derecho a la reincorporación. Asimismo, cabe señalar que esta fijación de la indemnización por vía de presunción admitiría la prueba en contrario de la existencia del daño si la empresa demostrare el hecho impeditivo de la obtención por parte del trabajador de ganancias por su trabajo por cuantía equivalente al salario que hubiera percibido de haberse producido la reincorporación de manera tempestiva.

⁶⁵⁸ La razón principal por la cual se produce una remisión expresa a la normativa civil en materia de indemnización por daños y perjuicios derivados una posible mora, negligencia o dolo empresarial reside en que el fundamento jurídico de dicha indemnización no viene consagrada ni referenciada, ni siquiera por

indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”, así como los concordantes de dicho Código, tales como el artículo 1.106 cuando dispone que “*la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes*”.

Así pues, la acción de indemnización de daños y perjuicios, por dilación injustificada en la empresa al proceder al reingreso del trabajador excedente voluntario se identifica con la típica acción resarcitoria por incursión en dolo, negligencia o morosidad en el cumplimiento de las obligaciones y, lógicamente, se subordina a la disciplina jurídica de la misma, representada en los preceptos legales mencionados anteriormente⁶⁵⁹.

Por tanto, cabe destacar el hecho de que, en relación a la articulación de la acción que solicita el reingreso y la de daños y perjuicios, lo primero que ha de decidirse es que dicha acción no es una mera pretensión declarativa, sino también una acción de condena que establece el reconocimiento de la ilicitud del acto

analogía, en la legislación laboral. Por ello, y en base a lo dispuesto en el artículo 4.3 del Código Civil, ha de estarse a lo prevenido, en cuanto a la obligación de indemnizar, por los artículos 1.101 y siguientes de dicho Código.

⁶⁵⁹ Merece la pena resaltar la opinión autorizada de PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., página 43, en el sentido de abogar por la necesidad de acreditar que el deudor ha incurrido, efectivamente, en “*mora accipiendi*” del artículo 1.101 del Código Civil, siendo preciso acreditar la causalidad entre la conducta de la empresa y la existencia del daño.

causante del daño, siendo elemento constitutivo de la acción de daños y perjuicios⁶⁶⁰.

Por otra parte, los daños que se reclaman no se derivan sólo de la decisión empresarial de no reincorporar al actor en su puesto de trabajo sino que se producen por la situación en que queda éste al dejarle sin empleo, situación que causa los daños durante un determinado lapso temporal. Es por ello que los daños producidos no pueden cuantificarse hasta que concluye la situación que los produce, y más aún teniendo en cuenta que la acción indemnizatoria por daños y perjuicios tiene como finalidad principal la de proteger el salario no satisfecho al trabajador excedente voluntario, garantizando su puntual efectividad, traducida ésta en un efectivo resarcimiento por los posibles perjuicios ocasionados a la esfera jurídica del empleado.

4.2. Inicio e interrupción del plazo de prescripción de la acción.

Antes que nada, debemos recalcar que la acción indemnizatoria por daños y perjuicios está sujeta al plazo de prescripción de un año, aplicándose, por analogía, lo contemplado en el artículo 59.2 del Estatuto de los Trabajadores.

A tales efectos, un elemento esencial a tener en cuenta es el hecho de que la acción declarativa de reingreso no interrumpe la prescripción de la indemnización de daños y perjuicios por dejar al trabajador excedente voluntario sin empleo

⁶⁶⁰ En este aspecto, la STS de fecha 22 de marzo de 1999 (RJ 1999/3231) sostiene que la acción de daños y perjuicios sólo puede ejercitarse o bien cuando se ha declarado el ilícito que los causa o conjuntamente con la acción que solicita dicha declaración.

durante ese periodo de tiempo⁶⁶¹. En consecuencia, la acción indemnizatoria por daños y perjuicios podrá entenderse prescrita respecto de la totalidad o una parte de la cuantía reclamada, cuando el mencionado plazo de un año haya transcurrido por inacción del trabajador excedente voluntario que, de manera plenamente consciente y voluntaria, no haya activado los mecanismos procesales pertinentes a pesar de ser conocedor de la actuación irregular llevada a cabo por la empresa⁶⁶².

En un principio, la línea jurisprudencial y doctrinal⁶⁶³ adoptada en su momento se inclinó por la idea de que el trabajador excedente voluntario que al tiempo de presentar la demanda declarativa de reingreso tuviese conocimiento de la existencia de una plaza vacante en la empresa y, por tanto, de que efectivamente procediese su reincorporación en la misma y, a pesar de ello, no accionase oportunamente el correspondiente y adecuado mecanismo resarcitorio, observaría, de manera inevitable, como su acción se podría encontrar en grave riesgo de

⁶⁶¹ Con base en lo dispuesto en la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 2 de noviembre de 2005 (AS 2006/32).

⁶⁶² Siguiendo los fundamentos jurídicos ofrecidos en la STS de fecha 27 de septiembre de 1990 (RJ 1990/7055), cuando afirma que *“esa inacción de parte interesada, dejando voluntariamente de activar los mecanismos procesales oportunos, debe generar, innegablemente, el fenómeno de prescripción de la acción ejercitada respecto al período de tiempo precedente al del año anterior al planteamiento de la pretensión de autos, puesto que, conocedora y consciente, que fue, la parte demandante, desde un principio, de la irregular actuación empresarial, determinante del daño resarcible, obviamente, debió ejercitar, oportuna y sucesivamente, la acción indemnizatoria que le correspondía en resarcimiento de los continuados perjuicios que se le venían ocasionando, al no darle trabajo, pudiendo y debiendo dárselo, y tampoco la correspondiente retribución salarial”*.

⁶⁶³ En esta línea se posicionan la mayoría de la doctrina judicial y jurisprudencial, representada, entre muchas otras, por la STS de fecha 27 de septiembre de fecha 1990 (RJ 1990/7055) y STSJ de Galicia de fecha 14 de mayo de 1993 (AS 1993/2398), STSJ de Aragón de fecha 18 de noviembre de 1992 (AS 1992/5788) y STSJ de Extremadura de fecha 16 de abril de 1996 (AS 1996/1371) al afirmar, de manera contundente, que el *“dies a quo”* del plazo para el ejercicio de la acción indemnizatoria por daños y perjuicios debe situarse en el momento de la denegación del reingreso en la empresa.

prescripción⁶⁶⁴. Se entendió que el derecho del trabajador excedente voluntario a percibir la indemnización por daños y perjuicios ocasionados no surgía con la firmeza de la sentencia que reconocía la efectividad de su derecho preferente de reingreso, sino del propio incumplimiento empresarial respecto de su obligación de proceder a su contratación, si existían vacantes, obligación que por supuesto sería independiente y anterior a ese posible reconocimiento judicial y ello en el caso de que, por ejemplo, el mencionado plazo de prescripción hubiera transcurrido por inacción del trabajador excedente voluntario debido a que éste no hubiera activado los mecanismos y recursos legales disponibles pese a ser conocedor y consciente desde un principio de la actuación irregular de la empresa⁶⁶⁵.

⁶⁶⁴ En mi opinión, no hay dudas de que la extemporánea reclamación por la totalidad de unos daños y perjuicios cuyo resarcimiento debió ser objeto de reclamación en el momento en el que se tuvo conciencia de su producción, no puede, sino, merecer la estimación cronológicamente referida al año anterior al momento de tal reclamación. Debemos ajustar el punto de partida temporal en el instante en el que el trabajador dispone de los conocimientos necesarios para adquirir operatividad y elegir el mecanismo procesal que mejor se adapte a su situación particular, en este caso, la acción indemnizatoria por daños y perjuicios.

⁶⁶⁵ La acción para reclamar tales daños quedaría nacida desde que, existiendo vacante, la empresa demora su deber de reincorporación. Es a partir de dicho momento cuando los Tribunales entendieron que podría ejercitarse tal acción, por tanto, comienza el plazo para la prescripción, ajustándose a lo establecido en el artículo 1969 del Código Civil, y todo ello en base a la línea jurisprudencial iniciada por las SSTS de fecha 14 de octubre de 1988 (RJ 1988/7818) y 27 de septiembre de 1990 (RJ 1990/7055), seguida por la STSJ de Galicia de fecha 14 de mayo de 1993 (AS 1993/2398) y STSJ de Aragón de fecha 18 de noviembre de 1992 (AS 1992/5788). En este aspecto, la STS de fecha 17 de julio de 1990 (RJ 1990/6411) afirma que aún cuando por tratarse de una acción derivada de un contrato de trabajo se entienda que deba entrar en juego el plazo de prescripción de un año que se establece en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, lo que en ningún caso puede resultar aplicable es la regla contenida en el apartado segundo de dicho artículo, ya que *“no se trata en el presente caso de la exigencia de percepciones económicas u obligaciones de tracto único que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, sino de la de una indemnización de daños y perjuicios que surge como consecuencia de un incumplimiento contractual y cuyo plazo*

No obstante lo anterior, la línea jurisprudencial seguida hasta ese momento observó un cambio radical de tendencia en el momento en el que se afirmó que la acción de daños y perjuicios sólo podía ejercitarse o bien cuando se declarase el ilícito que la hubiera causado o bien conjuntamente con la acción que solicitase dicha declaración; y ello al distinguir entre el nacimiento de la acción y su posible ejercicio, de la determinación de la fecha a partir de la cual ha de computarse el salario dejado de percibir que inicia el cómputo de la indemnización de daños y perjuicios, causados por la mora en la reincorporación al trabajo.

En cuanto a la articulación de la acción que solicita el reingreso y la de daños y perjuicios lo primero que debería resaltarse sería que la pretensión que solicita jurisdiccionalmente dicha incorporación no es una mera acción declarativa sino también una acción de condena, declaración y condena que establecería el reconocimiento de la ilicitud del acto causante del daño, es decir esta declaración y condena serían elemento constitutivo de la acción de daños y perjuicios.

Por otra parte los daños que se reclaman no se derivarían sólo de la decisión de la empresa de no reincorporar al actor en su puesto de trabajo sino que se producirían por la situación en que se constituye al actor de dejarle sin empleo, situación que causaría los daños durante un determinado lapso temporal, y por ello los daños producidos no podrían cuantificarse hasta que concluye la situación que los produce, doctrina la cual quedó definitivamente consagrada a raíz de la Sentencia dictada por la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 20 de noviembre de 1998⁶⁶⁶.

prescriptivo no puede comenzar a correr, en cualquier caso, sino desde el momento en que el perjudicado tiene conocimiento de ello”.

⁶⁶⁶ STS de fecha 20 de noviembre de 1998 (RJ 1998/10014), fundamentada en las SSTs de fecha 13 de mayo de 1988 (RJ 1988/3623), 21 de mayo de 1990 (RJ 1990/4479), 3 de octubre de 1995 (RJ 1995/7097),

La conclusión alcanzada por la mencionada línea jurisprudencial no es otra cosa que una consecuencia de la doctrina conocida como la “*actio nata*”, la cual sostiene que no pueden comenzar a contarse los plazos de prescripción si las acciones no han nacido todavía. Es cierto que la acción para pedir la reincorporación a la empresa surge en el momento en que, existiendo vacante y habiéndose formulado la solicitud, la empresa no procede a acordar el reingreso.

Pero aquí no nos encontramos ante una acción de reincorporación de carácter implícito, sino ante una acción para solicitar la reparación del daño producido por la negativa a readmitir al empleado, cuya prescripción se basa en lo establecido en el artículo 1968.2 del Código Civil y el momento del conocimiento del daño. Podría objetarse que el daño, – entendido como el lucro cesante derivado de la pérdida de los salarios –, comienza a producirse desde la negativa al reingreso pero, no obstante, hay que tener en cuenta que, en realidad, la hipótesis sostenida en materia de daños y perjuicios encuentra su apoyo en la jurisprudencia marcada y definida por la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, teoría conocida como “*daños continuados o de producción sucesiva*”, respecto a los que el cómputo del plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida⁶⁶⁷.

30 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6952), 22 de marzo de 1999 (RJ 1999/3231) y 10 de junio de 2009 (RJ 2009/4283). A sensu contrario cabe citar la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 15 de junio de 2010 (AS 2010/1711) en la cual estima parcialmente la demanda presentada por el trabajador excedente voluntario reconociendo su derecho a percibir una cantidad en concepto de indemnización por daños y perjuicios pero sobre la base de una prescripción con carácter parcial, esto es, no contabilizando los salarios dejados de percibir durante el año inmediatamente anterior a la presentación de la papeleta de conciliación por daños y perjuicios.

⁶⁶⁷ Una vez llegados a este punto, deviene fundamental hacer referencia a lo establecido en la STS (Sala Primera de lo Civil) de fecha 28 de enero de 2004 (RJ 2004/153) en materia de prescripción como

En cualquier caso, cabe destacar que la presentación de la demanda de reingreso no interrumpiría en modo alguno la prescripción de la acción resarcitoria por daños y perjuicios.

Y para fundamentar semejante afirmación resulta del todo indispensable acudir al régimen jurídico establecido por el artículo 1973 del Código Civil⁶⁶⁸ – el cual trata de limitar el ámbito de actuación a efectos prescriptivos – y, a su vez, realizar un ejercicio de interpretación en concordancia con lo dispuesto en los apartados primero y segundo del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores⁶⁶⁹ en materia de prescripción – el cual pretende fijar el “*dies a quo*” a partir del cual comience a computarse el plazo de prescripción, esto es, desde el día en el que acción hubiera podido ejercitarse, ya que para que operase la interrupción de la prescripción prevista en el artículo 1973 del Código Civil, ambas acciones habrían

consecuencia de una reclamación indemnizatoria por posibles daños y perjuicios causados, al afirmar que “*cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia - dies a quo - hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida*”. En la misma línea, las SSTS de fecha 12 de diciembre de 1980 (RJ 1980/4747), 12 de febrero de 1981 (RJ 1981/530), 19 de septiembre de 1986 (RJ 1986/4777), 25 de junio de 1990 (RJ 1990/4889) y 24 de mayo de 1993 (RJ 1993/3727). Asimismo, cabe merecer la pena citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 15 de mayo de 2006 (AC 2007/367).

⁶⁶⁸ Precepto el cual afirma que “*la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor*”.

⁶⁶⁹ Artículo el cual desarrolla, desde un punto de vista laboral, la naturaleza jurídica básica de la prescripción, desglosándose, esencialmente, en dos puntos. El apartado primero, el cual dispone que “*las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación*” y el apartado segundo, el cual afirma que “*si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse*”.

de coincidir en objeto y causa de pedir, pues no basta que ambas acciones tuvieran una indudable conexión causal si, en realidad, son inequívocamente diferenciadas en cuanto a su objeto.

Por último, cabe resaltar que para que esta clase de acción despliegue los efectos deseados es imprescindible que el trabajador excedente voluntario pruebe, acredite y cuantifique los posibles perjuicios causados⁶⁷⁰, y más aún teniendo en cuenta que la obligación del incumplimiento por uno de los contratantes, para que nazca y sea exigible, precisa ineludiblemente que se demuestre la existencia de dichos perjuicios, sin que pueda derivarse la misma de casos “*posibles*” pero de resultados inseguros y desprovistos de certidumbre, pues en tal caso en lugar de una indemnización en realidad de lo que estaríamos hablando sería de una sanción⁶⁷¹.

⁶⁷⁰ Tomando como referencia las SSTs de fecha 14 de marzo de 1995 (RJ 1995/2170), 12 de junio de 1996 (RJ 1996/5067) y 23 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9559), seguida, entre muchas otras, por la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 16 de diciembre de 2003 (AS 2004/665) y STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 4 de octubre de 2005 (AS 2006/1261), el reingreso tardío en la reincorporación al trabajo se podría resumir en los siguientes puntos: **(i)** la reincorporación tardía del trabajador excedente da lugar a una indemnización de daños y perjuicios; **(ii)** la cuantía de la indemnización se cifra en principio en los salarios dejados de percibir a causa de la conducta de incumplimiento de la empresa; **(iii)** corresponde al trabajador la acreditación de daños y perjuicios superiores que considere se han producido; y, **(iv)** corresponde al empresario la acreditación de los hechos impositivos de las indemnizaciones reclamadas.

