

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO. CONTRATO DE TRABAJO Y OTRAS MATERIAS

LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE EXCEDENCIA VOLUNTARIA

1. En los últimos años se han dictado un conjunto de sentencias de los Tribunales superiores en el ámbito laboral, particularmente del Tribunal Central de Trabajo, en materia de excedencia voluntaria del trabajador que vienen a completar en aspectos importantes la regulación legal vigente, dibujando un cuadro más completo de lo que es su régimen jurídico. Esto no se ha podido producir hasta el momento presente, pues ha sido consecuencia directa de que el Estatuto de los Trabajadores haya establecido una regulación general a nivel legal, intentando ofrecer un tratamiento conjunto de las excedencias y suspensiones, tras el primer acercamiento de la Ley de Relaciones Laborales de 1976. Así, el menor apoyo de la jurisprudencia en la dispersa normativa sectorial, con la correspondiente aplicación directa de una disposición globalizadora, concede una mayor importancia a esta labor interpretativa. Hay que señalar también que dicha labor ha necesitado el transcurso de algunos años desde la entrada en vigor del ET para desarrollarse en muchos de sus aspectos, debido a que la aplicación jurisprudencial de los preceptos estatutarios no pudo ser inmediata para situaciones concretas de excedencia, en particular en lo que se refiere al reingreso del trabajador, que no se produce sino al cabo de un tiempo más o menos prolongado.

Por lo demás, el interés básico de la doctrina jurisprudencial que se analiza a continuación se centra en el hecho, destacado por la práctica totalidad de la doctrina científica que ha tenido ocasión de preocuparse de la materia (1), de

(1) Entre los trabajos que con mayor detalle analizan la materia se pueden citar: ABDON PEDRAJAS MORENO: *La excedencia laboral y funcionarial*, Madrid, 1983; JOSÉ VIDA SORIA: *Suspensión del contrato de trabajo*, en «AA. VV.», *Comentarios a las leyes laborales*, tomo IX, vol. I, Madrid, 1983; VÍCTOR FERNÁNDEZ GONZÁLEZ: *Otros tipos de excedencia: voluntaria, por nacimiento de hijos y por ejercicio de funciones sindicales*, en «REDT», núm. 7, págs. 308 y sigs.; MANUEL ALVAREZ ALCOLEA: *La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores*, en «REDT», núm. 5, págs. 29 y sigs.

la defectuosa por muchos aspectos regulación de la excedencia y por la enorme cantidad de contradicciones que figuran en la redacción literal de los artículos respectivos. Sólo a título ejemplificativo se pueden recoger las siguientes incongruencias: *a)* Se recoge la excedencia dentro de la sección 3.^a del capítulo III del título I del ET en la regulación correspondiente a la «suspensión del contrato», pero no es claro si existe identidad o no entre ambas vicisitudes de la relación laboral; *b)* En concreto, unas excedencias se incluyen dentro de las causas de suspensión —excedencia forzosa— otras no —excedencia voluntaria, por maternidad y por ejercicio de funciones sindicales—, pero al mismo tiempo a alguna de estas últimas se les califica de *suspensión* con reserva de puesto de trabajo; *c)* Se distinguen dos tipos de excedencia —forzosa y voluntaria— sin aclarar cual es el sentido de la forzosidad y de la voluntariedad; *d)* Se fijan otras dos excedencias, sindical y por maternidad, sin especificar si éstas pertenecen a alguno de los tipos anteriores o constituyen un tercer grupo diferenciado; *e)* La excedencia forzosa se sitúa entre las *causas* de suspensión del contrato de trabajo, cuando se trata más bien de un *efecto* que incide sobre el contrato de trabajo y no de una *causa*, una situación que determina unas consecuencias sobre la vida de la relación laboral pero no las circunstancias que conducen a tal situación; *f)* Existe una reiteración en la excedencia por ejercicio de cargo público representativo, que está repetido en la letra *f* (art. 45.1), como causa autónoma de suspensión, y en la letra *k* (art. 45.1), en cuanto que es la causa que determina la excedencia forzosa (art. 46.1); *g)* Se presenta una regulación confusa de la excedencia voluntaria, en términos tales que con una primera lectura no es posible descifrar claramente si se reconoce un derecho del trabajador a pasar a la situación de excedencia o se dispone la mera posibilidad de una concesión graciable del empleador; *h)* Se afirma que la excedencia sólo produce el efecto del derecho preferente al reingreso y, sin embargo, para dos supuestos concretos —excedencia forzosa y excedencia sindical— se fija el derecho a la reserva de plaza y también para la primera de ellas el cómputo de la antigüedad durante su vigencia; *i)* Existe una ausencia total de preocupación por el momento final de la excedencia, lo que deja una importante laguna en lo que se refiere a los efectos que produce la negativa, expresa o tácita, del empresario a aceptar la reintegración en el puesto de trabajo.

La jurisprudencia de los últimos años ha tenido la ocasión de hacer frente a la mayoría de estos interrogantes, de modo que ha podido conformar una doctrina, de ordinario con pronunciamientos que contienen soluciones unívocas para cada una de las cuestiones y que —al margen de que puedan ser más o menos convincentes— ofrecen un cuadro más completo del régimen jurídico de las excedencias, eliminando los peligros de inseguridad jurídica presentes en la normativa del ET. Por último, antes de entrar en los distintos aspectos abordados por las sentencias, decir que las consideraciones que siguen van a centrarse exclusivamente en la excedencia voluntaria, por ser la que plantea problemas más arduos, al ser bastante pacífica en la doctrina y jurisprudencia la identifi-

cación de la excedencia forzosa como un supuesto más de suspensión de la relación laboral, que produce los efectos de mantener el trabajador un derecho a la reserva del puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad mientras dura la situación suspensiva.

2. En la consideración de los distintos tipos de excedencia, lo primero que aparece es que la totalidad de las sentencias consultadas califican como excedencia voluntaria, además de la prevista en el artículo 46.2 ET que recibe expresamente tal calificativo, a la llamada excedencia por maternidad, la solicitada para atender el cuidado de cada hijo a partir de la fecha de su nacimiento y por un período de tiempo no superior a los tres años (art. 46.3). En realidad ninguna trascendencia tiene el que se le otorgue uno u otro calificativo, mientras que el régimen jurídico permanezca inalterado. Lo decisivo es que la jurisprudencia hace depender de ello determinados efectos jurídicos: mientras que entiende que la excedencia forzosa da derecho a la reserva de puesto de trabajo, distinta suerte corre la excedencia voluntaria sólo viene protegida con un derecho preferente al reingreso:

«... la excedencia por maternidad tiene el carácter de voluntaria y la esencia de la misma consiste precisamente en que, a diferencia de la excedencia forzosa, no existe durante ella reserva de puesto de trabajo y, por tanto, no produce un derecho automático al reingreso, sino que éste sólo tiene lugar cuando al tiempo de concluir el período de excedencia existan o se hayan producido vacantes en la categoría del excedente o en otra similar...» (2).

