

**BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL****TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA**

*Sentencia 176/2010, de 5 de febrero de 2010*

*Sala de lo Social*

*Rec. n.º 1325/2009*

**SUMARIO:**

*Excedencia voluntaria. Reincorporación. No es exorbitante o desproporcionado que los convenios colectivos anuden a la inobservancia por el trabajador del plazo de preaviso de solicitud de reingreso la pérdida del derecho de opción a la reincorporación, ya que la exigencia de preavisar tiene su razón de ser en la trascendencia tanto para el trabajador como para la empresa de la decisión notificada, que genera al mismo tiempo el derecho preferente del trabajador a ocupar una plaza vacante y la obligación correspondiente de la empresa de atribuirla al mismo. 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.*

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 46.

**PONENTE:**

*Doña Petra García Márquez.*

Ponente: Sra. Petra García Márquez

Ilmo. Sr. D. José Montiel González

Presidente

Ilma. Sra. D.ª Petra García Márquez

Ilma. Sra. D.ª Luisa M.ª Gómez Garrido

Ilmo. Sr. D. Eugenio Cárdenas Calvo

En Albacete, a cinco de febrero de dos mil diez.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el Recurso de Suplicación número 1325/09, interpuesto por C..., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Albacete, de fecha 29 de julio de 2009, en los autos número 547/09, sobre Despido Disciplinario, siendo recurrido FEPAS HELLÍN.

Es Ponente la Ilma. Sra. D.ª Petra García Márquez.

**ANTECEDENTES DE HECHO****Primero.**

Que la Sentencia recurrida dice en su parte dispositiva: «FALLO: Debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por D.ª C... contra la mercantil Fepas Hellín a quien absuelvo de cuantas pretensiones se deducen en su contra».

**Segundo.**

Que, en dicha Sentencia se declaran probados los siguientes Hechos:

PRIMERO. D.<sup>a</sup> C..., mayor de edad, con D.N.I. n.º NÚM000, vecina de Hellín (Albacete), ha venido prestando sus servicios para la empresa Fepas Hellín, con antigüedad desde el 1 de septiembre de 1998, categoría profesional de coordinadora y salario mensual de 731,99 euros/día incluida prorrateada de pagas extraordinarias.

SEGUNDO. La actora interesa de la empresa le sea concedida excedencia voluntaria a partir del día 18 de noviembre de 2008 y por una duración prevista, según indica el art. 52 del convenio de aplicación de seis meses.

TERCERO. El 30 de abril de 2009 la trabajadora la actora remite burofax a la empresa solicitando su incorporación a partir del día 18 de mayo de 2009.

CUARTO. El 12 de mayo la demandante remite nuevo burofax ratificando su intención de reincorporarse el próximo día 19 de mayo de 2009 a su puesto de trabajo.

QUINTO. El 13 de mayo de 2009 la trabajadora recibe comunicación de la empresa indicándole: «1. Que según el artículo 52 del Convenio de aplicación, debería solicitar esta reincorporación antes de finalizar su excedencia y con una antelación mínima de 30 días, no cumpliendo este imprescindible requisito. 2. Que no existe vacante en su puesto de trabajo, habiendo quedado cubierto por las necesidades del propio servicio, y entendiéndose además que no le corresponde tan siquiera derecho preferencial al ingreso aunque quedara vacante, fundamentando en el punto anterior, al no haber solicitado en plazo su intención de reincorporarse».

SEXTO. La actora ha intentado la preceptiva conciliación ante la SMAC de Albacete el 8 de junio de 2009, sin avenencia, habiendo presentado papeleta de conciliación el día 20 de mayo de 2009.

SÉPTIMO. La demanda ha sido presentada ante el Juzgado Decano de los de lo Social de Albacete el 25 de junio de 2009.

OCTAVO. El art. 52 del V Convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. BOE 79/2008, de 1 abril 2008, establece:

«Excedencia voluntaria:

El personal que acredite al menos un año de antigüedad en la empresa, podrá solicitar una excedencia voluntaria por un período no inferior a cuatro meses ni superior a cinco años.

La excedencia se entenderá concedida sin derecho a retribución alguna y dicho período no computará a efectos de antigüedad.

Dicha excedencia se solicitará siempre por escrito con una antelación de al menos treinta días a la fecha de su inicio, a no ser por casos demostrables de urgente necesidad, debiendo recibir contestación, asimismo escrita, por parte de la empresa, en el plazo de cinco días.