⁶⁷¹ En la misma línea, la STS de fecha 24 de enero de 1987 (RJ 1987/123) se reafirma en la idea de que el trabajador excedente voluntario puede exigir la reparación de los perjuicios que el retraso en la reincorporación haya podido provocar siempre que aquéllos sean imputables al empresario y se pruebe su existencia, añadiendo que dichos perjuicios pueden cifrarse en la cuantía de los salarios dejados de percibir como consecuencia de la tardanza en la reincorporación.

4.3. El cálculo de la indemnización por readmisión tardía del trabajador excedente voluntario: “*dies a quo*” y “*dies ad quem*”.

Desde un punto de vista general, los requisitos⁶⁷² que viabilizan la acción resarcitoria son: (i) la realidad de una situación generadora de daños y perjuicios; (ii) su cabal acreditamiento en el proceso que se inicie instando su resarcimiento; (iii) un probado incumplimiento de la contraparte, determinante de aquella situación; y, (iv) la relación causal, clara y directa entre este incumplimiento y aquel daño.

En este aspecto, cabe destacar que el tema de la indemnización de daños y perjuicios viene determinada por el incumplimiento culpable, ya sea doloso o culposo – y aún el no culpable cuando así venga dispuesto en el ordenamiento – por cuanto respecta a la reparación de la lesión que sufra el trabajador – en este caso un trabajador que proviene de una situación de excedencia voluntaria – tanto material como moral, aparte de los supuestos tipificados con precisión en el Derecho del Trabajo⁶⁷³.

El hecho evidente es que el trabajador excedente voluntario dispone de la posibilidad legal de reclamar una indemnización, o dicho en otras palabras, del derecho a ser compensado con una cifra igual a los salarios dejados de percibir como consecuencia de la actitud del empresario manifestada a través de mora, negligencia o dolo. Pero, una vez llegados a este punto, la cuestión que adquiere suma importancia a tales efectos es la relativa al cómputo de la cantidad en

⁶⁷² Siguiendo la línea jurisprudencial iniciada por la STS de fecha 18 de mayo de 1987 (RJ 1987/3727) y mantenida en la actualidad. En el mismo sentido, la STSJ de Cataluña de fecha 10 de mayo de 1993 (AS 1993/2498).

⁶⁷³ Atendiendo a lo dispuesto en la STS de fecha 18 de mayo de 1987 (RJ 1997/3727).

concepto de indemnización y los límites temporales – tanto “*dies a quo*” como “*dies ad quem*” – que deben ser tenidos en cuenta a la hora de calcular aquella cantidad que debería haber percibido el trabajador excedente voluntario que hubiera visto truncado su reingreso por razón del rechazo a su incorporación por parte del empresario y que, por ende, no hubiera podido percibir los salarios tomando como referencia el tiempo que hubiera durado dicha situación.

4.3.1. “*Dies a quo*” a partir de la producción de la vacante.

El artículo 1.100 del Código Civil es el precepto legal adecuado sobre el cual debemos basarnos a efectos de discernir y desgranar la fecha inicial de cómputo a efectos indemnizatorios dependiendo del caso concreto objeto de análisis, precepto el cual precisa el momento desde que el obligado a entregar o hacer una cosa incurre en mora, refiriéndolo a aquél en que fuera exigido, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la correspondiente obligación.

Antes de entrar en el fondo del asunto, cabe destacar que, a meros efectos interpretativos, no existe conflicto jurídico alguno en tanto en cuanto en el momento en que el trabajador excedente voluntario solicitase su reingreso en la empresa existiera vacante adecuada en la misma⁶⁷⁴ y este hecho fuera demostrado de una manera palpable y fehaciente por aquél⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ Tal y como viene reflejado en las SSTs de fecha 21 de febrero de 1992 (RJ 1992/1047) y 14 de mayo de 1993 (RJ 1993/4098)

⁶⁷⁵ Recordando lo manifestado por SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Despido colectivo del excedente voluntario sin indemnización”, *op. cit.*, página 5, el trabajador debe acreditar la existencia de la plaza pretendida y, en consecuencia, la empresa debe demostrar que tiene cubierta la plantilla en las categorías profesionales iguales o similares demandadas por el empleado, teoría de la carga de la prueba en situaciones de excedencia que se ha venido endureciendo en los últimos años, recalcando que la empresa debe justificar de manera fehaciente, concreta e indubitada la inexistencia de vacante, “*sin que pueda*

A tenor del mencionado artículo 1100 no parece dudoso que, en supuestos en los que, a la fecha de petición de reingreso, existiera vacante idónea disponible, tal momento habría que situarlo en la indicada fecha, dado que en ella ya era exigible la obligación y la petición de reingreso realizada por el trabajador excedente voluntario evidentemente constituye interpelación eficaz⁶⁷⁶.

Por el contrario, y suponiendo que la plaza vacante se hubiera producido de manera posterior a la solicitud de reingreso formulada por el trabajador excedente voluntario, dos han sido las posturas básicas que los Tribunales han venido manteniendo a lo largo de los últimos años a efectos de fijar el “*diez a quo*” del cómputo indemnizatorio por daños y perjuicios ocasionados.

La primera de ellas, se basó en establecer el cómputo inicial indemnizatorio tomando como referencia la fecha exacta en la cual se produce el puesto de trabajo vacante en el organigrama interno de la empresa, esgrimiendo como principal argumento que la empresa tiene la obligación de readmitir al trabajador cuando se ha producido la primera vacante de su misma o similar categoría profesional en tanto en cuanto ésta hubiera sido posterior a su inicial solicitud de reingreso. Por ello, y en el caso de que la empresa incumpliese dicha obligación ineludible por

entenderse completada esa carga por la alusión genérica a la existencia de un compromiso de contratación por tiempo indefinido derivado de un previo conflicto colectivo, ni la mera referencia a una fluctuante contratación temporal en distintos meses del año”, en base a lo establecido por la STSJ de Cataluña de fecha 16 de enero de 2006 (AS 2006/445).

⁶⁷⁶ Cabría mencionar a colación de dicha teoría una matización introducida por la STS de fecha 13 de febrero de 1998 (RJ 1998/1805), la cual establece en este tipo de supuesto como fecha inicial a efectos de cómputo indemnizatorio la fecha de terminación de la situación de excedencia voluntaria y no la fecha en la cual se produjo la solicitud de reingreso por parte del trabajador excedente voluntario, cuando afirma que “*en el presente caso procede acordar la indemnización conforme a los salarios que habrían de devengarse desde la fecha de terminación del período de excedencia hasta la fecha de celebración del juicio*”.

causa a ella imputable en ese momento, sería a partir del mismo cuando se iniciaría el “*dies a quo*” para el cómputo de la indemnización por lucro cesante y daño emergente prevista en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil.

La idea básica sobre la cual giró dicha línea jurisprudencial⁶⁷⁷ consistió en considerar que, en el supuesto de que la empresa, una vez que el trabajador excedente voluntario hubiese presentado la pertinente solicitud de reingreso, tuviera conocimiento fehaciente de la existencia de una vacante y, a pesar de ello, no procediera a comunicar tal extremo al empleado, incurriría en una actitud dolosa y negligente, al incumplir su previo y formal compromiso de comunicación de existencia de vacante, por lo que el cómputo indemnizatorio encontraría su inicio en la fecha en la cual nació la obligación de readmitir al trabajador⁶⁷⁸, esto es, tomando como referencia el momento en el cual se produjo esa vacante y en ningún caso la fecha de la reclamación extrajudicial o judicial realizada por el empleado⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ SSTs de fecha 17 de julio de 1990 (RJ 1990/6415), 6 de febrero de 1991 (RJ 1991/808), 21 de febrero de 1992 (RJ 1992/1047), 14 de mayo de 1993 (RJ RJ 1993/4098), 17 de octubre de 1995 (RJ 1995/7774) así como también la STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 4 de marzo de 1998 (AS 1998/995), argumentando en síntesis todas ellas que la empresa tenía la obligación de readmitir al trabajador cuando se ha producido la primera vacante de su categoría siempre que sea posterior a su inicial solicitud de reingreso; por lo que, habiendo incumplido la empresa tal obligación por causa a ella imputable en ese momento, es a partir del mismo cuando se inicia el “*dies a quo*” para el cómputo de la indemnización por lucro cesante prevista en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil; y no a partir de la presentación de la papeleta de conciliación previa como entendió la sentencia recurrida.

⁶⁷⁸ Una de las principales defensoras de dicha teoría es RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 76 cuando afirma que la fecha a partir de la cual se debería computar el inicio del abono de los salarios dejados de percibir sería aquella en la que la reincorporación del trabajador debió hacerse efectiva.

⁶⁷⁹ Es conveniente hacer referencia a la STSJ de Cataluña de fecha 27 de julio de 1993 (AS 1993/3595), la cual afirma en su Fundamento Jurídico Único que no basta que se afirme a posteriori que siempre existieron vacantes, sino que debe ser un dato que la empresa pudo y debió conocer inmediatamente o en

A sensu contrario, se entendió que únicamente podía valorarse la posibilidad de fijar la fecha de inicio del cómputo indemnizatorio a partir de la reclamación judicial o extrajudicial cuando se pudiera acreditar que el incumplimiento empresarial se hubiera originado en base a un simple mero retraso, contando con el consentimiento o aquietamiento tácito del propio trabajador, tal y como mantiene PÉREZ ALONSO⁶⁸⁰, al afirmar que, en realidad, nos encontramos ante una consecuencia derivada del propio funcionamiento jurídico de la excedencia voluntaria y las características particulares de ésta, debido fundamentalmente a que al trabajador excedente voluntario se le exige en todo momento que manifieste, de manera expresa y continuada, su voluntad de reingresar en la empresa. En este sentido, la autora mantiene que el trabajador debería solicitar “*dos veces*” el reingreso.

La primera de ellas, de manera anterior a la finalización de su situación de excedencia voluntaria; mientras que la segunda de ellas, se traduciría en la interposición de una acción declarativa de reingreso, cuando el trabajador conociera o tuviera indicios de existencia de vacante en la empresa, y siempre y cuando sobre la base de una previa respuesta empresarial de denegación de la misma, afirmando que dicha acción no sería sino una manifestación más de la voluntad del trabajador de cara a conseguir su reincorporación en la empresa.

En mi opinión, una cosa es que el trabajador solicite su reingreso en la empresa de manera anterior a la finalización de su excedencia voluntaria, lo cual supone cumplir con una mera exigencia legal y, en su defecto convencional, a fin de dotar de efectividad y operatividad a su derecho preferente de reingreso; y otra

un prudencial corto espacio de tiempo y que no viniera obstaculizado por la propia complejidad organizativa del mismo.

⁶⁸⁰ PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, op. cit., página 45.

diferente es que, ante la denegación de dicho reingreso, el trabajador, suponiendo la existencia de vacante apropiada, presentase la pertinente acción declarativa de reingreso. El mero hecho de imponer al trabajador la obligación de demostrar y acreditar que la empresa ha incurrido en una conducta negligente o culposa, si, requerida a efectos de constatación y pudiendo cerciorarse de la existencia de vacantes, no lo hiciera, para dar cumplida satisfacción a su derecho, supondría exigir al empleado más carga probatoria de la que en realidad puede afrontar. El trabajador carece de la fuerza contractual y laboral suficiente para demostrar cuando se ha producido la vacante y, por ende, para determinar la fecha de inicio del cómputo indemnizatorio.

Así pues, dicha teoría constituyó una línea divisoria que diferenció un doble “*dies a quo*” supeditando uno u otro al supuesto de hecho concreto, cada uno de ellos con sus correspondientes particularidades y efectos. En el primero de ellos partiendo de la base de que el no reingreso del trabajador excedente voluntario se ha producido como consecuencia de que el empresario ha incurrido en mora, en cuyo caso la indemnización por daños y perjuicios únicamente comprendía los salarios a partir de la reclamación judicial o extrajudicial de la readmisión; mientras que, en el segundo de ellos, se partía de la base de que la no reincorporación del trabajador excedente voluntario encontraba su principal razón en una actitud dolosa o negligente del empresario, y entonces la indemnización debía incluir los salarios desde la fecha en que nació la obligación de readmitir, esto es, desde el momento en el que se produjo la vacante de igual o similar categoría profesional en el organigrama interno de la empresa⁶⁸¹.

⁶⁸¹ Apoyándonos en la STS de fecha 17 de julio de 1990 (RJ 1990/6415) como resolución judicial de referencia en este sentido y sobre la cual se apoyaron posteriormente los partidarios de dicha hipótesis. En el mismo sentido, la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 13 de julio de 1994 (AS 1994/2897) la cual dispone que “*el trabajador excedente que no ve hecho efectivo su derecho al reingreso,*

En este aspecto, debemos hacer referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de diciembre de 1989⁶⁸², que se antoja como fundamentación jurídica básica a efectos de comprender la verdadera naturaleza de la acción indemnizatoria por daños y perjuicios aplicada a situaciones de excedencia voluntarias.

Dicha resolución judicial llevó a cabo un ejercicio de reflexión acerca de los dos supuestos anteriormente mencionados para posteriormente realizar una distinción entre ambos, obteniendo como conclusión dos ideas referenciales: por una parte, entendió que la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, o bien se debía a la mora del deudor, en cuyo caso esta indemnización incluiría los salarios dejados de percibir a partir de la reclamación judicial o extrajudicial de la

una vez nacido éste, por causa imputable a su empresario, está sujeto al deber de pagarle los salarios que haya dejado de percibir por tal causa, como indemnización por los daños y perjuicios derivados de ese incumplimiento empresarial". En este aspecto, y a pesar de que se trata de una línea jurisprudencial ciertamente obsoleta, no se debe olvidar lo dispuesto en la STS de fecha 11 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9529), la cual se erige como fundamento de derecho básico a efectos de comprender la verdadera naturaleza de la acción indemnizatoria por daños y perjuicios aplicada a situaciones de excedencia voluntarias. Dicha resolución judicial llevó a cabo un ejercicio de reflexión acerca de los dos supuestos anteriormente mencionados para posteriormente realizar una distinción entre ambos, obteniendo como conclusión dos ideas referenciales: por una parte, entendió que la obligación de indemnizar los daños y perjuicios o bien se debía a la mora del deudor, en cuyo caso esta indemnización incluiría los salarios dejados de percibir a partir de la reclamación judicial o extrajudicial de la readmisión; o bien, por otra parte, se debía a dolo o negligencia del empresario, y entonces, en ese caso concreto, la indemnización incluiría los salarios dejados de percibir desde la fecha en que nació la obligación de readmitir mencionada, para continuar diciendo que si la empresa ya conociera la existencia de vacantes cuando denegó la solicitud del trabajador excedente voluntario es claro que actúa dolosamente si afirma que aquéllas no existían; en cambio, si no fuera así, se trataría necesariamente de una conducta negligente o culposa, al no haberse cerciorado, como debía, sobre la existencia. Así pues, en el primero de los casos sería reconocer el derecho del trabajador excedente voluntario a la indemnización desde la fecha en que se solicitó el reingreso y ello por existir vacantes con anterioridad.