Dentro de la doctrina científica se han defendido las dos tesis opuestas, calificación bien como voluntaria (3) o bien como forzosa (4). El ET efectivamente calla acerca de la consideración que deba dársele a la excedencia por maternidad, aunque existen argumentos de peso para inclinarse en favor de la negación del derecho de reserva de plaza para este supuesto y, de ahí, pensar que se le

(2) STCT 14 de septiembre de 1984 («Actualidad Laboral», núm. 8, donde también se cita la de 4 de octubre de 1984); 15 de junio de 1982, Ar. 3630; 22 de junio de 1983, Ar. 5979, y 16 de diciembre de 1983, Ar. 10988.

(3) IGNACIO ALBIOL MONTESINOS: *Excedencia*, en «AA. VV.»; *El Estatuto de los Trabajadores, comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid, 1981, págs. 343 y 345; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ: *Otros tipos de excedencia...*, op. cit., pág. 312; VIDA SORIA: *Comentarios...*, op. cit., pág. 115; ALVAREZ ALCOLEA: *La suspensión...*, op. cit., página 30.

(4) PEDRAJAS: *La excedencia...*, op. cit., págs. 230 y sigs. y 408 y sigs.; ALFREDO MONTOYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, 4.ª ed., Madrid, 1981, pág. 392; MANUEL ALONSO OLEA: *Derecho del Trabajo*, 8.ª ed., pág. 293; FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 1980, pág. 152.

debe otorgar igual tratamiento que a la excedencia voluntaria. Por encima de todo está el dato de que, según el artículo 46.5, el trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera posteriormente en la empresa. Únicamente con un precepto que expresamente excluyera de este régimen a un supuesto concreto sería posible otorgarle un tratamiento de mayor favor. En sentido negativo, si se hubiera deseado que esta suspensión diera derecho a la reserva de puesto, constaría así explícitamente en el artículo 48 y se situaría allí a la excedencia por maternidad, de igual modo a como se hace con la excedencia por ejercicio de cargos sindicales. Repárese también en el detalle que el citado artículo 46.5, cuando regula la excedencia sin reserva de puesto, no se refiere en exclusiva a la excedencia voluntaria, sino en general a los efectos que produce cualquier excedencia, de forma que no es posible restringir el ámbito de este apartado a la excedencia voluntaria del artículo 46.2. Por último, la normativa precedente, artículo 25.4 LRL, recogía esta excedencia sin derecho a reserva de puesto, lo que incide como importante elemento de interpretación histórica (art. 3 CC) respecto a la regulación vigente.

Los autores defensores de su tratamiento como excedencia forzosa alegan básicamente que lo contrario se opondría a la finalidad de protección del hijo nacido y tutela de la vida familiar perseguida por esta modalidad de excedencia, por una parte, y además que no tiene ningún sentido este tipo de excedencia en cuanto tal si con la de carácter voluntario general se puede obtener idéntica situación sin necesidad de alegar causa alguna y con menos límites a duración y disfrute, por otra parte. A mi modo de ver el primero de los razonamientos, aunque con una enorme fuerza, constituye más una propuesta de *lege ferenda* en favor de la concesión de la reserva de plaza que un verdadero elemento de interpretación positiva. Por lo que afecta al segundo, conviene señalar los matices diferenciadores de ambos supuestos en lo que se refiere a los requisitos respectivos, no siendo cierto que estos sean mayores para la excedencia por matrimonio: para esta no se exige antigüedad alguna en la empresa, en tanto que para la voluntaria del artículo 46.2 se exige un año; para la primera no se exige un plazo mínimo de disfrute, mientras que para la segunda sí; por último, para la primera basta con tener un nuevo hijo sin necesidad de que exista un lapso de tiempo intermedio de prestación efectiva de servicios en la empresa, mientras que para la segunda se requieren cuatro años desde el final de la anterior excedencia para poder disfrutarla nuevamente.

En segundo lugar, y por paralelismo con la excedencia por maternidad, la jurisprudencia califica igualmente como voluntaria a la excedencia por ejercicio de cargos sindicales:

«... el artículo 46 del Estatuto distingue entre la excedencia voluntaria y la forzosa, precisando respecto a esta última que se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite

la asistencia al trabajo', de lo que se infiere que todas las demás excedencias han de ser voluntarias y por ello en esta clase se ha de incluir aquella que se recoge en el número 4 de este artículo, es decir, la que corresponde a 'los trabajadores que ejercen funciones sindicales de ámbito provincial o superior'...» (5).

En este punto, frente a lo defendido en el supuesto anterior, parece bastante desacertado el considerando del Tribunal Central y prueba de ello es que cuando en otras sentencias se enfrenta directamente al derecho a la reincorporación del trabajador excedente por motivos sindicales, se reconoce expresamente el derecho a la reserva de puesto de trabajo (6) y no la mera preferencia al reingreso para cuando exista vacante. Es esta la solución que lógicamente se deduce del artículo 48.3, que implícitamente recoge el derecho de reserva de puesto, aspecto que es compartido con unanimidad por toda la doctrina. A mayor abundamiento, es esta también la línea que sigue la Ley Orgánica de Libertad Sindical al hablar explícitamente de *excedencia forzosa* para la que se produce por el ejercicio de cargos sindicales (art. 9.1.b).

3. La jurisprudencia tiende a huir de las declaraciones de carácter puramente teórico, cometido más propio de la doctrina científica. Por ello, rara vez se encuentran considerandos que expresen el significado de la distinción entre excedencias forzosas y excedencias voluntarias, sobre los caracteres y naturaleza de cada una de ellas. Sí lo hacen en cambio por lo que afecta a su régimen jurídico, desde el momento en que marcan las diferencias de cada una de ellas en cuanto a los requisitos necesarios para situarse en la situación de excedencia y, asimismo, de los efectos que produce esta situación. Como hemos señalado anteriormente, la generalidad de la jurisprudencia sitúa la diferencia principal, por no decir la única, entre ambos tipos de excedencia en sus efectos y, más concretamente, en que la forzosa otorga un derecho a la reserva del puesto que se venía ocupando, en tanto que con la voluntaria sólo se conserva un derecho preferente al reingreso en las vacantes que existan o se produzcan a partir de la finalización del tiempo normal de excedencia. No obstante, la misma jurisprudencia declara que, en los casos en que la normativa sectorial —sea ésta una ordenanza laboral o un convenio colectivo— disponga el derecho a la reincorporación del trabajador excedente voluntario independientemente de la existencia o no de vacante, se aplica efectivamente esta normativa; que prevalece ésta frente a lo dispuesto en el artículo 46 ET, en atención a que ésta se formula legalmente en términos de mínimo de derecho necesario, válidamente mejorable por la normativa sectorial, reconociendo así la reserva de puesto para estas excedencias voluntarias:

(5) STCT 2 de de abril de 1982, Ar. 2171, y 16 de diciembre de 1982, Ar. 10988.

(6) STCT 29 de octubre de 1982, Ar. 5810, y 27 de mayo de 1982, Ar. 3154.

«... la ordenanza laboral antes citada, que regula la excedencia voluntaria, establece que la misma 'terminará al cumplirse el plazo para el que se concedió... siendo preciso para poder reintegrarse que el trabajador solicite su reingreso', de lo que se desprende que esta ordenanza laboral, al igual que ocurre con la siderometalúrgica, entre otras, no condicionan el reingreso a la existencia de vacante; y aun cuando el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores establece un régimen distinto para el reingreso del excedente, dicha norma no es aplicable al caso enjuiciado... ya que en lo que se refiere a la existencia o no de vacante la norma de específica aplicación al caso, esto es, la ordenanza, es la más favorable para el trabajador —artículo 3.3 del Estatuto— y, por ende, la aplicable...» (7).

En todos estos casos en que se falla en favor del derecho a la reserva de plaza nuestros Tribunales mantienen para ellos la denominación «excedencia voluntaria», con lo que desaparece la diferencia primordial entre ésta y la forzosa, quedando tan sólo ya una diferenciación puramente semántica.

Frente a esta de ordinaria clara demarcación por lo que se refiere a los efectos, no concurre en la jurisprudencia ningún trato diferencial en lo que hace a los requisitos para su concesión, dejando por sabido a un lado aquéllos que explícitamente señala la propia regulación positiva. Así, por ejemplo, se postula la idea de que tanto la excedencia forzosa como la voluntaria constituyen un derecho subjetivo del trabajador, ejercitable por decisión propia cuando concurren los requisitos legalmente establecidos, no siendo discrecional por ello su concesión por el empleador. Ni siquiera es posible que este la deniegue en base a razones de servicio o necesidades de la empresa, como se decía antes en las ordenanzas laborales:

«... tanto el artículo 26 de la Ley de Relaciones Laborales —vigente cuando el actor solicitó la excedencia voluntaria— como el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores configuran este instituto como un derecho de los trabajadores, no como una concesión graciosa de la empresa, que no tiene más limitación que tener cierta antigüedad y unos topes máximo y mínimo para su disfrute...» (8).

La dicción literal de la ley no es de las más afortunadas: en lugar de fijar directa y llanamente el derecho del trabajador a pasar a la situación de exce-

(7) STCT 19 de noviembre de 1983, Ar. 9844; en el mismo sentido, 2 de noviembre de 1983, Ar. 9136; 5 de julio de 1983, Ar. 6423; 20 de abril de 1983, Ar. 3343; 6 de julio de 1982, Ar. 4191; 12 de abril de 1983, Ar. 2985; 1 de febrero de 1983, Ar. 856; 28 de enero de 1982, Ar. 408, y 21 de junio de 1983, Ar. 5886.

(8) STCT 18 de octubre de 1983, Ar. 8574. Desde el punto de vista procesal entiende la jurisprudencia que la acción por despido no constituye el medio idóneo para impugnar una negativa empresarial a acceder a la solicitud de pasar a excedencia: STCT 14 de junio de 1983, Ar. 5616.

dencia, se utiliza una fórmula enrevesada, en virtud de la cual se dice que el trabajador *tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria*. Tal barroquismo en la forma de redacción del precepto ha provocado confusiones e incluso que algunos hayan interpretado, si bien de forma aislada y con carácter minoritario, que su otorgamiento pende, en definitiva, de la libre voluntad del empresario (9). Se trata de una interpretación poco convincente, porque, aparte de no ser realmente fiel a la literalidad del precepto, no casa con lo que es la interpretación finalista de las normas jurídicas: la previsión legal dejaría de tener sentido, convirtiéndose en una norma neutra en toda su extensión; no hace falta una disposición que conceda la posibilidad de solicitar situarse en excedencia voluntaria y que ésta pudiera actuarse con el consentimiento del empresario, dado que ello es consecuencia directa del funcionamiento de la autonomía individual de la voluntad y una inútil redundancia respecto a lo previsto en el artículo 45.1, a) ET. Por otra parte, dejarían de tener sentido requisitos tales como la exigencia de un mínimo de antigüedad, topes máximo y mínimo de disfrute, mínimo de trabajo activo para un nuevo ejercicio del derecho, etc. Por todo ello, muy acertadamente nuestra jurisprudencia ha dado por supuesto que nos hallamos ante un estricto derecho subjetivo del trabajador, de obligado cumplimiento por parte del empleador.

Ni siquiera se recoge la tesis de que el empresario estaría obligado a conceder la excedencia, salvo que en la causa alegada por el trabajador para solicitar la excedencia no concurriera un «motivo razonable» (10). Incluso esta idea del «motivo razonable» es ajena a nuestra jurisprudencia, desde el momento en que no aparece de entre todas las sentencias consultadas ni una sola que exija al trabajador la necesidad de alegar algún tipo de causa o motivo que acompañe a su solicitud formal de pasar a la situación de excedencia voluntaria (salvo, obviamente, el supuesto concreto de la excedencia por maternidad).

No entra tampoco la jurisprudencia en el significado de la diferenciación entre los dos tipos de excedencia en cuanto al carácter forzoso y voluntario de una y otra. Desde luego no lo cifra, como señalo en el apartado anterior, en la obligatoriedad o voluntariedad de su concesión por el empleador. Pero tampoco se recoge en sus considerandos la doctrina defendida por algunos de que la diferencia se sitúa en que las voluntarias pueden ser solicitadas por el trabajador y las forzosas le pueden ser impuestas (11). En algún momento hemos llegado a

(9) En este sentido, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ: *Otros tipos de excedencia...*, op. cit., páginas 308 y sigs.

(10) ALONSO OLEA: *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, Madrid, 1980, pág. 154. En sentido contrario, la ya citada STCT 18 de octubre de 1983, Aranzadi 8574.

(11) Así, ALBIOL MONTESINOS: *El Estatuto...*, op. cit., pág. 338; ALONSO OLEA: *Derecho...*, op. cit., pág. 291. En sentido contrario, VIDA SORIA: *Comentarios...*, op. cit., página 105.

defender esta idea (12), pero reflexionando un poco más sobre el particular nos parece más apropiado pensar que tan sólo en circunstancias particulares es posible que el empresario pueda obligar al trabajador a situarse en excedencia forzosa, mientras que en ningún caso puede ocurrir esto con las excedencias voluntarias (13). Si el artículo 37.3 d) ET está permitiendo dicha imposición empresarial cuando la imposibilidad de la prestación de trabajo supere el 20 por 100 de las horas laborales en un período de tres meses, negativamente cabe interpretar que lo está negando para el resto de los supuestos de excedencia forzosa. Esta misma consideración vendría reforzada por el dato, todavía no de derecho positivo, de que la Ley Orgánica de Libertad Sindical cuando regula la excedencia forzosa por ejercicio de cargos sindicales lo fija como un derecho de los trabajadores y no como un deber. La jurisprudencia, sin aceptar ni rechazar ninguna de las posturas formuladas, dado que no se pronuncia expresamente, parece estar más en la línea de no concederle mayor significado a los adjetivos «forzosa» y «voluntaria» asignados a la excedencia, pensando que se trata más de elementos históricos derivados de su origen inarmónico y ausente de perfección técnica en las ordenanzas laborales y Reglamentaciones de Trabajo, que de datos con trascendencia directa en el régimen jurídico de cada uno de los tipos.