⁶⁸² STS de fecha 11 de diciembre de 1989 (RJ 1989/9529).

readmisión; o bien, por otra parte, se debía a dolo o negligencia del empresario, y entonces, en ese caso concreto, la indemnización incluiría los salarios dejados de percibir desde la fecha en que nació la obligación de readmitir mencionada, para continuar diciendo que si la empresa ya conociera la existencia de vacantes cuando denegó la solicitud del trabajador excedente voluntario es claro que actúa dolosamente si afirma que aquéllas no existían; en cambio, si no fuera así, se trataría necesariamente de una conducta negligente o culposa, al no haberse cerciorado, como debía, sobre la existencia. Así pues, en el primero de los casos se reconocería el derecho del trabajador excedente voluntario a la indemnización desde la fecha en que se solicitó el reingreso y ello por existir vacantes con anterioridad

4.3.2. “*Dies a quo*” a partir de la reclamación extrajudicial y/o administrativa.

La Sentencia de la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 21 de enero de 1997⁶⁸³ marcó un antes y un después en este sentido, ya que, en un

⁶⁸³ STS de fecha 21 de enero de 1997 (RJ 1997/623). Los Fundamentos Jurídicos básicos que reflejan la esencia de dicha resolución judicial se centran en afirmar de manera expresa que la petición de reingreso efectuada en momento en que no existiese vacante idónea disponible, aun cuando ciertamente demostrase la voluntad del trabajador excedente voluntario para el que finaliza el período que abarca esta situación de que quede alzada la suspensión que pesa sobre su contrato de trabajo, no constituiría interpelación eficaz para constituir a su empresario en mora, dado que en tal momento el derecho al reingreso no sería aún exigible, por lo cual dicha interpelación no debería generar los efectos resarcitorios que derivan de lo dispuesto por el artículo 1100, en relación con lo establecido en el artículo 1101 de dicho texto legal. La petición de reingreso, aun cuando en función de la buena fe y lealtad recíproca, debiera dar lugar a que el empresario proporcionase al trabajador información acerca de las vicisitudes de su plantilla que le pudiesen afectar, en ningún caso debiera producir un desplazamiento de la responsabilidad en la gestión del propio interés que eximiera al trabajador excedente voluntario de efectuar interpelación que fuera apta para generar la mora, por realizarse cuando la obligación fuera exigible e incluir ofrecimiento de puesta a

loable intento de unificar todos y cada uno de los diferentes criterios que, en materia de “*dies a quo*” respecto del cómputo indemnizatorio por daños y perjuicios en situaciones de excedencia voluntaria, se habían venido adoptando a finales de la década de los ochenta y principios de los noventa, fijó el punto de partida en el inicio del procedimiento extrajudicial o trámite preceptivo de evitación del proceso judicial, esto es, a partir de la presentación, por parte del trabajador, de la correspondiente papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de turno, y ello en los casos – tal y como ya he dicho anteriormente – en los que la plaza vacante de igual o similar categoría se producía de una manera posterior a la solicitud de reincorporación formulada por el trabajador excedente voluntario⁶⁸⁴.

disposición para la prestación de servicios, eludiendo con esto último lo que dispone el artículo 1.100 del Código Civil con relación a las obligaciones recíprocas.

En este aspecto, cabe resaltar que el fallo de dicha Sentencia no contó con la aquiescencia unánime de la totalidad de los Magistrados, derivándose, en consecuencia, un Voto Particular a tal efecto, formulada por el Magistrado D. Mariano Sampedro Corral, el cual criticaba los diferentes planteamientos y razonamientos anteriormente expuestos. El principal argumento sostenido por dicho Voto Particular se basó en defender el hecho de que la solicitud de reingreso formulada por el trabajador excedente voluntario ya resultaba motivo suficiente como para considerar creada la obligación empresarial de reincorporar a dicho empleado a la empresa, siempre y cuando hubiera vacante disponible. Esto es, la obligación del empresario nacería con la simple solicitud de reingreso y, por ende, no sería necesaria intimación posterior a fin de crear dicha obligación legal. Así pues, desde el momento en que el trabajador excedente voluntario, en tiempo y forma, pusiera en conocimiento del empresario, mediante el pertinente preaviso, su voluntad de reingresar, nacería la obligación de este último de reincorporarle en la primera vacante idónea que se produzca, y, por lo tanto, ya no sería necesaria intimación alguna, y ello por razón de que el empresario se encuentra obligado por Ley a materializar dicha reincorporación, una vez se produzca la mencionada vacante. El derecho expectante o sometido a la condición de existencia de vacante, se convierte en puro y exigible desde que ésta tiene lugar.

⁶⁸⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, op. cit., páginas 124 y 125 manifiesta que, en relación con el Voto Particular de la STS de fecha 21 de enero de 1997 (RJ 1997/623), el argumento de mayor peso utilizado por el Magistrado disidente fue que el comportamiento de un empresario que reconoce el derecho del trabajador excedente voluntario pero no lo reincorpora alegando

El pilar fundamental sobre el cual giraron las líneas maestras de dicha teoría fue el valor constitutivo del derecho preferente de reingreso y el momento en el cual comienza a tener efectividad el mismo. Para ello, dicha línea jurisprudencial partía de la afirmación de que en aquellos supuestos en los que la aparición de la vacante fuera posterior a la solicitud de reingreso, sería necesario que el trabajador excedente voluntario realizase el correspondiente ejercicio de intimación frente al empresario – intimación traducida en la interposición de la acción declarativa de su derecho al reingreso – a fin de lograr la operatividad de su derecho preferente de reingreso, no teniendo dicha solicitud de reingreso ningún tipo de valor constitutivo. Por tanto, la mora en la que incurriría el empresario únicamente comenzaría a computar desde el momento en que se produjese la correspondiente reclamación extrajudicial y/o administrativa del trabajador excedente voluntario.

Dicha posición jurisprudencial lleva a cabo una interpretación restrictiva en relación con lo dispuesto en el artículo 1.110 del Código Civil, el cual estima que se incurre en mora desde que el acreedor le exija, ya sea judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación y, por ende, se escoge como

falta o inexistencia de vacante adecuada a pesar de que realmente existe es fronterizo con una actuación dolosa y que, por tanto, vincular el efecto indemnizatorio del incumplimiento del empresario a una posterior reclamación extrajudicial supondría primar el favorecer la transgresión de la buena fe contractual así como también el incumplimiento de una obligación empresarial. Dicha argumentación encuentra su origen en aquella línea jurisprudencial la cual afirmaba que si en el momento de solicitud de reingreso existiese vacante y el empresario no lo comunicase al trabajador excedente voluntario, en realidad de lo que estaríamos hablando no sería precisamente de mora empresarial sino de una actitud basada en un comportamiento negligente y doloso por parte del empresario con lo que la fecha inicial a efecto de cómputo indemnizatorio sería el momento de producción de dicha vacante respecto de la cual el empresario habría sido perfecto conocedor desde el inicio ocultando su existencia al empleado, el cual se encuentra en una evidente situación de inferioridad e indefensión ante semejante actitud.

vértice esencial a efectos de cómputo la interposición de la acción de reingreso, dejando completamente de lado el momento de solicitud de reincorporación⁶⁸⁵.

Desde mi punto de vista, la mencionada corriente jurisprudencial persigue un objetivo esencial, cual es adaptarse lo máximo posible a la realidad diaria de las empresas y aportar un enfoque práctico a las diferentes vicisitudes que puedan surgir en la relación contractual y laboral establecida entre el empresario y el trabajador que proviene de una situación de excedencia voluntaria y que reclama su derecho a percibir una serie de cantidades en concepto de indemnización por daños y perjuicios por razón de retraso injustificado por parte del empresario en lo que a su puesto de trabajo se refiere. El hecho de reconocer siquiera la posibilidad de que fuera el trabajador quien, en base a sus propias averiguaciones, tuviera que averiguar la fecha exacta en la cual se produjo la vacante a fin de fijar el “*dies a quo*” a efectos de cómputo y cálculo de la cantidad indemnizatoria sería caer en el absurdo y, obviamente, abrir una puerta a la confusión producto de un proceso de investigación complicado y lleno de obstáculos. El procedimiento más sencillo y que promete una mayor unificación de criterios es la fijación de un “*dies a quo*” oficializado, esto es, plasmado en la fecha en la cual el trabajador presenta la correspondiente reclamación previa y/o administrativo, punto temporal único con el que se salva, de una manera evidente, el problema de criterios existentes hasta la

⁶⁸⁵ En la misma línea, las SSTS de fecha 3 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10192), 22 de marzo de 1999 (RJ 1999/3231), 29 de octubre de 1999 (RJ 1999/7501); SSTSJ de Cantabria de fecha 20 de noviembre de 1999 (AS 1999/4504) y de 16 de marzo de 2010 (AS 2010/1848); STSJ de Cataluña de fecha 22 de mayo de 2001 (AS 2001/1138), STSJ de Aragón de fecha 28 de junio de 2001 (AS 2001/2539), STSJ de las Islas Canarias de (Santa Cruz de Tenerife) de fecha 30 de noviembre de 2000 (JUR 2001/54007), STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 29 de enero de 2002 (AS 2002/3234), STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 7 de octubre de 2003 (AS 2003/3829); y SSTSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 29 de mayo de 1997 (AS 1997/1596), 19 de julio de 2004 (AS 2004/2976) y 15 de junio de 2010 (AS 2010/1711).

fecha y se crea una solución satisfactoria a efectos tanto interpretativos como procesales.

4.3.3. “Dies ad quem” y procedimiento de ejecución de sentencia.

En relación a la fijación de la fecha final a efectos de computar el montante indemnizatorio total por daños y perjuicios ocasionados al trabajador excedente voluntario debido a un retraso injustificado en su puesto de trabajo por parte del empresario, cabe destacar que nuestra jurisprudencia ha venido admitiendo de manera pacífica la teoría de que dicha cantidad debería comprender hasta la fecha en la cual se hubiese celebrado el juicio⁶⁸⁶ y ello siempre dejando a salvo, para la fijación de la indemnización por daños y perjuicios, otros criterios que pudieran hacerse valer según las peculiaridades o circunstancias de cada caso concreto⁶⁸⁷.

Ahora bien, y en el caso de que a pesar de haberse estimado la pretensión de reingreso reclamada por el trabajador excedente voluntario persistiera la actitud empresarial incumplidora, cabría la posibilidad de que el empleado contemplara el

⁶⁸⁶ STS de fecha 13 de febrero de 1998 (RJ 1998/1805); en relación con lo establecido en la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 10 de enero de 2001 (JUR 2001/113928) y STSJ de Andalucía (Málaga) de fecha 22 de abril de 2004 (AS 2005/1427).

⁶⁸⁷ Como por ejemplo en el caso de que la primitiva vista oral inicialmente prevista se hubiera suspendido y siempre y cuando dicha suspensión hubiera tenido causa plenamente justificada, para fijar el “*dies ad quem*” se tomaría como referencia la fecha posterior en la cual se hubiera celebrado efectivamente dicha vista oral. No habría hay razón para dejar limitada la indemnización por daños y perjuicios debidos al trabajador excedente voluntario a los salarios que habrían de devengarse hasta la fecha del primer juicio, pues, tal y como ya he dicho, las causas de la suspensión encuentran su necesaria justificación. En este aspecto, resulta imprescindible citar la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 19 de julio de 2004 (AS 2004/2976). Otra circunstancia que podría producirse es que la suspensión del juicio tuviera como causa la pérdida o extravío del acta de la vista, lo que conllevaría la nulidad de las actuaciones, erigiéndose en una justificación de suspensión más que evidente.

incremento proporcional de la cantidad que le correspondería en concepto de indemnización hasta su efectiva reincorporación en la empresa en base al aparato procesal previsto en los artículos 281 y 282 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁶⁸⁸, los cuales, ante un posible incidente de readmisión derivado de un incumplimiento empresarial, posibilitan al trabajador excedente voluntario para personarse ante el Juzgado o Tribunal correspondiente y solicitar la ejecución regular del fallo a través de una nueva demanda en materia de ejecución dentro de los veinte días siguientes desde el tercer día hábil concedido por el Juez competente del asunto para que la empresa reponga al trabajador⁶⁸⁹.

Tal medida encontraría su justificación en el hecho de que la falta de cumplimiento del requerimiento de reposición en el puesto de trabajo del trabajador demandante permite a éste iniciar la ejecución forzosa de la sentencia. El derecho de readmisión se ejecuta en sus propios términos, sin ser posible sustituir dicha condena por otra diferente. Con ello, en el supuesto de que el empresario desatendiera el requerimiento del Juez, recogida en el artículo 280 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social o, dando cumplimiento al requerimiento, la readmisión fuera en condiciones distintas a las habidas con anterioridad al inicio de su situación de excedencia voluntaria, el trabajador estaría capacitado para instar la ejecución del fallo ante el Juzgado correspondiente. Sería

⁶⁸⁸ Instrumento procesal aceptado de manera pacífica por la jurisprudencia y reflejado en la STS de fecha 5 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8548).

⁶⁸⁹ Apoyando la tesis sostenida por GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 128, no puede hablarse de una relación de analogía entre los mecanismos de readmisión en el despido y los de reincorporación de un trabajador en situación de excedencia voluntaria, si bien podría observarse una “*ratio decidendi*” teniendo en cuenta que en realidad nos encontraríamos ante una decisión judicial que impone una relación laboral a fin de que recobre su efectividad inicial y origine una obligación que impusiera al empresario el deber de reincorporar a dicho empleado; de la misma opinión, ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, *op. cit.*, página 395.

a partir de este determinado momento procesal cuando se iniciaría la verdadera ejecución de la sentencia, en la medida en que el requerimiento del artículo 280 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se ajustaría más a una oportunidad que se le ofrece al empresario para que proceda a dar voluntario cumplimiento a la sentencia que le condena a la readmisión obligada del trabajador.

En este sentido, la solicitud de ejecución del fallo de la sentencia debe realizarse dentro de un plazo específico, esto es, el de veinte días hábiles siguientes a la expiración de los tres días del requerimiento efectuado al amparo del artículo 283 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Cabe destacar que el precepto no contempla ningún efecto en relación con la solicitud fuera del plazo legalmente establecido así como tampoco califica el plazo de solicitud de la ejecución como de prescripción. En cualquier caso, es evidente que la solicitud fuera del plazo conllevaría la desestimación de la ejecución instada, si la parte contraria opusiera tal excepción.

No obstante lo anterior, y en el supuesto de que el empresario hiciera caso omiso y continuara en su actitud de no hacer efectiva la reincorporación del trabajador excedente voluntario, el Secretario judicial acordará, a través de la correspondiente Diligencia de Ordenación, que el trabajador continúe percibiendo su salario con la misma periodicidad y cuantía que la declarada en la sentencia con los incrementos que por vía de convenio colectivo o mediante norma estatal se hubieran producido hasta la fecha de la readmisión en debida forma⁶⁹⁰ con efectos

⁶⁹⁰ Cabe señalar la STS de fecha 4 de noviembre de 1993 (RJ 1993/8546); así como también la STSJ de Cataluña de fecha 11 de febrero de 1993 (AS 1993/825), STSJ de Galicia de fecha 14 de noviembre de 1996 (AS 1996/3869), STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 22 de enero de 1997 (AS 1997/132) y STSJ de Aragón de fecha 23 de septiembre de 2004 (JUR 2004/24497). En la misma línea, PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, *op. cit.*, página 50, que considera que en el supuesto de que el

a partir de la firmeza de ésta y que además de ello, proceda a su readmisión con carácter inmediato. No hay que olvidar que el requerimiento a la empresa por el pago de salarios se halla dentro de las previsiones normativas en materia de ejecución de sentencias⁶⁹¹, por lo que es evidente que, desde la propia perspectiva del derecho positivo vigente, se inserta plenamente en el ámbito del procedimiento de ejecución tanto la indemnización sustitutoria – en el caso de que se incumpliera una obligación personalísima de hacer – así como la reparación de perjuicios por mora – en el caso de que la obligación, impuesta por la condena sea la de reincorporación del trabajador a la actividad laboral –.