4. En el terreno de los efectos, la jurisprudencia mantiene, también a partir de la entrada en vigor del ET, su doctrina tradicional de que la situación del trabajador excedente voluntario se corresponde con la suspensión del contrato de trabajo. En sentido negativo, rechaza rotundamente la postura defendida por cierto sector doctrinal en el sentido de que la excedencia voluntaria equivale a una extinción en toda regla de la relación laboral, que viene a ser sustituida por otro tipo de relación cuyo contenido se limita al derecho preferente del trabajador al reingreso cuando exista vacante (14):

«Que aunque el ET no define la suspensión del contrato de trabajo, sí enumera las causas de su suspensión en el artículo 45 y su efecto principal en su número 2, por lo que se puede definir como 'la situación anormal de una relación laboral, originada por la voluntad de las partes o por la ley, caracterizada por la exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo, con pervivencia del vínculo jurídico', de cuya definición surgen los requisitos esenciales de la suspensión: la temporalidad de la situación, la no prestación del trabajo durante ella y su no remuneración, y la continuidad o pervivencia del contrato que, por la concurrencia de una causa suspensiva sufre tan sólo una especie de 'aletargamiento', estando la exce-

(12) CRUZ VILLALÓN y GARCÍA MURCIA: *La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos (1980-1982)*, en «RPS», núm. 137.

(13) En el mismo sentido, PEDRAJAS: *La excedencia...*, op. cit., págs. 227 y sigs.

(14) Por todos, VIDA SORIA: *Comentarios...*, op. cit., págs. 105 y sigs.

dencia voluntaria explícitamente reconocida como causa suspensiva del contrato en el artículo 46, ap. 1 ET, si bien se diferencia de la forzosa en que en esta situación el trabajador excedente tiene el derecho automático a reincorporarse a su puesto de trabajo y el voluntario sólo conserva un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera en la empresa (artículo 46.5 ET), pero de esa diferencia no puede llegarse a la conclusión expuesta por el recurrente, al considerar la excedencia voluntaria como una forma de extinción del contrato, ya que se distingue la suspensión de éste de aquella en que la extinción afecta a la propia existencia de la relación laboral y la suspensión a la ejecución actualizada de sus prestaciones constitutivas, y el trabajador excedente voluntario precisamente porque su contrato de trabajo, subsiste durante esa situación es por lo que conserva su derecho a reincorporarse a la empresa, que se la concedió» (15).

Nuestros Tribunales, desde una perspectiva más pragmática que de pura teoría, han entendido que es la figura suspensiva y no la extintiva la que mejor se amolda a la excedencia voluntaria, para lo que influye decisivamente el que la suspensión sea la forma de comprender mejor los efectos jurídicos anejos a esta situación tanto durante el período de disfrute de la excedencia como en el momento clave en el que el trabajador pretende reincorporarse al finalizar dicho período. La jurisprudencia, en estos términos, atiende más a las consecuencias concretas en los derechos y deberes del trabajador, que a una interpretación de carácter genérico de la legislación positiva, aunque tampoco está de más expresar antes algunas consideraciones globales que avalen la postura jurisprudencial. El ET sitúa a todas las excedencias dentro de la sección correspondiente a la suspensión del contrato de trabajo, con un régimen jurídico particular en alguno de sus efectos pero dándoles a todas el tratamiento de un tipo más de suspensión. En segundo lugar, el artículo 48 lleva por título «suspensión con reserva de puesto de trabajo», presuponiendo que existen otras *suspensiones* que no dan derecho a tal reserva —entre ellas, las excedencias voluntarias—, pero que conservan su condición de *suspensiones*. En tercer lugar, las dos primeras causas de suspensión del artículo 45 —mutuo acuerdo de las partes y las consignadas válidamente en el contrato— no dan lugar necesariamente a la reserva de puesto y, a pesar de ello, se siguen considerando como suspensiones del contrato. En cuarto lugar, toda la doctrina coincide en aceptar que, al reingresar el trabajador tras una excedencia voluntaria, éste conserva la antigüedad así como el resto de los derechos adquiridos que tenía al comenzar dicho período de exce-

(15) STS 7 de mayo de 1984 (revista *La Ley*, 4 de septiembre de 1984); en el mismo sentido, STCT 2 de diciembre de 1982, Ar. 6956; 22 de junio de 1982, Ar. 5923; 13 de septiembre de 1983, Ar. 7418; 21 de junio de 1983, Ar. 5886; 28 de junio de 1983, Ar. 6144, y 18 de octubre de 1983, Ar. 8574.

dencia; la antigüedad, por ejemplo, no se incrementa durante el mismo, pero no se le puede identificar como un trabajador de nuevo ingreso, circunstancias todas que no son explicables con la tesis extintiva de la excedencia voluntaria y sí, en cambio, con su consideración como suspensión del contrato. Como acertadamente ha señalado PEDRAJAS la palabra «sólo» utilizada por el artículo 46.5 para los efectos de la excedencia voluntaria, no puede ni debe ser entendida en términos literales absolutos, sino en relación con los efectos específicamente contemplados por la norma respecto a la excedencia forzosa; con ello se quiere indicar que el excedente voluntario no tiene derecho a la reserva de puesto ni al cómputo de antigüedad, pero ello sin perjuicio de su régimen jurídico suspensivo (16).

Se puede decir que la doctrina defensora del carácter extintivo de la excedencia voluntaria adopta tal postura, más que por un razonamiento positivo, por una idea negativa de incompatibilidad entre la institución de la suspensión del contrato y la situación jurídica del trabajador que conserva un mero derecho al reingreso cuando exista vacante. A mi modo de ver tal incompatibilidad no es tan cierta y, en todo caso, perfectamente superable: en la teoría general de los contratos nada impide que se pueda condicionar una vicisitud de la relación obligacional y el ejercicio de un derecho al acaecimiento de un hecho —la presencia de vacante de su categoría o similar— incierto en cuanto al momento de su cumplimiento pero cierto en cuanto a que efectivamente sucederá en algún momento, por muy remoto que se sitúe en el tiempo; hecho, por lo demás, que se presenta como independiente de la voluntad de ambas partes. La diferencia entre el derecho a la reserva de plaza y el derecho a la reincorporación en caso de vacante se sitúa, pues, en una mayor incertidumbre respecto al momento en que se debe producir la vuelta al servicio activo, pero no con el efectivo derecho a que esta se produzca; la institución de la suspensión es aplicable igualmente, en estos términos, a ambos tipos. Con cierta analogía se puede decir que en muchos trabajos fijos discontinuos no existe una certidumbre respecto al momento de la reanudación de la tarea cada temporada y del momento del llamamiento de cada trabajador, y no por ello la regulación positiva deja de considerarlo como un solo contrato, que no se extingue a la finalización de cada período.

Con todo, lo más interesante son las consecuencias que se derivan de su calificación como suspensión sin reserva de puesto de trabajo. Así, en primer lugar, según nuestra jurisprudencia, existe obligación por parte del empleador de incluir al trabajador excedente voluntario en los expedientes de crisis que se puedan presentar durante el período de excedencia, en particular en todos los expedientes que supongan una negación de su futuro derecho al reingreso porque, por ejemplo, se vaya a derivar de aquél un cierre total y definitivo de la

(16) *La excedencia...*, op. cit., págs. 288 y 440.

actividad empresarial. El incumplimiento de esta obligación por el empresario se interpreta por la jurisprudencia como un despido nulo:

«El cierre de la empresa constituye un despido respecto de los trabajadores, cuyo contrato no estaba extinguido, sino sólo en suspenso por la excedencia y a tenor del artículo 46, núm. 5 del Estatuto citado conserva el derecho preferente al reingreso, derecho de que ha sido privado por la empresa sin la necesaria autorización, ni siquiera solicitada de la autoridad laboral, al no incluir a la demandante en el alegado expediente de regulación de empleo, por lo cual esta decisión, en cuanto resolutoria del contrato sin la aludida autorización y por decisión unilateral de la empresa, ha de ser calificada como despido nulo...» (17).

En el mismo orden de consecuencias, para nuestra jurisprudencia la liquidación de haberes liberatoria de deudas que de ordinario se efectúa entre empresario y trabajador con motivo de pasar éste a la situación de excedencia no tiene el valor de un finiquito de la relación laboral ni refleja un presunto acuerdo de las partes en orden a la extinción del contrato, dado que la excedencia voluntaria sólo provoca la suspensión del contrato (18).

Más dubitativos se presentan nuestros Tribunales cuando se enfrentan con el mantenimiento o no durante la excedencia voluntaria del deber de buena fe, y más específicamente de la posibilidad de despedir a un trabajador por hacerle competencia desleal al empresario mientras se encuentra en tal situación. La cuestión ha sido bastante discutida también en el ámbito doctrinal: mientras que quienes defienden el carácter extintivo de la excedencia son opuestos al mantenimiento del deber de no concurrencia desleal durante el disfrute de la excedencia, por la idea contraria abogan quienes otorgan carácter suspensivo de la relación laboral a la excedencia (19). Siendo ésta última la doctrina jurisprudencial, parecería lógico imaginar una postura unánime en favor del deber de no competencia y, sin embargo, se encuentran fallos opuestos partiendo ambos de la premisa suspensiva. La permanencia de la prohibición de concurrencia se encuentra en las sentencias del Tribunal Central de Trabajo:

«... tampoco establece (la ordenanza laboral) ninguna incompatibilidad laboral durante el período de su disfrute, aun cuando haya que

(17) STCT 22 de junio de 1983, Ar. 5923; en el mismo sentido, 2 de diciembre de 1982, Ar. 6956; 21 de junio de 1983, Ar. 5886; 23 de mayo de 1983, Ar. 4599; 6 de julio de 1983, Ar. 6515, y 13 de septiembre de 1983, Ar. 7418.

(18) STCT 2 de noviembre de 1983, Ar. 9133.

(19) A favor del mantenimiento del deber de no concurrencia desleal se pronuncian PEDRAJAS: *La excedencia...*, op. cit., pág. 308. En contra, JAIME CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Madrid, 1977, págs. 156 y sigs.; VIDA SORIA: *Comentarios...*, op. cit., pág. 116.

entender que se puede incurrir en competencia desleal trabajando en otra empresa del sector ya que en definitiva el contrato se mantiene vigente aunque en suspenso...» (20).

Por contra, lo opuesto viene defendido por el Tribunal Supremo:

«Que el artículo 5 ET, en su apartado *d*, establece como deber básico de los trabajadores 'no concurrir con la actividad de la empresa en los términos fijados en esta ley', deber, al igual que los demás enumerados en ese precepto que contemplan la vigencia y actualidad total del contrato de trabajo, es decir, al trabajador prestando los servicios para los que fue contratado y al empleador satisfaciendo la retribución consiguiente a esa prestación, por tanto, liberado de ello, no obligado a cumplirlo el trabajador cuyo contrato esté suspendido como se infiere del artículo 45.2 ET, que dispone que la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, si el trabajador en situación de excedencia voluntaria está exento del deber de no concurrir con la actividad de la empresa, es evidente que el demandante que durante su situación de excedencia voluntaria estuvo trabajando en empresa de la misma actividad que la de la demandada, no incurrió por esto en la causa de despido tipificada en el artículo 54.2, *d* ET al no haber transgredido ninguno de los deberes de conducta y cumplimiento de buena fe que el contrato de trabajo le impone, que son el soporte y fundamento de esa causa de despido» (21).

La institución de la suspensión de la relación laboral lleva en sí misma el mantenimiento de todas aquellas obligaciones accesorias de las partes no vinculadas directamente con la prestación de trabajo y el abono del salario. Por ello, aparece a primera vista como más convincente las sentencias del TCT, al constituir el deber de no concurrencia desleal uno de los típicos deberes vinculados a la buena fe contractual (22). Debe tenerse en cuenta sobre todo que la exce-

(20) STCT 18 de octubre de 1983, Ar. 8574; en el mismo sentido, 26 de febrero de 1980, Ar. 1089. Con carácter general acepta la posibilidad de despedir a un trabajador por transgresión del deber de buena fe contractual —en este caso, por incumplimiento de un contrato de préstamo concedido en virtud de su vinculación laboral con la empresa— durante la situación de excedencia la STCT 2 de junio de 1981, Aranzadi 3762.

(21) STS 7 de mayo de 1984 (revista *La Ley*, 4 de septiembre de 1984).

(22) Diverso es que nuestra jurisprudencia haya efectuado una interpretación desmesurada del contenido de este deber y lo haya convertido en una prohibición absoluta de concurrir en cualquier circunstancia y no restringirlo a lo que es estrictamente competencia desleal, tal como figura en la regulación vigente. En el mismo sentido, PEDRAJAS: *La excedencia...*, op. cit., págs. 305 y sigs. Sobre la posición jurisprudencial, cfr. MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ: *Competencia desleal: el cambio normativo y la posición de la jurisprudencia*, en «RPS», núm. 142, págs. 243 y sigs.

dencia, cualquiera que sea, en sí misma tiene una duración provisional; no resulta fácilmente compatible la actuación de un sujeto que conlleva una competencia de las prohibidas por el artículo 21.1 ET a una empresa a la que va a incorporarse como trabajador por cuenta ajena en un futuro inmediato, como consecuencia de la terminación de la excedencia.

5. Desde la perspectiva de que la excedencia voluntaria no da derecho a la reserva de puesto de trabajo deduce la jurisprudencia otras consecuencias. En primer lugar, que el empresario puede ocupar cualquier puesto vacante existente en la empresa durante la situación de excedencia, teniendo para ello libertad de contratación y de movilidad interna del personal ya contratado durante el tiempo que dure la excedencia (23). En segundo lugar, no es causa de contratación temporal en su manifestación de contrato de interino, dado que el trabajador a sustituir debe conservar para ello el derecho a reserva de plaza (artículo 15.1, c ET) (24). En tercer lugar, que durante el período de disfrute de la excedencia es posible pasar a otra excedencia o suspensión, aunque en todo caso sin recuperar el derecho al puesto de trabajo (25).

6. Uno de los aspectos de mayor interés en la jurisprudencia sobre la excedencia voluntaria afecta al momento en el que el trabajador desea ejercitar su derecho al reingreso, al final del tiempo inicialmente fijado. La normativa sectorial solía exigir una determinada forma y, particularmente, que se efectuara dentro de un determinado plazo de preaviso, de ordinario en torno a un mes de antelación. Las sentencias posteriores al Estatuto han establecido la doctrina de que este último no exige requisito de preaviso alguno, por lo que interpreta derogada la normativa sectorial en este punto:

«... y aun cuando no dedujo su petición con la antelación de un mes que prevé el aludido precepto de la norma sectorial citada, ello no hace decaer su derecho como entendió con error el juzgador ya que a tenor de lo declarado reiteradamente por esta Sala... el artículo 46.5 del ET no establece ninguna limitación temporal sobre este particular, por lo que es suficiente que se solicite el reingreso antes de la conclusión del período previsto para su disfrute: no pudiendo aplicarse el referido precepto reglamentario que hay que estimar derogado, en este aspecto, por la Disposición final 3.^a del Estatuto...» (26).