En este aspecto, es relevante destacar el hecho de que el artículo 281 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no produce el efecto de dar por cumplida la condena, sino todo lo contrario, ya que el elemento teleológico que define la naturaleza de dicho precepto se basa en otorgar una protección al trabajador ante la falta de cumplimiento de la condena. Las medidas encardinadas en dicho precepto persiguen reparar la resistencia del empresario a cumplir el fallo objeto de la

empresario hubiera sido condenado a readmitir al trabajador excedente voluntario y, a pesar de ello, no actuara en tal sentido, sería posible iniciar una nueva demanda en orden a reparar los nuevos daños causados, sin que quedara afectada tal acción por los efectos de cosa juzgada formal, teniendo derecho el trabajador a recibir los salarios dejados de percibir desde la fecha de notificación de la sentencia hasta el día en que tuviera lugar la readmisión del empleado.

⁶⁹¹ Según lo dispuesto en la STS de fecha 2 de octubre de 1992 (RJ 1992/7599), el artículo 238.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que la sentencia habrá de cumplirse en sus propios términos, no existiendo previsión general para los supuestos de incumplimiento en plazo o de imposibilidad de cumplimiento, lo que podría comportar, en su caso, la aplicación subsidiaria del artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre ejecución a costa del condenado o indemnización sustitutoria. Sin embargo, cabe destacar que efectivamente existe una previsión específica respecto de los supuestos de incumplimiento de la obligada reposición en la actividad laboral, contemplado en el artículo 281 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para determinados supuestos de despido – en referencia a lo establecido en el artículo 279 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social – consistente en la percepción del salario por el trabajador.

sentencia. Si hiciéramos una interpretación sistemática de los artículos 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 281 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, dichas medidas otorgar al trabajador un bien jurídico reconocido por la ejecutoria, esto es, su plena reincorporación a la empresa y la restauración de sus derechos básicos a la ocupación efectiva y a la promoción y formación profesional en el trabajo – artículo 4.2 a) y b) del Estatuto de los Trabajadores –. Por tanto, la negativa a la readmisión supondría un claro incumplimiento de la sentencia y un daño grave a los derechos básicos del trabajador despedido y al interés colectivo de los trabajadores de la empresa en general⁶⁹².

Así pues, el principal efecto⁶⁹³ que desprendería el incidente de readmisión en fase de ejecución del trabajador excedente voluntario consistiría en el mantenimiento del salario a favor del empleado, con los correspondientes incrementos que ya, por convenio colectivo o por norma estatal, se produjeran

⁶⁹² En línea con lo establecido en la STS de fecha 13 de marzo de 1991 (RJ 1991\1850), la adopción de las medidas del artículo 282 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social pueden producirse en dos momentos procesales claramente diferenciados: (i) el primero de ellos, cuando por primera vez se presenta por el trabajador la solicitud ante el Juzgado de lo Social de turno, instando a que se requiera al empresario para que se le reponga en su puesto de trabajo, en virtud del artículo 279 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, únicamente pudiendo adoptarse dichas medidas a instancia de parte; y (ii), la segunda de ellas cuando el empresario no hubiera dado cumplimiento a la orden judicial de reintegrar al trabajador en su puesto de trabajo en el plazo de cinco días siguientes al Auto que resolviera la comparecencia del artículo 283 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Cabe destacar que en ambos supuestos, el Juez debe adoptar dichas medidas sin que en ningún caso pueda quedar a su arbitrio la adopción de las mismas. Por tanto, no existiría ninguna previsión legal por la que el trabajador tuviera que acreditar la necesidad de su adopción, ya que estas medidas, al no suplir la ejecución efectiva de la sentencia, tendrían por finalidad cubrir el daño que se le estará ocasionando al trabajador por la inexecución de la condena.

⁶⁹³ Y ello sin perjuicio de tomar en consideración otros posibles efectos secundarios producidos como consecuencia del incumplimiento empresarial en cuestiones de readmisión en fase de ejecución, como, por ejemplo, en materia de Seguridad Social, situación respecto de la cual el trabajador continuaría de alta y cotizando en el Régimen General de Seguridad Social.

hasta la fecha de la readmisión en debida forma. La forma a través de la cual se llevaría a cabo dicha medida viene indicada en el propio artículo 281 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, reflejándose en éste los derechos económicos ostentados por el trabajador excedente voluntario durante la tramitación de la ejecución, permaneciendo vigentes hasta que se lleve a cabo la efectiva readmisión. Y ello sin perjuicio de tomar en consideración otros posibles efectos secundarios producidos como consecuencia del incumplimiento empresarial en cuestiones de readmisión en fase de ejecución, como, por ejemplo, en materia de Seguridad Social, situación respecto de la cual el trabajador sería dado de alta y comenzaría de nuevo a cotizar en el Régimen General de Seguridad Social. A tal efecto, el Juez debería remitir comunicación a la Entidad Gestora correspondiente poniendo en conocimiento dicha situación a los efectos procedentes.

Por ello, y en tanto en cuanto el Órgano Judicial no emitiese Resolución por la que se acordase que la readmisión haya tenido lugar de forma regular, la Entidad Gestora no podría admitir ninguna comunicación de la empresa por la cual se solicitase la baja del trabajador excedente voluntario.

A mayor abundamiento cabe resaltar que el ámbito de la ejecución propiamente dicho queda casi exclusivamente centrado en la reincorporación, en este caso de un trabajador que proviene de una situación de excedencia voluntaria, sin que la condena a la readmisión inmunice al empleado contra posteriores extinciones contractuales ni tampoco garantice la efectiva reanudación de los servicios, sino únicamente impone la reanudación del vínculo laboral y en las mismas condiciones que regían de manera anterior al inicio de la situación de

excedencia voluntaria.⁶⁹⁴ Ya por último, también considero conveniente poner de manifiesto que aunque el derecho a la indemnización por daños y perjuicios se ha estimado casi exclusivamente en aquellos supuestos en los que la acción presentada por el trabajador ha sido aquella tendente a declarar su derecho de reincorporación efectiva en la empresa, también se ha estimado en el caso de declaración y calificación de nulidad en materia de despido⁶⁹⁵.

4.4. “Quantum” indemnizatorio y perjuicios probados.

En relación a la cantidad en concepto de indemnización por daños y perjuicios que debe percibir el trabajador excedente voluntario, cabe puntualizar que la cantidad inicialmente reclamada por el empleado puede sufrir variaciones y/o alteraciones en función de diferentes circunstancias inherentes al caso concreto planteado.

4.4.1. Prestación de servicios en otra empresa por parte del trabajador excedente voluntario.

Quizás el supuesto más habitual sería el que se produce cuando la empresa alega que el trabajador durante su situación de excedencia voluntaria ha estado prestando servicios para otra empresa al objeto de aminorar o reducir la cantidad indemnizatoria a percibir por aquél. En este sentido, es imprescindible matizar que

⁶⁹⁴ En base a lo establecido, entre otras, en la STSJ de Cataluña de fecha 20 de noviembre de 2001 (AS 2002/240) y STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de fecha 30 de abril de 2002 (AS 2002/2194), las cuales afirman que “*el restablecimiento del contrato de trabajo no impide el sometimiento de la relación, desde ese momento, a los avatares propios de nuevas medidas modificativas, suspensivas o extintivas de la misma*”.

⁶⁹⁵ Según la opinión de ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria*, op. cit., página 395.

el daño o perjuicio a indemnizar se presume por la mera constatación de que el trabajador excedente voluntario no ha obtenido ganancias por su trabajo, teniendo derecho a ser compensado con los salarios correspondientes dejados de percibir. Me estoy refiriendo por supuesto a aquellos supuestos en los que el trabajador solicita el reingreso en la empresa después de un período de excedencia voluntaria y ésta no lo readmite, acordándose posteriormente su readmisión a través de la pertinente sentencia dictada a tal efecto. En teoría, el empleado tendría derecho a obtener una indemnización por dicho retraso, la cual se cuantifica por el salario dejado de percibir; pero es importante que la empresa conozca que dicha indemnización se puede compensar con el salario cobrado por el interesado en otra empresa en el mismo lapso temporal hasta el punto que sean concurrentes⁶⁹⁶.

No obstante lo anterior, cabe resaltar la línea jurisprudencial⁶⁹⁷ aplicable al caso concreto planteado, la cual admite la indemnización por daños y perjuicios pero solamente en el caso de que haya una plena constancia de que dichos daños y perjuicios se han producido como consecuencia del retraso en el reingreso del trabajador de manera posterior a la finalización de su situación de excedencia voluntaria. En definitiva se trataría de acreditar de manera fehaciente que la negativa empresarial a la ocupación del empleado no ha ocasionado una pérdida indemnizable de rentas de trabajo o, al menos, no de manera proporcional a la reclamada por aquél; para ello debería ser la propia empresa la que acreditase que el trabajador excedente voluntario, durante el período computable a efectos de retraso en su reincorporación efectiva, hubiera obtenido ganancias por su trabajo

⁶⁹⁶ La fundamentación jurídica sobre la que se apoya la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 29 de julio de 1999 (AS 1999/3524) es clara y contundente.

⁶⁹⁷ En base a la jurisprudencia emanada de las SSTS de fecha 19 de abril de 1986 (RJ 1986/2207), 24 de enero de 1987 (RJ 1987/123), 26 de junio (RJ 1990/5523) y, de manera esencial, la STS de fecha 14 de marzo de 1995 (RJ 1995/2170).

por cuantía equivalente al salario que hubiera percibido de haberse producido la reincorporación de manera tempestiva⁶⁹⁸.

Por tanto, se entiende que normalmente la indemnización a tener en cuenta será la equivalente a los salarios dejados de percibir, salvo las dos excepciones siguientes: (i) en el supuesto de que fuera el trabajador excedente voluntario quien reclame⁶⁹⁹ cantidades superiores, recaerá sobre éste la obligación de acreditar tal

⁶⁹⁸ Siguiendo la línea doctrinal encabezada, principalmente, por ARGUELLES BLANCO, A.R., *La excedencia Laboral Voluntaria, op. cit.*, página 394, cuya opinión se basa en considerar que la realidad del daño vendría plenamente justificada en el caso de que efectivamente se acreditase la no existencia de retribución salarial durante un período de tiempo dentro del cual se debería haber obtenido, lo que implicaría disponibilidad del trabajador excedente voluntario para acceder de nuevo a la empresa y, por consiguiente, la ausencia total de cualquier otro tipo de ocupación remunerada, volviendo a incidir en la idea elemental de que será la empresa la que asuma la obligación de acreditar y demostrar de manera fehaciente e indubitada que el trabajador excedente voluntario estuvo prestando dichos servicios y, en consecuencia, recibiendo la correspondiente contraprestación a tal efecto. A colación de lo anteriormente dicho, cabe destacar la STS de fecha 6 de febrero de 1991 (RJ 1991/808), la cual afirma que constituiría obligación procesal del empleador el probar adecuadamente la existencia de una efectiva prestación de servicios por parte del trabajador excedente voluntario y ello debido esencialmente al carácter de hecho positivo que para la misma, reviste el comportamiento de parte más susceptible de justificación que el contrario, de índole negativa, consistente en el no ejercicio de ocupación retribuida alguna.

⁶⁹⁹ Demostración de daños y perjuicios ajustado, por ejemplo, al supuesto de que el trabajador excedente voluntario hubiera tenido que afrontar gastos extraordinarios de diversa naturaleza derivados de perjuicios por ser reincorporado al trabajo con posterioridad al momento en que tenía derecho a ello y en ciudad distinta a la que en realidad le correspondía, tal y como viene reflejado en la STS de fecha 13 de mayo de 1988 (RJ 1988/3623), la cual afirma categóricamente que “*la indemnización prevista en el artículo 1101 del Código Civil, puede ser moderada por los Tribunales de acuerdo con lo establecido en el artículo 1103 del propio cuerpo legal para fijar su indemnización atendiendo a los diversos conceptos reclamados en las demandas*”.

En resumidas cuentas, dicha resolución judicial incide en destacar que el mencionado artículo 1101 sólo obligaría a indemnizar los perjuicios probados en base a una doctrina legal consolidada la cual estima que los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la obligación de dar ocupación efectiva pueden en general valorarse en los salarios que se hubieran devengado, no pudiendo deducirse de ello que los

extremo⁷⁰⁰ y, (ii), en cambio, cuando fuera el empresario el que alegase la existencia de dichas cantidades percibidas como consecuencia de la prestación de servicios efectivos por parte del empleado en otra empresa, recaería sobre éste la obligación de acreditar los hechos impositivos de las indemnizaciones reclamadas⁷⁰¹.

Tomando en consideración dichas excepciones, el hecho concluyente es que el retraso en el cumplimiento de la obligación por parte de la empresa de proceder a la reincorporación del trabajador excedente voluntario permite presumir la culpa

perjuicios producidos por trabajar en población distinta a la que se tenía derecho deban ser indemnizadas con las dietas establecidas, sino que existiría la imperativa obligación de acreditar dichos daños.

⁷⁰⁰ En el hipotético caso de que el trabajador excedente voluntario no fijase en la demanda el salario computable, sería recomendable que al menos solicitase la aportación de certificación al efecto en su Ramo de Prueba Documental.

⁷⁰¹ Como excepción a las dos reglas jurisprudenciales en materia de acreditación de daños y perjuicios mencionadas, cabe señalar el supuesto singular de que, siendo el empresario quién alegase la inexistencia de los daños y correspondiéndole a éste, por tanto, la asunción de la carga de la prueba al respecto, únicamente pruebe que el período reclamado el trabajador excedente voluntario hubiera trabajado para otra empresa, pero no acreditase con exactitud la cuantía real de lo percibido en el período objeto de referencia. En esta tesitura se ha llegado a la conclusión de que, al menos, sería obligatoria descontar al menos el salario mínimo interprofesional con el correspondiente prorrateo de pagas extraordinarias, validándose como la solución más justa y ecuatoriana respecto de una adecuada defensa de los intereses empresariales, apoyándose en la línea doctrinal marcada por la STSJ de Aragón de fecha 20 de julio de 1994 (AS 1994/2978), STSJ de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de fecha 19 abril 1995 (AS 1995/1454) y STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 18 de abril de 1996 (AS 1996/1298). En sentido contrario cabe citar lo dispuesto en la STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 31 de julio de 1995 (AS 1995/3039), cuando afirma que corresponde al empresario la carga de probar no solamente que el trabajador ha prestado servicios para otra empresa sino también el importe de lo ya percibido respecto de la cantidad que correspondería al trabajador por el concepto de salarios de tramitación, pero con la peculiaridad de imponer la prohibición de descontar, sin más, el salario de los días en que prestó servicios computado a razón de la retribución percibida en la empresa de la que fue despedido, afirmando que el cauce formal correcto a efectos de contabilizar dicha deducción debería limitarse al salario de los días de que se tratase pero con arreglo al salario mínimo interprofesional incluyendo la parte proporcional de pagas extraordinarias.

y el daño, pero no es por sí mismo causa de indemnización, bien porque la causa del retraso en la recolocación no sea imputable al empresario, bien porque no se haya acreditado de modo suficiente el daño efectivo sufrido⁷⁰². El empresario debe desplegar un esfuerzo probatorio adecuado para acreditar lo que le interesa en este ámbito. Por ejemplo, puede solicitar prueba documental a fin de que fuera el propio Juzgado el que interesase a la nueva empresa que comunicara el salario abonado al trabajador; emplazar al trabajador al objeto de que procediese a aportar las nóminas; solicitar que la Tesorería General de la Seguridad Social remitiera informe de las bases de cotización; prueba de interrogatorio de la parte a fin de preguntar en la comparecencia al trabajador el importe de lo percibido en la nueva empresa; o incluso prueba testifical del representante de la empresa en la que presta servicios el trabajador para que testificara sobre el salario percibido por éste.

Así pues, y una vez acreditada la realidad de otros daños y perjuicios ocasionados al trabajador excedente voluntario, y siendo así que la retribución que hubiera percibido el actor en concepto de indemnización fuera inferior a la que efectivamente hubiere percibido de otra empresa, no existiría ninguna razón para concederle también el monto indemnizatorio que pudiera haber reclamado⁷⁰³. A modo de detalle, cabe destacar que la cantidad que pudiera percibir el trabajador excedente voluntario en concepto de indemnización por daños y perjuicios estaría totalmente exenta de cotización puesto que dicha cantidad carecería por completo de naturaleza salarial por razón de que las consecuencias derivadas de las acciones legales que el trabajador en situación de excedencia voluntario tiene a su

⁷⁰² Basándonos en la doctrina judicial emanada de la STSJ de Galicia de fecha 29 de noviembre de 2003 (AS 2004/1467) y STSJ de Cantabria de fecha 25 de noviembre de 2008 (AS 2009/86).

⁷⁰³ Recogiendo lo dispuesto en la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 20 de marzo de 2003 (AS 2003/3027).

disposición, bien para la obtención de su reingreso, ante la oposición de la empresa, reflejada en una simple de reincorporación, o por el contrario, alegando la existencia de un despido, dando lugar ésta, caso de ser estimada, a los efectos establecidos para esta clase de resoluciones, efectos los cuales si vendrían aparejados de hacer frente a las diferentes cotizaciones que pudieran conllevar los salarios de tramitación abonados al trabajador excedente voluntario⁷⁰⁴.

4.4.2. Cantidad en concepto de indemnización y cantidad en concepto de prestación por desempleo: posible enriquecimiento injusto por parte del trabajador excedente voluntario.

Por otro lado, y en relación a las cantidades que hubiera podido percibir el trabajador excedente voluntario durante el tiempo en el cual la empresa hubiera dilatado su reincorporación efectiva, es conveniente mencionar la posibilidad de que dichas cantidades percibidas no tengan su origen en otra empresa, sino en un ente público, representado fundamentalmente por el Instituto Nacional de Empleo y traducido en las cantidades en concepto de prestación por desempleo que el trabajador hubiera podido percibir provenientes de dicho organismo durante su situación de excedencia voluntaria como consecuencia de la suspensión singular y específica que ha sufrido su contrato de trabajo⁷⁰⁵.

La cuestión nuclear que define el conflicto jurídico se centra esencialmente en saber, por un lado, si el trabajador excedente voluntario que percibe en su integridad indemnización y prestación social se encuentra primado con un

⁷⁰⁴ STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 12 de enero de 1993 (AS 1993/279).

⁷⁰⁵ Teoría mencionada y apoyada por GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, página 128 así como también por SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Despido colectivo del excedente voluntario sin indemnización”, *op. cit.*, 2006, página 5.

aparente enriquecimiento injusto y, por otro, si la propia empresa se vería beneficiada en la medida en que se habría financiado un incumplimiento empresarial por medio de una prestación pública. En este sentido, existe una línea jurisprudencia clara y contundente la cual considera que efectivamente, en este tipo de situaciones, se produce un evidente enriquecimiento injusto por parte del trabajador excedente voluntario en el caso de que el empresario hubiera cumplido con su obligación de abonar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios, considerándose que es el propio Instituto Nacional de Empleo el que con el abono de la pertinente prestación social enriquece de manera indebida y totalmente desproporcionada el patrimonio personal del empleado⁷⁰⁶.

Profundizando en el contexto específico del caso planteado, la jurisprudencia opta por conceder plena libertad procesal al Instituto Nacional de Empleo para que se constituya en parte en el procedimiento de turno y tenga la posibilidad de reclamar al trabajador excedente voluntario la prestación social excesiva que hubiera podido percibir⁷⁰⁷, ya que la empresa no estaría capacitada para descontar del montante total a satisfacer por la tardía reincorporación del trabajador excedente voluntario, esto es, lo que el empleado hubiera podido

⁷⁰⁶ STS de fecha 23 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9559).

⁷⁰⁷ En el caso de que el Instituto Nacional de Empleo no hubiera sido parte en el proceso, no nos quedaría más remedio que acudir a lo dispuesto en el artículo 270 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precepto el cual configura el mecanismo procesal adecuado para resolver ese posible vacío legal, según el cual “*las diligencias de ordenación, providencias, autos y sentencias se notificarán a todos los que sean parte en el pleito o la causa y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios, cuando así, se disponga expresamente en aquellas resoluciones, de conformidad con la Ley*”, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 54.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el cual afirma de manera taxativa que “*también se notificarán las resoluciones, cuando así se mande, a las personas y entidades a quienes se refieran o puedan parar perjuicio u ostentaren interés legítimo en el asunto debatido. En especial, además de la resolución que ponga fin al proceso, se les notificarán la admisión a trámite y el señalamiento de la vista*”.

percibir en concepto de prestación o subsidio por desempleo, recayendo dicha obligación sobre el propio Instituto Nacional de Empleo en su calidad de Entidad Gestora de las funciones y servicios derivados de las Prestaciones de protección al desempleo, en base a lo dispuesto en los artículos 226 y 228 de la Ley General de Seguridad Social⁷⁰⁸.

Así pues, cabe destacar que el hecho de que el trabajador excedente voluntario tenga asegurado o cubierto el riesgo de no ser reintegrado su puesto de trabajo, no afecta a la responsabilidad ni limita el importe de los daños originados por la conducta del empresario porque, el posible percibo de cantidades en concepto de prestación por desempleo y el derecho al percibo de una indemnización por daños y perjuicios ocasionados responden a relaciones jurídicas diversas con base en normas diferentes. Por tanto, tal acumulación no implicaría en ningún caso la existencia de un posible enriquecimiento injusto por parte del

⁷⁰⁸ Coincidiendo con la línea doctrinal marcada por las SSTSJ de Cataluña de fecha 10 de julio de 1996 (AS 1996/2920) y 2 de septiembre de 1999 (AS 1999/6522), en el caso de que el trabajador excedente voluntario hubiera cobrado percepciones por desempleo con cargo al Instituto Nacional de Empleo, únicamente podría valorarse como circunstancia impositiva del derecho a indemnización del actor la de ganancias obtenidas por el mismo en base a una efectiva prestación de servicios en otra empresa y no en concepto de prestaciones derivadas de la situación de desempleo, es lo cierto que no sólo en nuestro sistema coexisten con entera compatibilidad la responsabilidad en materia de prestaciones de la Seguridad Social con la del empresario en orden a reparar daños y perjuicios ya que los hechos que las motivan y la relaciones jurídicas de que una y otra nacen son distintos, diferenciados e independientes sino que, además y principalmente el hecho de que el trabajador por incumplimiento del deber de reintegrarlo a su puesto de trabajo por el empresario haya pasado a situación de desempleo y por tal motivo percibido las prestaciones que, por reunir los requisitos establecidos por la Ley, le correspondían con cargo al Instituto Nacional de Empleo, no implica ni supone que no haya sufrido perjuicio o que el mismo haya de reducirse con el importe de las prestaciones ya que, la realidad es que con ello se le ha colocado en situación de agotamiento de las mismas sin derecho, en supuesto sobrevenido en materia de contingencias, al disfrute de las que, en otro caso, le corresponderían, lo que sólo como daño y perjuicio puede jurídicamente valorarse y con importe equivalente al del salario dejado de percibir.

trabajador excedente voluntario, pues tal figura construida por la doctrina jurisprudencial exigiría en su apreciación no sólo la ausencia de causa justificada sino además la inexistencia de disposición normativa que excluya el enriquecimiento. En este caso concreto, no solamente el derecho a las prestaciones y abono de daños y perjuicios reclamados por el trabajador excedente voluntario tendría su apoyo en normas del ordenamiento jurídico sino que la cuantía tanto de aquéllas como de éstas vendría predeterminada por norma imperativa legal.

La línea jurisprudencial mantenida hasta la fecha encuentra su origen histórico en la Sentencia de la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 23 de diciembre de 1997⁷⁰⁹, la cual fue la primera⁷¹⁰ en abordar de una

⁷⁰⁹ STS de fecha 23 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9559).

⁷¹⁰ No hay que olvidar que el Tribunal Supremo, a la hora de fundamentar el elemento casacional de la Sentencia, se apoyó en un precedente jurídico anterior que, por analogía, se consideró susceptible de aplicación al caso concreto. En concreto, se relacionó el supuesto planteado con la prestación recibida por el trabajador derivada de incapacidad temporal durante el proceso de impugnación por despido. La cuestión resuelta fue que producido el despido que después se declaró improcedente, el trabajador causó incapacidad laboral transitoria, con la coincidencia de abonar la empresa los salarios de tramitación y el Instituto Nacional de la Seguridad Social el subsidio de incapacidad. El argumento del recurso consistió en que percibiendo el trabajador el salario en virtud de la sentencia judicial, como la finalidad del subsidio estribaba en la necesidad de indemnizar la pérdida del salario por la imposibilidad de trabajar, carecía de finalidad dicho subsidio y su percepción se pudiera entender traducida en un enriquecimiento sin causa. Las sentencias que en casación para la unificación de doctrina tuvieron que resolver esta cuestión – SSTS de fecha 16 de junio de 1994 (RJ 1994/5442) y 4 de octubre de 1994 (RJ 1994/7741) – se valieron coincidentemente de estas razones: **(i)** la indemnización por incapacidad laboral transitoria es una prestación contributiva que sólo está condicionada a la imposibilidad de trabajar y a la necesidad de recibir asistencia sanitaria; **(ii)** esta prestación no se pierde por tener otros ingresos y sí por trabajar; **(iii)** el Estatuto de los Trabajadores exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo; y, **(iv)**, la única previsión legal que contempla la percepción por parte del trabajador de una cantidad que cubra lo adeudado por salarios de tramitación libera al empresario deudor de estos salarios y no al que satisface la cantidad, según el artículo 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores. Por lo que finalmente se decidió que la Entidad Gestora no quedaba liberada de su obligación.

manera profunda y concreta el núcleo del problema planteado, en relación a discernir la admisión o no de la minoración de las indemnizaciones fijadas por retraso empresarial en el reingreso del trabajador excedente voluntario, en virtud del acuerdo de deducir de dichas cantidades lo percibido por dicho trabajador en concepto de prestación por desempleo. Dicha resolución judicial alcanzó la conclusión de que fuera el propio Instituto Nacional de Empleo el que se dirigiese contra el trabajador excedente voluntario y le reclamase aquellas cantidades que éste hubiera podido percibir en concepto de prestación por desempleo a partir del momento en el que su reincorporación debió hacerse efectiva. Por tanto, no se produciría ningún tipo de minoración respecto de la cantidad en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivada del retraso en la reincorporación efectiva del trabajador excedente voluntario, recayendo sobre el empresario la obligación de abonar dicha indemnización en su totalidad.

4.4.3. Cómputo de antigüedad.

En este sentido, es necesario tener muy presente el hecho de que el trabajador excedente voluntario que observa como la empresa dilata en el tiempo su reincorporación efectiva en la misma, no solamente observa un daño directo a su esfera patrimonial, traducido en los salarios dejados de percibir a lo largo de ese periodo de tiempo – daño resarcido a través de la correspondiente indemnización por daños y perjuicios derivada de la aplicación de los artículos 1.100 y 1.101 del Código Civil – sino también contempla como su propia esfera jurídica se ve afectada, ya que ese período de tiempo no es computable a efectos de su antigüedad en la empresa, por lo que también es conveniente que el trabajador conozca sus posibilidades a la hora de reclamar en su demanda la alteración de dicha antigüedad a fin de que dicho período de excedencia voluntaria sea

computado pese a la existencia de vacante adecuada⁷¹¹. Bajo este contexto, entenderíamos tal reconocimiento de antigüedad como una indemnización al perjuicio irrogado al trabajador excedente voluntario por el incumplimiento de la obligación empresarial de proceder a su reingreso en el momento adecuado.

Deviene imprescindible incidir en el hecho de que la indemnización de daños y perjuicios causados, prevista en el artículo 1101 del Código Civil, no tiene por qué reducirse a indemnizaciones a tanto alzado, cuando es evidente que uno de los perjuicios causados se traduce en una pérdida de antigüedad que queda plenamente saldada otorgándola⁷¹².

Así pues, mientras que resulta incluso una obviedad decir que el tiempo de excedencia disfrutado por el trabajador no puede considerarse como de antigüedad porque no ha existido una efectiva prestación de servicios que la empresa venga obligada a compensar, no ocurre lo mismo con el tiempo posterior a la petición de reingreso, en el que la inexistencia efectiva de trabajo es imputable exclusivamente a la empresa que rechazó indebidamente la petición de reingreso, por lo que la antigüedad del empleado deviene real y cierta, sumándose a la que ya ostentaba de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria⁷¹³.

⁷¹¹ De la misma opinión, RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., página 77.

⁷¹² Tomando como referencia lo establecido en las SSTs de fecha 24 de enero de 1987 (RJ 1987/123) y 13 de mayo de 1988 (RJ 1988/3623).

⁷¹³ Cabe recordar que, en materia de indemnización por daños y perjuicios, el artículo 1106 del Código Civil es claro y explícito en tal sentido, no dejando lugar a dudas cuando afirma que dicha indemnización comprende “no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido el acreedor sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener”, ganancia que puede venir reflejada en múltiples escenarios. En este sentido, la STS de fecha 28 de febrero de 1989 (RJ 1989/960) hace referencia a uno de ellos, no limitando la indemnización por daños y perjuicios a un aspecto puramente económico, sino más bien todo lo contrario, ya que deja abierta la posibilidad de resarcir “otros posibles perjuicios”, haciendo una clara referencia a la

Por tanto, dentro de esa obligada reparación derivada del derecho al reingreso, se encontraría no solo la de indemnizar como daños y perjuicios causados al trabajador excedente voluntario con un importe equivalente a los salarios dejados de percibir sino también el reconocimiento de derecho al cómputo del período que hubiera transcurrido tomando como referencia la fecha en la que el empleado debió reingresar en su puesto de trabajo hasta la fecha efectiva de la reincorporación, y ello a los puros efectos de antigüedad en la empresa⁷¹⁴.

4.5. Procedimiento laboral común: incidencias particulares.

Partiendo de la base de que nos hallamos ante un procedimiento en materia social derivado de situaciones de excedencia voluntaria y afectado a su vez por normativa de naturaleza puramente civil traducido en reconocimiento de indemnizaciones por daños y perjuicios, no es de extrañar que escenarios tan contrapuestos generen una serie de situaciones muy poco habituales las cuales no hacen otra cosa que interferir e, incluso en ocasiones, obstaculizar el normal funcionamiento procesal previsto en este tipo de casos.

Antes que nada, considero conveniente puntualizar que, en esta clase de procesos, es obligado, en primer lugar, que las partes o defensores utilicen la fase de conclusiones para determinar de manera líquida las cantidades que por

cuestión de computar ese período de retraso en la reincorporación como antigüedad efectiva del trabajador en la empresa.

⁷¹⁴ En base a lo dispuesto en la STSJ de la Región de Murcia de fecha 23 de febrero de 1999 (JUR 1999/134201), “*de no acceder a la petición de la actora, quedarían sin indemnizar graves perjuicios derivados directamente de la injusta decisión patronal – esto es, definitiva reducción de premio de antigüedad para el resto de la vida laboral del trabajador en la empresa, privación, por vía indirecta, de derechos de ascenso, traslados u otros premios –, quedando parcialmente incumplida la finalidad de los artículos 1101 y 1106 del Código Civil*”.

cualquier concepto sean objeto “*de petición de condena principal o subsidiaria*” – y ello de acuerdo con el artículo 87.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social – y, en segundo lugar, que en las sentencias que se dicten al objeto de condenar al abono de una cantidad que el Juez o Tribunal la determine expresamente⁷¹⁵, sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución posterior⁷¹⁶ – y ello de acuerdo con los artículos 89.4 d) y 99 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁷¹⁷ –, y ello por razón esencial de que es el propio juez, el que por aplicación de los artículos 80.1 d) y 87.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ha de evitar que los litigantes incumplan sus obligaciones de concreción de la cantidad correspondiente, recordándoles que esa determinación no puede ni debe dejarse para la fase de ejecución de la sentencia.