(23) STCT 16 de diciembre de 1983, Ar. 10988, y 21 de diciembre de 1982, Aranzadi 7565.

(24) STCT 22 de diciembre de 1982, Ar. 7665.

(25) STCT 19 de noviembre de 1983, Ar. 1942.

(26) STCT 12 de noviembre de 1983, Ar. 9578; en el mismo sentido, 18 de octubre de 1983, Ar. 8570; 8 de noviembre de 1983, Ar. 9395; 30 de diciembre de 1982, Ar. 7913; 28 de octubre de 1982, Ar. 5801, y 10 de noviembre de 1983, Ar. 9844.

Tan sólo en una sentencia se establece una sanción al incumplimiento del preaviso, en ningún caso consistente en la pérdida del derecho al reingreso: la readmisión no podrá imponerse a la terminación de la excedencia, sino sólo hasta que pase un período idéntico al de preaviso fijado, contado desde la notificación a la empresa de la intención de reincorporarse (27). Desde la perspectiva opuesta, la comunicación al empresario una vez finalizado el período de excedencia se convierte inexorablemente en extemporánea y provoca el decaimiento del derecho al reingreso (28).

7. La dificultad probatoria más ardua en materia de excedencia voluntaria se suele centrar en la demostración de la existencia de vacante en la empresa de igual o similar categoría a la del trabajador excedente. Debido a las dificultades para la traslación del Tribunal fuera del local de la audiencia durante el acto de juicio para comprobar la realidad de los hechos y, también, debido a la complejidad de los sistemas de división y organización del trabajo, nuestros Tribunales se ven con problemas para constatar la realidad o no de vacantes. Por ello, no suelen entrar de lleno en el fondo del asunto de la existencia real de vacantes; de ahí que de ordinario se guíen de indicios y presunciones para elaborar los resultados de hechos probados. Ante todo, conviene destacar que nuestra jurisprudencia rechaza que corresponda al empresario la carga de demostrar la inexistencia de vacantes, abogando porque el magistrado debe resolver en atención al conjunto de elementos probatorios aportados al proceso (29).

Por lo que se refiere a los indicios más determinantes empleados por los Tribunales, estos se concentran en dos. El primero, la constatación de que, una vez finalizado el período de excedencia, se ha realizado en la empresa una nueva contratación laboral o bien se ha prorrogado un contrato temporal a la llegada del término o cumplimiento de la condición resolutoria (30). En ocasiones, al indicio se le otorga un valor desmesurado sin realizar las precisiones oportunas. En efecto, aparecen sentencias que concluyen por demostrada la existencia de vacantes incluso en los casos en que la nueva contratación o la prórroga contractual es de carácter temporal. En tales casos, ciertamente, existe una acti-

(27) STCT 13 de septiembre de 1983, Ar. 7411: «Por lo que, en conclusión, y como es norma general en otros supuestos de exigencia de preaviso, su defecto no puede producir otra consecuencia que la de que el plazo transcurre contra quien es el causante del retraso pero sin limitar los derechos de la contraparte, es decir, que en el supuesto de que se exigiera la readmisión no podrá imponerse a la terminación de la excedencia sino hasta un mes después de notificarse a la empresa la intención de hacerlo...»

(28) STCT 2 de noviembre de 1983, Ar. 9149; 18 de junio de 1982, Ar. 3724, y 15 de diciembre de 1982, Ar. 7404.

(29) STCT 11 de noviembre de 1982, Ar. 6203.

(30) STCT 22 de junio de 1983, Ar. 5979; 27 de septiembre de 1983, Ar. 7806; 6 de octubre de 1983, Ar. 8216; 2 de noviembre de 1983, Ar. 9133; 21 de noviembre de 1983, Ar. 9881; STS 17 de octubre de 1984 (revista *La Ley*, 4 de enero de 1985).

vidad laboral a cubrir en la empresa, pero habría que ir al fondo de la cuestión para comprobar si ello implica la presencia de una vacante, o tan sólo un trabajo eventual, por obra o servicio determinado o de carácter interino. Si la necesidad de la actividad productiva fuera temporal, el reingreso en la empresa del trabajador excedente no sería permanente, con lo que no se cumpliría el requisito de la existencia de vacante del artículo 46.5 ET.

El segundo de los indicios utilizados se refiere al cese, baja o extinción del contrato de otro trabajador; una vez que se ha solicitado el reingreso en la empresa. En estos casos sí suele exigirse un cese definitivo, no aceptándose la vacante provisional, por ejemplo, por embarazo de otra trabajadora (31). La jurisprudencia tiende a actuar con automatismo en la conclusión de la existencia de vacante, desde el momento en que comprueba que se ha producido un cese, hasta tal punto que no admite la libre amortización del puesto de trabajo tras aquél, exigiendo para ello que se solicite la correspondiente autorización administrativa a través de un expediente de regulación de empleo:

«... toda baja definitiva producida en la empresa genera la correspondiente vacante a no ser que dicha plaza hubiese sido amortizada mediante la pertinente autorización administrativa...» (32).

«... si el puesto de trabajo del demandante no fue ocupado por otro trabajador, durante la excedencia de aquél, y si la empresa no acudió a los trámites reglamentarios para amortizar la plaza que dicho puesto implica, desde luego que esta debe entenderse subsistente, sin que a la empresa le sea lícito basarse en el funcionamiento normal de la misma sin la cobertura de tal puesto, pues, en definitiva, la plaza a que ésta representa se mantiene por encima de la voluntad de la empresa y, por tanto, hasta que reglamentariamente se amortice» (33).

Todas estas sentencias se basan en el contenido de las ordenanzas laborales, que exigen la formalización del expediente de regulación de empleo para amortizar cualquier puesto de la plantilla que haya quedado vacante, sin importar la causa determinante de tal situación (34). Así, sólo se admite la libre amortización cuando expresamente se permite por la normativa sectorial (35). Sin embargo, tal idea es contraria a lo que es la regulación positiva a nivel legal y a

(31) STCT 10 de noviembre de 1983, Ar. 9444.

(32) STCT 29 de diciembre de 1983, Ar. 11090.

(33) STCT 28 de febrero de 1983, Ar. 1627; en el mismo sentido, 14 de noviembre de 1983, Ar. 9612, y 15 de marzo de 1983, Ar. 2070.

(34) Igual tesis viene defendida por PEDRAJAS: *La excedencia...*, op. cit., págs. 292-293, quien estima la amortización de vacante, en cuanto implica reestructuración de la plantilla, debe someterse a las prescripciones del artículo 41 del ET.