Pero, no obstante lo anteriormente dicho, es necesario situar la aplicación sistemática de los artículos 89.1 d) y 99 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en un contexto adecuado y lógico. Así pues, lo verdaderamente relevante a tales efectos es que la fijación de dicha cantidad no tiene porqué concretarse en un importe líquido, bastando únicamente con que se determine el “*dies a quo*”, computándose el abono de la cantidad en concepto de indemnización por daños y

⁷¹⁵ Según lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el cual establece que “*en las sentencias en que se condene al abono de una cantidad, el Juez o Tribunal la determinará expresamente, sin que en ningún caso pueda reservarse tal determinación para la ejecución*”.

⁷¹⁶ STS de fecha 20 de noviembre de 1998 (RJ 1998/10014).

⁷¹⁷ En base al contenido dicho precepto, el órgano judicial ha de exigir que las peticiones concretas de cantidad sean recogidas con precisión absoluta en el acta correspondiente a la celebración del juicio oral mientras que, en relación a lo establecido en el artículo 99 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el órgano judicial viene obligado a ser consecuente con aquellas obligaciones y, en consecuencia, llevar a su sentencia la determinación expresa de tal cantidad, en el supuesto de que se condenase al abono de la misma. O dicho en otras palabras, lo que era una obligación de las partes, bajo la actuación vigilante del juez, pasa a ser una obligación directa de éste, el cual tampoco puede reservar la determinación de la cantidad para la fase de ejecución de sentencia.

perjuicios hasta que se produjera la reincorporación efectiva del trabajador excedente voluntario, ya que se trataría de una condena a cantidad líquida, y el mero hecho de que deba realizarse una sencilla operación matemática de multiplicación por los días del período señalado no desnaturalizaría el carácter líquido y tasado de la condena⁷¹⁸.

Y me estoy refiriendo fundamentalmente a aquellos supuestos en los que la parte recurrente pudiera alegar en su recurso la no concreción en el fallo de la sentencia de la cantidad a abonar al trabajador excedente voluntario por no readmisión tras excedencia, pudiéndose interpretar una clara indefensión, al considerar este hecho como una especie juzgamiento de daños de futuro, produciéndose como principal consecuencia la nulidad de actuaciones del procedimiento⁷¹⁹.

Por otra parte, también merece la pena incidir en el hecho de que en el supuesto de que la reclamación de indemnización por daños y perjuicios se realizara contra un Organismo Público por la tardanza en la producción del reingreso solicitado por trabajador excedente voluntario, habría que tener muy presente que dicho Instituto Público seguiría actuando en calidad de empresario y

⁷¹⁸ Según lo establecido en la STSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 18 de enero de 2000 (AS 2000/5397).

⁷¹⁹ En esta ocasión, la STSJ de la Comunidad de Madrid de fecha 26 de enero de 2000 (AS 2000/1295) aporta la doctrina judicial correcta, al entender que el Juez de instancia en ningún momento deja para la ejecución de sentencia la determinación de la cantidad a abonar en concepto de indemnización basándose en que Hecho Probado Primero de dicha sentencia contiene el dato del salario de la parte demandante, con lo que la cantidad inicial existe quedando por fijar el día en que la parte actora vuelve a reincorporarse, considerándose la cantidad como líquida a todos los efectos y, por ende, bastando una simple operación aritmética para conocer la cuantía de la condena.

en ningún caso como sujeto investido de potestad y que, por tanto, no cabría alegar excepción de incompetencia jurisdiccional del Orden Social⁷²⁰.

⁷²⁰ Siguiendo lo dispuesto en las SSTS de fecha 23 de junio de 1997 (RJ 1997/4935) y 30 de septiembre de 1997 (RJ 1997/6631), las cuales afirman claramente que *“lo impugnado es una práctica empresarial, una actividad del Organismo Autónomo actuando como empresario, no como sujeto investido de potestad deduciéndose la pretensión dentro de la rama social del Derecho, sin que pueda ser calificada tal conducta como acto sujeto al Derecho administrativo en materia laboral, correspondiendo su conocimiento a los Tribunales del orden social”*. En el mismo sentido, cabe destacar la STSJ de Castilla y León (Burgos) de fecha 30 de julio de 1999 (AS 1999/2474).

CONCLUSIONES.

El presente trabajo se ha planteado única y exclusivamente con la intención de exponer los principales puntos de conflicto existentes en la configuración jurídica de la excedencia voluntaria, aportando la mayor cantidad de soluciones posibles a fin de que la utilización práctica de la institución se pueda entender de una manera rápida y eficaz.

La naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria se ha caracterizado por un permanente grado de inestabilidad y confusión, y más aún si tenemos en cuenta que estamos tratando con una figura jurídica que fue utilizada primeramente en el contexto de la función pública y que, posteriormente, fue trasladada al ordenamiento jurídico laboral. Su ámbito de aplicación aumentó considerablemente, pues pasó de regularse, en su origen, a determinados convenios colectivos profesionales y a determinados supuestos, a extenderse en el día a día de la población asalariada. El cambio contextual supuso el inicio de un proceso legislativo con el fin de adecuar las funciones y el contenido de la excedencia laboral voluntaria a esta nueva situación jurídica – social. Así pues, la excedencia voluntaria se convirtió en una herramienta imprescindible para conseguir una mayor estabilidad en el empleo, pues el empleado se podía desvincular de la empresa de manera temporal y proceder así a compatibilizar su relación laboral, mediante un paréntesis en la misma con otras ocupaciones de índole profesional, personal o familiar, sin estar obligado por ello a una ruptura definitiva de su contrato de trabajo. Por otra parte, la empresa también se vería beneficiada de la situación, pues no se desprendería por completo de la experiencia adquirida por el empleado en, al menos, el año de prestación efectiva de servicios realizado a favor de la misma.

Es por ello que la excedencia laboral voluntaria desempeña una serie de funciones tan singulares que la hacen diferenciarse por completo de otras modalidades de excedencia. Sin entrar en cuestiones conceptuales y terminológicas – tales como el calificativo que acompaña a cada una de esas excedencias – es obvio que el contorno que marca los parámetros básicos de la excedencia voluntaria es sustancialmente diferente a los de cualquier otra, y ello por dos hechos evidentes. El primero de ellos vendría subrayado por la ausencia total de elemento causal que permita al trabajador obtener el reconocimiento empresarial a situarse en situación de excedencia voluntaria; ello en contraposición por lo dispuesto en el régimen jurídico de las diferentes modalidades de excedencia forzosa, el cual se basa precisamente en el cumplimiento del requisito causal. Éstas únicamente pueden utilizarse cuando concurren una serie de motivos muy particulares y específicos. El segundo de ellos se definiría por la exigencia de una serie de determinadas condiciones a fin de poder disfrutar de una excedencia voluntaria, tales como, por ejemplo, la obligación del empleado de acreditar un tiempo mínimo de antigüedad en la empresa – en este caso, un año –. La excedencia forzosa no precisa ningún requisito previo para estar en posición de proceder al ejercicio del derecho.

La excedencia voluntaria cumple con una serie de funciones específicas y quizás por ese motivo no ha sido muy complicado contrastar sus líneas fundamentales con el régimen jurídico de otras instituciones. Así pues, figuras jurídicas tales como la extinción contractual, la interrupción de servicios o la suspensión del contrato de trabajo siempre han estado relacionadas con la institución de la excedencia.

A lo largo del trabajo he tratado de explicar cómo es posible diferenciar claramente el régimen jurídico de la excedencia voluntaria de las dos primeras, ya

que la extinción supone una ruptura total del vínculo contractual que une a ambas partes – hecho que en la excedencia voluntaria no sucede en ningún momento – mientras que la interrupción de servicios implica una desvinculación mucho menor que la excedencia voluntaria. Sin embargo, en relación con la suspensión del contrato de trabajo el asunto no está tan claro. Una gran parte de la doctrina ha tratado de asimilar el régimen jurídico de la excedencia voluntaria al de la suspensión del contrato de trabajo y ello en base la supervivencia de la relación laboral dejando de lado las teorías que abogan por considerar a la excedencia voluntaria como una figura autónoma dentro de las diferentes instituciones laborales existentes en nuestro ordenamiento. Los peculiares efectos que desprende la excedencia voluntaria marcan la principal diferencia con la suspensión del contrato de trabajo. Mientras que en la primera el empleado únicamente conserva un derecho preferente al reingreso en la empresa a partir de la existencia de una determinada vacante de la misma o similar categoría profesional en la segunda el empleado ostenta un derecho de reingreso automático una vez cese la causa que produjo la suspensión contractual.

Desde un punto de vista más práctico se sitúa la cuestión relativa a la titularidad del derecho y al modo de ejercicio del mismo. Partiendo de la base de que son los trabajadores por cuenta ajena las personas que ostentan el derecho de solicitar una excedencia, son múltiples las posibilidades que se originan en torno a esa cuestión. Por ello, he considerado conveniente analizar los posibles problemas que se pueden encontrar determinados colectivos que no están incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley, tales como aquellos que tengan concertado un contrato de carácter temporal con la empresa o incluso los trabajadores que realizan una prestación de servicios a través de una relación laboral de carácter especial.

En cuanto a la manera que tiene el empleado de acceder a una excedencia voluntaria, la cuestión relativa al cumplimiento de los requisitos establecidos por la norma legal ha tenido multitud de problemas realmente complejos, como por ejemplo el relativo al período previo de trabajo para proceder al disfrute del derecho.

En relación a la duración de la excedencia voluntaria, resalto la incidencia que ha tenido la Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo para la Igualdad efectiva entre Hombres y Mujeres, y la modificación que ha aportado al régimen jurídico de la excedencia voluntaria, flexibilizando su umbral mínimo de duración, fijándolo en cuatro meses. Considero que los nuevos límites temporales dispuestos por la nueva normativa de igualdad marcan, de manera decisiva, el punto de partida de una nueva configuración de la excedencia voluntaria en relación a sus efectos sobre la relación de trabajo, las nuevas posibilidades de cobertura transitoria del puesto de trabajo así como también la importancia de la posibilidad que tiene el empleado de prorrogar su situación de excedencia. Por todo ello, he creído conveniente resaltar los conflictos creados en torno a esta cuestión así como las principales consecuencias laborales derivadas del nuevo panorama legislativo.

Por otra parte, el hecho de que el empleado se coloque en situación de excedencia voluntaria produce una serie de efectos que condicionan la relación contractual y jurídica entre ambas partes. El efecto básico consiste en la exoneración total de las obligaciones de prestar servicios, por parte del empleado, y de remunerar dichos servicios, por parte del empleador. Sin embargo, el vínculo contractual entre las partes no se rompe en ningún momento, sino que, simplemente, se debilita y, por tanto, hay una serie de obligaciones de carácter accesorio que van a definir el desarrollo de la nueva relación, esencialmente

representadas por los diferentes derechos, tanto de carácter colectivo como individual, ostentados por el trabajador, así como diferentes aspectos en materia de concurrencia desleal y seguridad social, los cuales plantean multitud de problemas prácticos en el momento afectan a la esfera jurídica del empleado a lo largo de su situación de excedencia voluntaria. En este sentido, la clara indefinición del término concurrencia desleal ha ocasionado un gran número de conflictos interpretativos a la hora de conocer exactamente el ámbito de aplicación del mismo, esencialmente regulado por la negociación colectiva. Mi intención no ha sido otra que intentar desgranar los puntos fundamentales sobre los cuales se apoya la prohibición de concurrencia desleal e intentar ordenar los diferentes tratamientos que la negociación colectiva confiere a dicha exclusión.

En cualquier caso, y sin restar un ápice de importancia a la totalidad de las cuestiones expuestas anteriormente, considero que uno de los puntos que más conflictividad genera es, sin ninguna duda, el relacionado con la solicitud de reingreso por parte del trabajador excedente voluntario, el procedimiento para llevarlo a cabo y las diferentes formalidades que se deben tener en cuenta a fin de lograr la mayor seguridad jurídica posible, en este caso concreto, de cara a garantizar la posición del empleado.

A partir de aquí surgen multitud de circunstancias y dilemas interpretativos que no hacen sino entorpecer y dificultar el objetivo principal del trabajador, el cual no es otro que el lograr la efectividad plena de su derecho y, en consecuencia, su inmediata reincorporación al organigrama de la empresa a la mayor brevedad posible. La causa del problema es evidente y se traduce en una falta total de regulación de la norma legal sobre la cuestión. Falta total de regulación reflejada en la ausencia del establecimiento de parámetros mínimos que estructuren y homogenicen por ejemplo, un plazo de preaviso único objeto de ineludible

cumplimiento por parte del empleado que quisiera reingresar en la empresa, atendiendo a notas particulares como la fijación de un plazo limitativo común a fin de evitar solicitudes de reingreso plasmadas con un margen temporal demasiado amplio respecto a la fecha inicial de preaviso dispuesta ya sea a través del convenio colectivo de aplicación en la empresa o mediante pacto individual entre ambas partes. Dicho plazo limitativo común evitaría interpretaciones confusas en torno a conocer cuando y de qué manera incumple el plazo de preaviso establecido a efectos de reactivar su derecho preferente de reingreso.

Tampoco nos podemos olvidar de otras cuestiones de vital importancia inherentes a la naturaleza formal de la solicitud de reingreso, pero en esta ocasión observada desde un punto de vista extintivo; y ello haciendo referencia a supuestos en los que el trabajador excedente voluntario comunica al empresario su intención de reincorporarse a la empresa, pero de una manera posterior al plazo de preaviso establecido a tal efecto, por tanto, incumpliendo dicha condición temporal. Y también, y profundizando en las diversas consecuencias que se generarían una vez el trabajador excedente voluntario hubiera hecho caso omiso del requisito temporal preestablecido, cabría destacar la problemática existente con el decaimiento del derecho del trabajador y la interpretación terminológica que se debería otorgar a dicha situación, en el sentido de no considerar tal decaimiento de derecho como una causa de extinción pura que ocasionaría un hecho grave y culpable por parte del empleado, sino como un fin en sí mismo.

Ahora bien, si tuviéramos que decantarnos por el elemento nuclear que estructura y dota de sentido jurídico a la situación de excedencia voluntaria, ese sería, de manera indubitada, el derecho preferente de reingreso insertado en la esfera jurídica del trabajador y, a su vez, definidor de las diferentes posibilidades

legales que se puedan alegar frente a cualquier actitud que pueda adoptar el empresario a la hora de afrontar, aceptar o rechazar el reingreso del empleado.

A partir de ahí, es innegable que surgen multitud de incidencias particulares, tales como las siguientes: **(i)** la primacía o no del derecho preferente del trabajador excedente voluntario en relación con el que pueda tener un trabajador en activo por razón de una decisión empresarial relativa a un ascenso o traslado de éste último que afectara a la plaza vacante que, de manera originaria, pudiera haber correspondido al empleado excedente voluntario o, entre muchas otras; **(ii)** el supuesto relativo a la concurrencia de solicitudes de reingreso y, **(iii)**, el orden de prelación que debe imperar entre las mismas, las posibilidades conferidas al empresario, vía legal o convencional, de cara a proceder a la amortización de la plaza vacante ocupada por el trabajador excedente voluntario de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria.

La regulación y aplicabilidad de las alternativas expuestas anteriormente se encuentran sujetas, en la mayoría de los casos, al margen de maniobra que pueda conceder la negociación colectiva y, por analogía, siguiendo lo establecido en el artículo 46.6 del Estatuto de los Trabajadores, el cual amplía sobremanera la operatividad del derecho preferente de reingreso en relación con los mecanismos internos que pueda adoptar la empresa a fin de enfocar de manera adecuada la situación específica creada en cada caso. Lo más sorprendente de todo ello es que la actuación de la negociación colectiva se convierte, en ocasiones, en elemento de apoyo imprescindible al objeto de complementar y desarrollar la escasa y defectuosa ordenación legal prevista atendiendo a este tipo de supuestos.

La situación de excedencia voluntaria implica una serie de incidencias las cuales escapan del ámbito de protección y seguridad jurídica que, en teoría,

debería proporcionar la norma legal. Una de ellas se produce en el contexto del reingreso del trabajador excedente voluntario y la vacante de igual o similar categoría profesional que éste debería ocupar. En relación con esta cuestión, cabe destacar la entrada en vigor del Real Decreto – ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y las diversas modificaciones que ha llevado a cabo sobre diferentes cuestiones que inciden, de manera directa, en la configuración y aplicación de la figura jurídica de la excedencia voluntaria. Así pues, una de las principales novedades ha consistido en la supresión del término “*categoría profesional*”, y su sustitución por “*grupo profesional*”. De esta manera, entiendo que aumentan considerablemente las posibilidades de reingreso del trabajador excedente voluntario en la empresa, al concederse una mayor libertad y flexibilidad en materia de clasificación profesional interna de las empresas. Esto quiere decir que el derecho preferente de reingreso del empleado ya no se encuentra condicionado a la existencia de puestos de trabajo de categoría similar, sino que el margen de maniobra se extiende, tomando como referencia grupos profesionales similares que pudieran existir en el organigrama interno de la empresa en cuestión.

Haciendo una primera valoración de lo anteriormente mencionado, nos encontramos con otro vacío legal claramente olvidado por la norma legal, cual es la falta de concreción en relación a determinar si el año de antigüedad que debe ostentar el trabajador que desea ejercitar su derecho de excedencia voluntaria debe materializarse en un contexto indefinido o únicamente sería suficiente con que lo hiciera en un contexto temporal. Y es en este punto donde volvemos a encontrar lagunas interpretativas alarmantes, respecto de las cuales los Tribunales continúan sin fijar una línea argumental homogénea que aclare las dudas existentes en tal sentido. A lo largo del trabajo he intentado, en la medida de lo posible, desgranar el fondo jurídico del asunto y aclarar cuestiones tales como la viabilidad en cuanto

a que el empresario procediese a contratar con carácter temporal a trabajadores en puestos de trabajo de igual o similar categoría profesional del trabajador excedente voluntario de manera posterior a la formalización de solicitud de reingreso por éste o, por ejemplo, el margen de maniobra dispuesto por el empresario a la hora de llevar a cabo prórrogas de contratos de carácter temporal o incluso conversiones de contratos temporales a indefinidos de manera posterior a la petición de reincorporación por parte del trabajador excedente voluntario.

En este aspecto, se revela una contradicción clara cuando la propia indefinición de la normativa legal nos compele a elegir entre dos opciones radicalmente opuestas, cuales son, por un lado, abogar por la estabilidad en el empleo y mantener en su puesto de trabajo a un trabajador que ha venido prestando sus servicios de manera satisfactoria y rentable para los intereses de la empresa o, por otro lado, resquebrajar dicho vínculo contractual para otorgar operatividad al derecho preferente característico de la esfera jurídica del trabajador excedente voluntario, reintegrándole de nuevo en la estructura humana de la empresa.

El funcionamiento jurídico de la institución deviene otra vez defectuoso en el momento en el que nos encontramos con aquellas situaciones en las que en la solicitud de reincorporación del trabajador excedente voluntario concurren varias sociedades dentro de un mismo grupo empresarial y surge el dilema de declarar la asunción solidaria de responsabilidades o proclamar la primacía o prevalencia de la independencia de personalidades jurídicas entre las sociedades afectadas. Una vez que se plantea el problema, resulta del todo necesario profundizar en el escenario de la sucesión de empresas y analizar todos y cada uno de los requisitos establecidos por nuestros Tribunales al objeto de asentar cada caso concreto y

obtener la base mínima necesaria para encuadrar de manera idónea el conflicto y ofrecer soluciones con carácter inmediato.

Asimismo, he creído conveniente resaltar las diferentes opciones de amortización de puesto de trabajo que maneja el empresario durante la situación de excedencia voluntaria disfrutada por el empleado y la evolución jurisprudencial alcanzada a tal efecto a lo largo de los últimos años. Actualmente, las notas predominantes que definen las circunstancias que hay que tener en cuenta al objeto de acometer una posible amortización de puesto de trabajo se basan, de manera esencial, en los principios de flexibilidad y organización empresarial. Con ello, lo que realmente se pretende es que el empresario disponga de un amplio margen de maniobra para amortizar el puesto de trabajo que venía ocupando el trabajador excedente voluntario de manera anterior al inicio de su situación de excedencia voluntaria y reasignar las funciones, tareas y cometidos laborales que integraban dicho puesto entre el resto de trabajadores de la empresa, debiéndose ajustar dicha distribución a la plantilla que integrase el departamento o área en la cual se encontrara ubicado el empleado, y todo ello sobre la teoría de que en la empresa privada la concreción de la plantilla o esquema orgánico – funcional en la determinación de los recursos humanos, queda confiada al poder de dirección del empresario, elemento esencial de la libertad de empresa recogida en el artículo 38 de la Ley Fundamental, que entraña las facultades de creación, de libre elección, de lícito objeto y libre configuración de sus elementos materiales o personales, sin más límites que los establecidos legal o convencionalmente, o por decisión unilateral del empleador, que mejoren los mínimos normativos.

Otro supuesto interesante es el relacionado con el procedimiento de despido colectivo y las consecuencias que se derivan de éste en aquellas situaciones en las que hubiera trabajadores en situación de excedencia voluntaria en el momento en

el que tuviera inicio dicho procedimiento. En esta ocasión, resalto las modificaciones introducidas por el Real Decreto – ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y las medidas adoptadas a la hora de agilizar y simplificar el procedimiento de negociación y conclusión de un proceso de despido colectivo. Asimismo, he entendido razonable diferenciar entre aquellas situaciones en las que se produce un proceso de despido colectivo extintivo de carácter total, lo que implicaría que el trabajador que en ese momento se encontrase en situación de excedencia voluntaria carecería del derecho a ser incluido dentro de ese proceso de despido colectivo y, por ende, no tendría derecho a percibir la indemnización reconocida en el artículo 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores; y aquellas otras en las que únicamente se estuviese tramitando un proceso de despido colectivo extintivo de carácter parcial, esto es, que el alcance extintivo deseado por la Dirección de la Empresa solamente afectase a una parte de la plantilla. Igualmente, he procedido a desglosar aquellos estados temporales en los que la solicitud de reingreso por parte del trabajador excedente voluntario se llevase a cabo de manera anterior al inicio del proceso de despido colectivo y aquellas otras en las que la solicitud de reingreso se promoviera de manera posterior. Dependiendo de si se diese una u otra opción, el tratamiento que debería recibir la inclusión o no del trabajador excedente voluntario en dicho procedimiento variaría de manera sustancial.

Sin embargo, y a mi juicio, el apartado más importante y definidor, en la mayoría de las ocasiones, de la esfera jurídica del trabajador excedente voluntario, se focaliza en las acciones de defensa que puede ejercitar aquél a fin de lograr la efectividad de su derecho. Uno de mis principales objetivos durante la elaboración del presente trabajo ha consistido en desgranar todas y cada una de las posibilidades, tanto legales como convencionales, de las que dispone el empleado a fin de hacer valer su derecho frente al empresario, ya sea desde un punto de vista

reintegrador, a través de la correspondiente acción declarativa de reingreso; o desde un punto de vista extintivo, mediante la pertinente acción de despido.

En relación a la acción declarativa de reingreso, he considerado primordial reflejar aquellas cuestiones relativas al plazo de prescripción que marca el ejercicio de la acción, así como también ofrecer un análisis exhaustivo acerca del momento a partir del cual el empleado estaría en condiciones de ejercitar dicha acción – “*dies a quo*” – incidiendo en la especial posición que ocupa la empresa en torno a la asunción plena y total de la carga de la prueba durante la tramitación del procedimiento declarativo. Del mismo modo, una de las cuestiones más relevantes sobre este punto ha consistido en disipar cualquier tipo de duda que pudiera haber respecto a la actitud que debiera adoptar el trabajador excedente voluntario que hubiera presentado en tiempo y forma su solicitud de reingreso y se encontrara ante un silencio empresarial que poco o nada aportase a su petición. En relación a este punto e independientemente de la multitud de interpretaciones que ha generado este tipo de situaciones, debido, fundamentalmente, a la confusión que viene implícita en las mismas, la conclusión alcanzada a lo largo del presente estudio se ha traducido en la necesidad de iniciar, de manera única y sin excepción, un proceso legal de carácter ordinario, por lo que la vía que debería adoptar el trabajador excedente voluntario se determinaría a través de una demanda declarativa de reingreso. Y tampoco me olvido de aquellos casos en los que se origina un reconocimiento parcial del empresario, esto es, cuando ante la solicitud de reingreso formulada por el trabajador excedente voluntario, el empresario singularmente comunica al empleado la inexistencia de plaza vacante de la misma o similar categoría profesional pero no reconoce en ningún caso el derecho preferente de reingreso. En estos casos, remarco de manera especial que el cauce procesal idóneo se reflejaría a través de una demanda de despido y, en ningún caso, en una demanda declarativa de reingreso.

También he considerado elemental realizar una visión completa sobre los salarios de tramitación y su plena incompatibilidad con el ejercicio y tramitación de una acción declarativa de reingreso. En este caso, se observa que el trabajador excedente voluntario, a través de la presentación de la demanda declarativa de reingreso, carece por completo de intención alguna de extinguir el vínculo laboral que le une con la empresa, más bien todo lo contrario, ya que su verdadero objetivo es lograr la finalización de su situación suspensiva y, con ello, conseguir la reincorporación a la empresa con carácter inmediato y con ello el restablecimiento pleno de sus condiciones laborales, contractuales y salariales. Por ello, en los casos de procedimientos de naturaleza declarativa, la Jurisdicción Social ha entendido que el tiempo durante el cual el trabajador excedente voluntario se encuentra en situación de excedencia voluntario en contra de su voluntad se origina unos incuestionables daños y perjuicios los cuales deben ser compensados, admitiendo la opción de plantear una reclamación de daños y perjuicios al empresario, y ello partiendo de la base de lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil.

Por lo que respecta al otro gran elemento de defensa que puede esgrimir el trabajador excedente voluntario, es decir, la acción de despido, he iniciado el análisis de la cuestión delimitando su base interpretativa y, a partir de ahí, desarrollando las diferentes opciones y disyuntivas planteadas en el día a día de las empresas y los trabajadores en situación de excedencia voluntaria. De esta manera, desde el primer momento he querido dejar claro que, en este tipo de situaciones, el hecho de demostrar la existencia o no de la plaza vacante es absolutamente irrelevante puesto que el empresario, con su actitud, lo que realmente está haciendo es negar el ejercicio del derecho preferente de reingreso por parte del trabajador excedente voluntario y, por ende, está negando la subsistencia del vínculo laboral establecido entre ambas partes. Además de ello, he estimado

oportuno recalcar que la noción del despido – en situaciones de excedencia voluntaria – no se identifica “*per se*” con la de despido disciplinario, sino que comprende toda extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario, haciendo una valoración introspectiva acerca de la evolución que ha sufrido dicha figura jurídica a lo largo de los últimos tiempos, convirtiéndose en una modalidad procesal no reservada exclusivamente al despido disciplinario puro y duro.

Aunque, no obstante lo anterior, cabe destacar que la figura del despido en sí misma se puede enfocar a través de múltiples vertientes, como por ejemplo, teniendo su origen en un previo incumplimiento de pacto de no concurrencia desleal durante la situación de excedencia voluntaria, con algunas especificaciones y peculiaridades al respecto, ya que en este caso concreto en realidad no se produciría una extinción del vínculo laboral como consecuencia de un incumplimiento grave y culpable del trabajador excedente voluntario, sino un decaimiento de su derecho como consecuencia del incumplimiento de una condición establecida y pactada previamente entre las partes, ya fuera a través de la negociación colectiva o en base al principio de autonomía individual de las partes. De igual modo, he valorado el hecho de que la existencia de un pacto de dichas características supondría, en cierta medida, un obstáculo adicional para el empleado a la hora de encontrar otro empleo en tanto en cuanto durase su situación de excedencia voluntaria, debiendo dicha carga ser compensada de alguna manera. En este caso concreto, entiendo que la forma adecuada se basaría en una compensación económica a favor del empleado como contraposición a esa limitación laboral añadida.

En materia de despido, una novedad interesante y, desde mi punto de vista no analizada con la suficiente profundidad hasta la fecha, es la relativa a las posibilidades legales conferidas al empleado a la hora de, junto con la

interposición de la acción de despido, presentase demanda mediante la cual reclamase la extinción de su contrato de trabajo, en base a un incumplimiento grave y culpable del empresario por razón de negar la existencia de su derecho preferente de reingreso y, por ende, no reconocer siquiera la operatividad del mismo, y ello en base a lo dispuesto en el artículo 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores. En este aspecto, durante el trabajo he tratado de centrar la cuestión, realizando un estudio de los requisitos, tanto formales como materiales, que serían imprescindibles para dotar a tal opción legal de la operatividad necesaria a efectos de conseguir que la posición del empleado no encuentre obstáculos legales que pudiesen mermar sus garantías, tanto laborales como procesales.

De igual modo, he tratado de analizar desde un punto de vista global todas y cada una de las posibles consecuencias que se puedan originar a raíz de la presentación de una demanda de reingreso, centrándome sobre todo en las incidencias particulares en materia de indemnización por daños y perjuicios que deba percibir todo aquel trabajador excedente voluntario que demandara a la empresa reclamando la efectividad de su derecho al reingreso.

En este aspecto, y de manera esencial, he incidido en resaltar el hecho de que nos encontramos ante una acción de naturaleza complementaria y acumulativa, y ello por razón de que el fin perseguido por la acción indemnizatoria por daños y perjuicios deviene en una condena al empresario por el retraso imputable a aquél en la reincorporación del trabajador excedente voluntario a la empresa, protegiendo básicamente el salario dejado de percibir durante todo ese tiempo; por el contrario, la acción declarativa de reingreso no persigue una condena, sino un reconocimiento a ejercitar un derecho subjetivo propiedad del trabajador consistente en la preferencia a reingresar de nuevo en la empresa. En función de ello, se originan un encadenamiento de posibilidades y circunstancias

las cuales marcan, sin ninguna duda, el funcionamiento jurídico – procesal de la acción, influyendo sobremanera en el resultado final de las aspiraciones del trabajador excedente voluntario.

Uno de los dilemas que se han planteado a lo largo del trabajo ha consistido en determinar el marco prescriptivo de la acción indemnizatoria, marco temporal objeto de una constante evolución a lo largo de los últimos años como consecuencia del diferente tratamiento jurisprudencial dispensado sobre tal cuestión. Actualmente, podemos afirmar que las dudas que existían en torno a tal cuestión han quedado completamente disipadas, pues la conclusión alcanzada se basa en distinguir entre el nacimiento de la acción indemnizatoria y su posible ejercicio, sobre la teoría que defiende la imposibilidad de que los daños producidos no se pueden cuantificar de manera correcta hasta que concluya la situación que los hubiera causado. Por tanto, en este caso, sería inviable computar o fijar el inicio de un plazo de prescripción en tanto en cuanto no naciera la acción que lo produjera. Y en aras de profundizar más en la cuestión, he creído conveniente reseñar el hecho de que, en base a las novedades en materia extintiva establecidas por el Real Decreto – ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se ha eliminado la obligación de abono de la cantidad en concepto de salarios de tramitación en el caso de que finalmente el despido del empleado fuera calificado como improcedente, exceptuándose una serie de supuestos, tales como el caso de que el despido fuera calificado como nulo, el empresario optase por la readmisión del empleado en lugar de abonarle la cantidad en concepto de indemnización, o si el empleado despedido tuviera la condición de representante legal de los trabajadores o delegado sindical.