(35) En este sentido, STCT 3 de mayo de 1983, Ar. 3837, y 9 de diciembre de 1983, Ar. 10669.

una correcta interpretación finalista. En efecto, los expedientes de regulación de empleo del ET y su reglamento de desarrollo están previstos, en todo caso, para incidir directamente en el normal funcionamiento y cumplimiento de las relaciones laborales individuales en la empresa, provocando una vicisitud contractual de carácter modificativo, suspensivo o extintivo (arts. 41, 47 y 51 ET). Sin embargo, en estos casos de amortización de puestos no cubiertos por ningún trabajador no se ven alterados ninguno de los derechos o deberes de cualquiera de los trabajadores de la empresa: de una parte, la vacante se ha producido con carácter previo en atención a diversos hechos, como pueden ser un despido, un cese voluntario, una extinción por mutuo acuerdo, una jubilación anticipada, etcétera; de otra parte, el derecho al reingreso del trabajador excedente tampoco se ve afectado, porque éste se conserva en su integridad y además depende de la existencia de una vacante y no del dato formal de la presencia de un puesto en el papel del escalafón de la empresa que en la realidad práctica ha dejado de existir.

El requisito de acudir a la autoridad administrativa, establecido en su día por las ordenanzas laborales, se corresponde más bien con un modelo histórico de conformación de la estructura empresarial, donde era necesario diseñar un tipo de plantillas a semejanza de la organización burocratizada de la Administración pública, lugar este último donde sí tiene una cierta lógica el cumplimiento de determinados trámites reglamentarios para amortizar o crear las plazas funcionariales. En estos términos, hay que interpretar actualmente derogados por el ET aquella normativa sectorial que exigía acudir a los trámites reglamentarios del expediente de crisis. La conclusión final es que la actividad judicial de indagación de la presencia de vacantes no es tan simple, debiendo penetrarse en la situación concreta de la empresa y del centro de trabajo desde un punto de vista técnico y económico; comprobar si efectivamente el cese de un determinado trabajador ha dejado realmente un puesto libre o, por el contrario, este cese se ha producido como consecuencia de la eliminación previa en la estructura empresarial del puesto mismo. No se puede olvidar que en una coyuntura de crisis económica multitud de jubilaciones, ceses voluntarios incentivados económicamente por la empresa e incluso despidos disciplinarios se llevan a cabo en las empresas para disminuir un excedente de una plantilla que no se corresponde con las necesidades productivas del momento. Querer negar esto no supone en la práctica otra cosa que forzar al empresario a provocar un nuevo despido —en este caso del trabajador excedente voluntario, que exige su reingreso sin existir vacante real en la empresa— con el desembolso indemnizatorio correspondiente. A nuestro entender, sería mejor negar en estas situaciones la realidad de la vacante, reconocer el derecho al reingreso del trabajador excedente cuando ésta se produzca y dejar al trabajador en excedencia hasta un momento posterior en que surja la referida vacante.

En pocas ocasiones aborda la jurisprudencia el tipo de trabajo que debe quedar vacante, concretando el significado del requisito legal de que la vacante

producida debe ser de «igual o similar categoría» a la del trabajador excedente (artículo 46.5 ET). De todas formas, cuando lo hace utiliza los criterios flexibles facilitados por el propio precepto estatutario. Entiende que no es imprescindible que se trate de tareas pertenecientes a idéntica categoría profesional, de acuerdo con la clasificación profesional establecida en la normativa sectorial, basando con que sean tareas profesionalmente equivalentes dentro del mismo grupo profesional (36).

Por último, cuando nuestros Tribunales constatan la inexistencia de vacante en el momento del final del período de disfrute de la excedencia, las sentencias determinan la prórroga por tiempo indefinido de la situación de excedencia, hasta el momento en que surja una vacante en la empresa (37).

8. El hecho que, con diferencia, provoca principalmente la presentación de reclamación judicial por el trabajador excedente voluntario es el rechazo del reingreso por el empresario existiendo vacante. No existe un criterio unánime en la jurisprudencia sobre la calificación jurídica y correspondientes efectos de la negativa empresarial a la petición de reingreso del trabajador. Si bien es cierto que la mayoría considera que la actitud empresarial debe interpretarse como un despido, existen algunas sentencias que postulan su carácter de incumplimiento empresarial de sus deberes contractuales, lo que no equivale a un despido ni se le puede otorgar el mismo régimen jurídico (38). Alguna sentencia aislada llega incluso a conceder al trabajador la opción de elegir la calificación más adecuada, pudiendo así accionar como si se tratara de un despido o bien reclamando el derecho al reingreso a través de una declarativa de derecho del incumplimiento empresarial (39). Por último, también existen pronunciamientos que, al mismo tiempo que parten de la equivalencia del rechazo a un despido, concluyen que su régimen jurídico no puede identificarse en todos sus puntos con el correspondiente a un despido.

En realidad, las diferencias entre las diferentes sentencias no responden a concepciones dogmáticas diferenciadas de la institución de la excedencia y del rechazo del reingreso, sino que se centran más en aspectos puntuales de su tratamiento legal. De este modo, los pronunciamientos opuestos sobre la calificación de la negativa al reingreso se manifiestan en el momento de discernir si es aplicable a esta situación el plazo de caducidad de veinte días para el ejercicio de la acción judicial, fijado en el artículo 59.3 ET: la postura mayoritaria al calificarlo de despido opta por la solución afirmativa, en tanto que la minoritaria niega tal carácter para poder fallar que la acción del trabajador no ha caducado a pesar de haber transcurrido más de veinte días hábiles.

(36) STCT 13 de junio de 1983, Ar. 5607; 21 de abril de 1983, Ar. 4577, y 15 de marzo de 1983, Ar. 2070.

(37) STCT 8 de noviembre de 1983, Ar. 9395; 13 de septiembre de 1983, Ar. 7418; 23 de mayo de 1983, Ar. 4599, y 21 de junio de 1983, Ar. 5886.

(38) STCT 14 de noviembre de 1983, Ar. 9609, y 28 de febrero de 1983, Ar. 1627.

(39) STCT 29 de febrero de 1982, Ar. 7869.

Respecto a este plazo de caducidad se concreta algo más por algunas sentencias. De una parte, que el cómputo de la caducidad se debe realizar a partir de la fecha de la terminación de la excedencia, y no de la fecha de denegación del reingreso por el empleador, que puede producirse con anterioridad dado que el trabajador suele preavisar su intención de reincorporarse: ni el trabajador tiene derecho a la incorporación hasta finalizar el término de la excedencia ni la empresa obligación de readmitir hasta tal momento, lo que determina el cómputo de la caducidad (40). De otra parte, aplicando el artículo 1.227 CC para los supuestos en que la existencia de vacante sale a la luz por la contratación de un nuevo trabajador, la jurisprudencia afirma que el cómputo de la caducidad no se efectúa a partir de la fecha del documento privado en el que se recoge el nuevo contrato de trabajo, «sino desde la fecha en que hubiese sido incorporado o inscrito en un Registro público» (41). Siendo estas últimas sentencias muy acertadas en lo que se refiere a la imposibilidad de computar la caducidad por la fecha del documento contractual, porque difícilmente puede tener acceso al mismo el trabajador excedente aparte de ser fácilmente manipulable, no lo es tanto en relación a la segunda conclusión. Entendemos difícilmente aplicable el precepto del Código Civil y, en concreto, la posibilidad de comprobar la existencia del contrato en un Registro público. Si esta jurisprudencia se ha querido referir al INEM, único organismo imaginable, éste de conformidad con la Ley Básica de Empleo no tiene esa condición de Registro público y, desde luego, no expide certificados a instancias de un particular sobre si una empresa ha contratado a nuevos trabajadores. En definitiva, es más realista exigir el cómputo de la caducidad a partir de la fecha en la que sea demostrable que el trabajador excedente tenía conocimiento de la existencia de la vacante en la empresa.