A continuación, he llevado a cabo un estudio pormenorizado al objeto de establecer el “*dies a quo*” y “*dies ad quem*” a fin de fijar el plazo inicial y final y con ello calcular las cantidades en concepto de indemnización por daños y perjuicios que deba percibir el trabajador excedente voluntario.

A este respecto, en relación al “*dies a quo*”, y siempre y cuando en el momento en que el trabajador solicitara su reingreso en la empresa existiera plaza vacante de igual o similar categoría profesional, no habría ningún problema, ya que el plazo inicial comenzaría a computar desde ese mismo instante. Pero, no obstante lo anterior, se han venido suscitando muchas más dudas en el supuesto de que la plaza vacante se produjera con posterioridad a dicha solicitud de reingreso; siendo dicho debate zanjado por nuestros tribunales cuando sostuvieron la teoría de otorgar prevalencia a la interposición de la acción declarativa de reingreso sobre la solicitud de reincorporación a la empresa y entender la imperiosa necesidad de una intimación por parte del trabajador excedente voluntario en la que mostrara a las claras su intención de instar a la empresa a reconocer la efectividad de su derecho preferente de reingreso.

Por otra parte, y en relación con la fijación del “*dies ad quem*”, la incertidumbre generada exhibe un menor grado de conflictividad y se fundamenta en la fecha de celebración de la vista oral objeto del procedimiento. La problemática se centra en momentos posteriores a la celebración de la vista oral. Así pues, y en el caso de que persistiera la actitud incumplidora por parte de la empresa surgirían una serie de obligaciones para ésta, como, por ejemplo, el deber de abonar el salario al empleado en tanto en cuanto se prolongase dicha situación, así como también la necesidad de dar de alta al empleado en el Régimen General de la Seguridad Social, entre otras muchas circunstancias, y todo ello atendiendo a un fin elemental, cual es otorgar al trabajador la máxima protección posible ante la falta de cumplimiento de condena por parte de la empresa.

Y por último, también he creído conveniente incidir en el fondo jurídico del “*quantum indemnizatorio*” en el sentido de que es la propia empresa la que debe llevar a cabo un cálculo coherente de las cantidades adeudadas al empleado en concepto de indemnización por daños y perjuicios. Entre otras cuestiones de fondo, la posibilidad de que durante la tramitación del procedimiento, el trabajador excedente voluntario hubiera prestado servicios a favor de otra empresa – y cuestiones acerca de solicitud de cantidades superiores por parte del empleado o negación por parte de la empresa de cara a abonar las cantidades solicitadas por aquél, son puntos de especial importancia en este tipo de asuntos –, así como también supuestos en los que el empleado haya percibido cantidades en concepto de prestación por desempleo con el consiguiente enriquecimiento injusto generado a favor de su patrimonio económico.

En definitiva, las verdaderas expectativas del presente estudio no han sido otras que averiguar y redefinir los sujetos responsables de afrontar y asumir todas y cada una de dichas situaciones, deviniendo, a mi juicio, en una tarea imprescindible si realmente se quiere formalizar un estudio íntegro y global sobre la materia. Y más aún valorando la inconexa configuración jurídica sobre la cual opera el funcionamiento y operatividad de la institución de la excedencia voluntaria, consecuencia directa de una evidente falta de precisión por parte del legislador, la cual ha derivado en una serie de vacíos legales y conflictos interpretativos que no hacen sino agravar la utilización práctica de la misma, perjudicando, de igual manera, tanto al aparato empresarial como a la posición del empleado.

En este sentido, he observado que existen determinadas materias que afectan directamente a la figura jurídica de la excedencia voluntaria en torno a las cuales todavía no se ha llevado a cabo un adecuado desarrollo legislativo. La

excedencia voluntaria no engloba únicamente un derecho preferente de reingreso a fin de acceder a una vacante de igual o similar grupo profesional, sino que también produce una serie de consecuencias las cuales afectan a multitud de aspectos y apartados jurídicos pertenecientes de nuestro sistema jurídico – laboral.

Cuestiones tales como la prohibición de concurrencia desleal durante la situación de excedencia voluntaria, temporalidad y encadenamientos contractuales de carácter fraudulento, grupos de empresas a nivel laboral, fijación de cantidades en concepto de indemnización por daños y perjuicios derivadas de la acción declarativa de reingreso, posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por voluntad del propio empleado excedente voluntario ante la negativa empresarial a reconocerle su derecho preferente de reingreso, posibilidades de inclusión o no dentro de un proceso de despido colectivo de aquellos trabajadores que se encuentren en una situación de excedencia voluntaria al inicio del mismo, tratamiento de procedimientos de movilidad geográfica, de movilidad funcional y de modificación sustancial de las condiciones de trabajo una vez el empleado solicite su reincorporación a la dirección de la empresa, opciones prácticas de aplicación de la excedencia voluntaria en relaciones laborales de carácter especial, alternativas a la hora de prorrogar o no la duración inicial de excedencia voluntaria pactada entre ambas partes, la prevalencia o no de la normativa convencional sobre determinados aspectos legales de la situación de excedencia voluntaria, conflictos generados en torno a cómputos de antigüedad como requisito para poder colocarse en situación de excedencia voluntaria, duración mínima y máxima del período temporal de la misma, aspectos en materia de Seguridad Social y la posible aplicación o no de la denominada “*doctrina del paréntesis*”, etc., son asuntos complejos y de una relevancia tal, que la falta de regulación legal de la excedencia laboral voluntaria entorpece, agrava y obstaculiza de manera considerable la búsqueda de soluciones a fin de encontrar respuestas sólidas que

ayuden a facilitar su aplicación práctica en el día a día de las empresas y los trabajadores. Con ello quiero decir que se hace del todo necesario una profunda reforma legislativa en tal sentido, al objeto de dotar a la figura jurídica de la excedencia voluntaria de mecanismos de base y elementos de valor jurídico suficientes para garantizar la seguridad jurídica de las partes intervinientes y afectadas. Opino que, más allá de cuestiones e interpretaciones jurídicas de fondo, deviene absolutamente esencial que tanto el empresario como el empleado tengan derecho a conocer de manera exacta cuales van a ser las consecuencias y efectos a los que se van a enfrentar en el momento el empleado comunique el ejercicio de su derecho de excedencia voluntaria y el empresario proceda al reconocimiento del mismo, adquiriendo dicha cuestión más relevancia que el ejercicio de cualquier otro derecho preferente de reingreso que se precie.

BIBLIOGRAFÍA CITADA.

ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “Equivale al despido la no readmisión del trabajador tras la excedencia forzosa”, *Revista de Política Social*, nº 132, 1981.

ALARCÓN CARACUEL, M.R.: *Un concepto clásico de la relación entre Ley y convenio colectivo*, en AA.VV. (edición preparada por DURÁN, F.), *Las Relaciones Laborales y la Reorganización del Sistema Productivo*, Publicaciones del Monte de Piedad y Caja de Ahorros, Córdoba, 1983.

ALARCÓN CARACUEL, *La ordenación del tiempo de trabajo*, Madrid, Tecnos, 1998.

ALBIOL MONTESINOS, I.: *Suspensión del contrato*, en AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980 de 10 de Marzo*, Madrid, Edersa, 1991.

ALONSO OLEA, M.: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, Civitas, Madrid, 1980.

ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6ª edición, Civitas, Madrid, 2002.

ALONSO OLEA Y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 26ª edición, Civitas, Madrid, 2009.

ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: “La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1985.

ARGUELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia Laboral Voluntaria*, Aranzadi, 1997.

BORRAJO DACRUZ, en su prólogo al estudio de conjunto sobre la excedencia en el Derecho Español realizado por PEDRAJAS MORENO, A., en su obra *La Excedencia Laboral y Funcionarial*. Montecorvo, Madrid, 1983.

BOTANA LÓPEZ, J.M.: “Tendencias actuales de la Jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002.

CAMACHO ORTEGA, J.D.: *La excedencia sindical*, *Ibiden*, Madrid, 1997.

CAMPS RUIZ, “Antigüedad”, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*”, Tomo II, vol.1ª, Edersa, Madrid, 1987.

CAMPS RUIZ, L.M.: “Sobre el papel del reglamento en el ordenamiento laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 2, 1991.

CAMPS RUIZ, L.: *La reforma laboral en el Real Decreto 10/2010*, Tirant lo Blanch, 2010.

CAMPS RUIZ, L. M., *La contratación laboral temporal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, página 101

CASAS BAAMONDE, M^a. E., BAYLOS, A., y BAYLOS GRAU, A.: “Organización del trabajo y autonomía individual: la desregulación del convenio colectivo”, *Relaciones Laborales*, núm. 16, 1988.

CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Colección Tesis Doctorales, Madrid, 1977.

CHARO BAENA, P.: *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1993.

CRUZ VILLALÓN, J.: “La doctrina Jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria”, *Revista de Política Social*, núm. 145, 1985.

DURÁN LÓPEZ, F., “La relación laboral especial de los deportistas profesionales”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 1985.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.: “Otros tipos de excedencia: voluntaria, por nacimiento de hijos y por ejercicio de funciones sindicales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 7, 1981.

GARCIA MURCIA, J.: “Proceso de despido y despidos atípicos” en VV.AA, *Estudios sobre la Ley de Procedimiento Laboral de 1990*, Marcial Pons, Madrid, 1991.

GARCÍA MURCIA, J., *Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Civitas, 1991

GARCÍA MURCÍA, J.: “Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 52, 1992.

GARCÍA MURCIA, J.: “El papel del reglamento en materia laboral: algunas reflexiones a la luz de las reformas de 1994”, *Actualidad Laboral*, núm. 36, 1995.

GARCIA – PERROTE ESCARTÍN, I.: *Reforma laboral 2012. Análisis Práctico*, Lex Nova, 2012.

GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Excedencia voluntaria común y derecho a indemnización derivada de expediente de regulación de empleo”, *Relaciones laborales*, núm. 1, 2000.

GARCIA Y GARCÍA SANTAMARÍA, “El derecho al reingreso por causa de excedencia. Su problemática en las normas laborales”, *La Ley. Revista Jurídica Española*, Tomo 4, 1984.

GOERLICH PESET, J.M., *Los efectos de la huelga*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las vacaciones anuales retribuidas: Algunos aspectos de su régimen jurídico”, *R.P.S.*, núm. 131, 1981.

GONZALEZ ORTEGA, S.: “El despido tácito y su impugnación”, *Revista de Política Social*, núm. 129, 1981.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las Excedencias en Derecho del Trabajo*, Comares, 1998.

IGLESIAS CABERO, M.: “Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto)”, *Estudios de Derecho Laboral*, Civitas, Madrid, 1991.

LÓPEZ GANDÍA, J.: “Las relaciones colectivas en el empleo y la Constitución Española”, *Revista del Derecho Público*, nº 83/1981.

LOZANO ROMERAL, D.: “La relación laboral especial de los estibadores portuarios”, *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1987.

M. ALONSO OLEA Y M.T., CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, 26ª edición, 2009, Civitas, Madrid.

MARÍN CORREA, J.: “El reingreso desde la excedencia voluntaria. Ordenación de solicitudes”, *Actualidad Laboral*, núm. 45, 1989.

MARTÍNEZ EMPERADOR, R.: *La duración del contrato de trabajo y la contratación temporal*, en VV.AA. “El Estatuto de los Trabajadores”. Puntos Críticos”, EDERSA, Madrid, 1980.

MARTÍNEZ GIRÓN, J.: “Las causas generales de suspensión: ¿números clausus?”, *ponencia aportada al curso sobre la suspensión del contrato de trabajo, organizado por el Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1994.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ – SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, 17ª edición, Tecnos, Madrid, 2008.

MATÍA PRIM. J., en su obra “Consideraciones sobre el Derecho a la ocupación efectiva” en *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores*

Bayón Chacón y Del Peso Calvo. Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1977.

MEGINO FERNÁNDEZ, D., “Reingreso tras excedencia voluntaria y traslado del trabajador”, *Actualidad Laboral*, nº 12, 2009.

MERINO SENOVILLA, H.: *El trabajo a tiempo parcial*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1994.

MONGE RECALDE, J.L.: *La Excedencia Laboral en la Jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1987.

MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2007.

MONTOYA MELGAR A., GALIANA MORENO J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V., y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

OJEDA AVILÉS, A. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Los contratos de trabajo temporales*, Iustel, Madrid, 2006.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.: “La relación laboral de los penados en instituciones penitenciarias”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, 1987.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Ceura, Madrid, 15ª edición, 2007.

PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia Laboral y Funcionarial*, Montecorvo, Madrid, 1983.

PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

PÉREZ ALONSO, M.A.: “La excedencia laboral. Aspectos laborales y de seguridad social. A propósito de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Aranzadi Social*, número 10, 2007 (BIB 2007/1269).

PRADOS DE REYES DE REYES, F.J., “El derecho de reunión de los trabajadores en la empresa”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 9, 1982.

RAMIREZ MARTÍNEZ, J.M.: “El trabajo a tiempo parcial”, en *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo III, Edersa, Madrid, 1985.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.: “Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines”, en VV.AA. “La suspensión del contrato de trabajo”, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L.: “La regulación de la Excedencia Voluntaria, desde la Ley y el Convenio. Algunos problemas conceptuales”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2005.

RODRÍGUEZ COPE, M^a. L., “El derecho preferente al reingreso del excedente voluntario: cobertura de la vacante apropiada con trabajadores ¿con mejor derecho?”, *Aranzadi Social*, nº 20/2006 (BIB 2006/2774).

RODRÍGUEZ COPÉ, M^a.L.: “La amortización de la plaza del excedente voluntario: ¿ejercicio del poder de dirección del empresario?”, *Aranzadi Social*, núm. 16, 2007, (BIB 2007/2203).

RODRÍGUEZ PASTOR, G.: “La excedencia voluntaria”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 2007.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria”, *Relaciones Laborales*, número 14, 1997.

RODRÍGUEZ – PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo”, *La Ley*, 1998.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a. F., “La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/1985”, *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1988.

RUANO ALBERTOS, S.: *La Excedencia Voluntaria no Causal en el Estatuto de los Trabajadores*, Cóllex, Madrid, 1995.

RUBIO DE MEDINA, M.D.: *La excedencia*, Bosch, Barcelona, 2006.

SAGARDOY BENGOCHEA J.A., DEL VALLE PILAR J.M., GIL Y GIL J.L., y GETE CASTRILLO, P.: *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2006.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GUERRERO OSTOLAZA, J.M., “*El contrato de trabajo del deportista profesional*”, *Estudios de Derecho Laboral*, Civitas, Madrid, 1991.

SALA FRANCO, T.: “Deportistas profesionales”, *Actualidad Laboral*, núm. 41, 1985.

SALA FRANCO, T.: *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la Función Pública*, Institución Nacional de Administración Pública, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1989.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La prórroga de la excedencia voluntaria”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 2004 (BIB 2004/235).

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Despido colectivo del excedente voluntario sin indemnización”, *Aranzadi Social*, Pamplona, 2006.

SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: *El pacto de permanencia en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Editorial Pirámide, Madrid, 1980.

TORTUERO PLAZA, J.L.: “Las Excedencias: en torno al artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores”, *Documentación Laboral*, 2000.

VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, en AA.VV., *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, tomo IX, volumen 1, 1983.

VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”, *Comentarios a las Leyes Laborales. La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo II, Edersa, Madrid, 1994.

VILLA GIL, L. E. y J. A. SAGARDOY BENGOCHEA: *Caracterización general de la suspensión del contrato de trabajo*, en AA VV: *El Derecho del Trabajo en España*. Madrid, IESS, 1981.

VIQUEIRA PÉREZ., C.: *La prestación por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.