Desde otra perspectiva, tampoco existe acuerdo en la jurisprudencia sobre la calificación del despido producido por el rechazo del derecho al reingreso. Dentro de las sentencias que equivale a un despido, unos lo consideran como nulo (42), mientras que otros se inclinan por la improcedencia (43), en unos casos formulando algún tipo de argumentación y en otros con ausencia de ésta. Dentro de las sentencias favorables a la primera solución, se aplica en ocasiones el artículo 55.6 ET, considerando que como el trabajador excedente tiene

(40) STCT 5 de julio de 1983, Ar. 6423, y 7 de diciembre de 1983, Ar. 10622.

(41) STCT 2 de noviembre de 1983, Ar. 9133, y 8 de junio de 1983, Ar. 5365.

(42) STCT 22 de junio de 1983, Ar. 5923; 23 de mayo de 1983, Ar. 4599; 6 de julio de 1983, Ar. 6515; 13 de septiembre de 1983, Ar. 7418; 22 de junio de 1983, Ar. 5979; 12 de noviembre de 1983, Ar. 9578; 19 de noviembre de 1983, Ar. 9844; 18 de octubre de 1983, Ar. 8570; 17 de noviembre de 1982, Ar. 6415, y 23 de diciembre de 1982, Ar. 7718.

(43) STCT 24 de septiembre de 1982, Ar. 4961; 27 de septiembre de 1983, Ar. 7806; 23 de noviembre de 1982, Ar. 6593; 20 de abril de 1983, Ar. 3343, y 3 de mayo de 1983, Ar. 3867.

suspendido su contrato, el ET obliga a declararlo nulo. Posiblemente la premisa de la que se parte sea falsa, porque si el reingreso se solicita con motivo del término de la excedencia, ha finalizado la situación de suspensión y el incumplimiento empresarial consiste precisamente en no readmitir al trabajador cuando ha renacido la obligación de darle ocupación efectiva. Mucho más convincente es el segundo de los razonamientos empleados: la negativa empresarial se ha producido en forma tácita, verbalmente o, en términos genéricos, sin cumplir las formalidades recogidas en el artículo 55.1 ET. Esta parece que es la solución más acertada. Por contra, cuando la jurisprudencia falla en favor de la improcedencia del despido rara vez lo acompaña de alguna explicación y, cuando lo hace, se limita a afirmar que se han cumplido con los requisitos de documentación escrita. Sin embargo, en tales casos se olvida que el artículo 55.1 ET exige otros dos requisitos adicionales a la forma escrita; en concreto, es preciso alegar una causa de despido y no se puede aceptar como tal la afirmación de la inexistencia de vacante, pues ésta no es una causa de despido, sino tan sólo de prórroga de la situación de excedencia.

Para finalizar, algunas palabras sobre el derecho del trabajador excedente en estas situaciones a los salarios de tramitación dejados de percibir desde el momento de la negativa empresarial a la reincorporación existiendo vacante. La mayoría de la jurisprudencia reconoce este derecho, en unas ocasiones expresamente en otras de forma tácita al afirmar que el despido producirá los efectos señalados por los preceptos correspondientes que, entre otros, fijan los salarios de tramitación (arts. 55.4, 56 y 103 LPL) (44). En algún caso excepcional se acoge la idea de que no es posible reconocer el derecho a los salarios de tramitación en los términos establecidos en la legislación laboral, pero sí el derecho a la indemnización por mora del artículo 1.100 CC, lo que en la práctica produce idénticos efectos (45). En fin, en alguna que otra sentencia, si bien sea con un carácter minoritario, se rechaza radicalmente la posibilidad de recibir cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación. En estos casos, la cuestión reside nuevamente en la consideración que debe recibir la negativa empresarial al reingreso, si se puede considerar como equivalente a un despido y puede aplicársele su régimen jurídico:

«... de donde se deduce claramente que el citado precepto (*artículo 227 LPL*) sólo es aplicable a los distintos supuestos de despido, sin que pueda aplicarse al mismo el presente caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Código Civil, por no existir la analogía prevista

(44) STCT 22 de junio de 1983, Ar. 5923; 22 de junio de 1983, Ar. 5979; 19 de noviembre de 1983, Ar. 9844; 12 de noviembre de 1983, Ar. 9578; 18 de octubre de 1983, Ar. 8570; 28 de junio de 1983, Ar. 6144; 3 de mayo de 1983, Ar. 3867; 18 de mayo de 1978, Ar. 2411, y 23 de febrero de 1979, Ar. 1209.

(45) STCT 23 de octubre de 1982, Ar. 5645.

en el mismo, independientemente de los supuestos de dolo o culpabilidad en que pudieran incurrir las empresas...» (46).

A mi modo de ver el supuesto no plantea dificultades tan teóricas, como pudiera aparentar en principio. Es posible resolver la cuestión con mayor simplicidad, sin necesidad de afrontar el tema de si la negativa empresarial constituye o no un despido en todos sus términos. En todo caso, sería conveniente que la jurisprudencia mantuviera un solo criterio, sin excepciones. No obstante, lo decisivo es que si se interpreta que la actitud empresarial equivale a un despido, se le debe aplicar la regulación correspondiente y, en concreto, otorgarle el derecho a salarios de tramitación. No es aplicable en este punto la excepción establecida en el último apartado del artículo 103 LPL: «Si el despido fuere declarado nulo, se condenará a la inmediata readmisión del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir, *salvo en los supuestos de suspensión del contrato*, en que se estará a las normas aplicables en cada caso.» Como he defendido previamente, cuando existe vacante tras la finalización del disfrute de la excedencia, ha concluido la situación anormal en que se encuentra el contrato y no puede decirse ya que éste se encuentre en suspenso. Pero, también desde la otra perspectiva, habría que considerar la negativa empresarial que no se califica de despido sino como incumplimiento de sus deberes contractuales como una mora en su obligación de darle trabajo al trabajador hasta ahora excedente; mora que debería ser indemnizada económicamente en términos idénticos al pago de salarios de tramitación, dado que sería aplicable el art. 30 ET o, como señala la sentencia antes citada de 23 de octubre de 1982, el artículo 1.100 CC (47).

JESÚS CRUZ VILLALÓN
(Universidad de Sevilla)

(46) STCT 24 de febrero de 1983, Ar. 1563; en el mismo sentido, 25 de noviembre de 1981, Ar. 6908.

(47) En sentido contrario, STS 17 de octubre de 1984 (revista *La Ley*, 15 de enero de 1985): «... el artículo 46.5 señala que el excedente sólo conserva un derecho preferente al reingreso, que efectivamente correspondería al actor, más ello no conlleva el derecho a percepciones salariales desde que existía vacante a ocupar y ésta se solicite, pues el derecho al salario es una contraprestación al trabajo, sin que sea aplicable al caso del artículo 30 ET, pues en supuesto que si guarda semejanza con el de autos, señala el TS, Sala 6.ª en sentencia de 24 de febrero de 1984, no prestó servicio alguno el actor a la empresa con posterioridad a la situación de excedencia...; c) porque para que a virtud del artículo 1.101 CC surja obligación de indemnizar perjuicios es preciso que éstos se prueben y se cuantifiquen, y ello no ha ocurrido en el caso de autos...»