Antes de finalizar la misma y con una antelación de al menos treinta días antes de su finalización, deberá solicitar por escrito su ingreso.

El personal en situación de excedencia tendrá únicamente un derecho preferencial al ingreso en su categoría o similar si, tras su solicitud de reingreso, existiera alguna vacante en la misma. En caso contrario, se hallará en situación de derecho expectante.

Si al finalizar la misma o durante su vigencia, desea incorporarse al trabajo y no existen vacantes en su categoría, pero sí en una inferior, el trabajador podrá incorporarse a esta última, con las condiciones de esta categoría inferior, para poder acceder a su propia categoría en el momento en que se produzca la primera posibilidad.

En ningún caso, salvo concesión concreta al respecto, podrá solicitar excedencia para incorporarse a prestar sus servicios en entidades similares a las comprendidas por este Convenio.

El personal acogido a una excedencia voluntaria no podrá optar a una nueva hasta transcurrido dos años de trabajo efectivo, después de agotada la anterior.»

### **Tercero.**

Que, en tiempo y forma, por la parte demandante, se formuló Recurso de Suplicación contra la anterior Sentencia, en base a los motivos que en el mismo constan.

Dicho Recurso ha sido impugnado de contrario.

Elevadas las actuaciones a este Tribunal, se dispuso el pase al Ponente para su examen y resolución.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero.**

Frente a la sentencia de instancia, que desestima la demanda de despido planteada por la actora contra la empresa FEPAS HELLÍN, para quien venía prestando servicios desde el 1 de septiembre de 1998, con la categoría profesional de coordinadora; muestra su disconformidad la accionante a través de dos motivos de recurso, aún cuando la exposición se efectúa a lo largo de cuatro apartados, denominados «motivos», pretendiéndose, en el primero de ellos, sustentado en el art. 191 b) de la LPL, la revisión del relato fáctico, y en el segundo, amparado en el apartado c) del mismo precepto, el examen del derecho aplicado.

### **Segundo.**

En el primero de dichos motivos, se interesa la modificación del hecho probado segundo, ofreciendo, al efecto, el siguiente texto alternativo para el mismo:

«El 12 de noviembre de 2008 la trabajadora interesa de la empresa excedencia voluntaria a partir del 18 de noviembre de 2008, esto es, con seis días de antelación al disfrute de la excedencia y por una duración prevista, según indica el artículo 52 del convenio de aplicación, de seis meses.»

Petición revisoria que, independientemente de la especial trascendencia o relevancia que pueda tener la indicación de la fecha en la que la accionante solicitó la excedencia voluntaria para la resolución del tema objeto de debate, sin embargo es un dato cuya veracidad resulta fehacientemente acreditado a la vista de las pruebas obrantes en autos y, sin duda, susceptible de ser valorado en relación con la actuación de la empresa en orden a la escrupulosidad seguida por la misma respecto a la cumplimentación de los plazos fijados en el convenio para solicitar la excedencia voluntaria.

### **Tercero.**

En el segundo motivo de recurso, destinado al examen del derecho aplicado, se denuncia la infracción del art. 52 del Convenio Colectivo Marco Estatal de Servicio de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal; y de los arts. 46.1 y 56 del ET.

Según resulta acreditado, la actora, en fecha 12-11-2008, solicitó a la empresa demandada la concesión de excedencia voluntaria a partir del 18-11-2008, con una duración prevista de seis meses, la cual le fue concedida.

En fecha 30-04-2009, la actora remite burofax a la demandada solicitando su incorporación al trabajo a partir del 18-05-2009. Remitiendo un nuevo burofax el 12-05-2009, ratificando su intención de reincorporarse el día 19-05-2009.

El 13-05-2009, la demandante recibe carta de la empleadora rechazando su reingreso en base a dos razones, la primera, por no haber instado su reincorporación con la antelación mínima de 30 días fijada en el art. 52 del convenio de aplicación; y en segundo término por no existir vacante en su puesto de trabajo al haber quedado cubierto por las necesidades del servicio.

Hechos los descritos ante los cuales el Juzgador de instancia resuelve en el sentido de desestimar la demanda de despido en función de considerar que la no solicitud de reincorporación al trabajo con treinta días de antelación a la conclusión del periodo de excedencia voluntaria equivalía a un cese definitivo de la accionante en el mismo. Pronunciamiento al que no se acompaña ninguna otra consideración, ni en el relato fáctico, ni en la fundamentación jurídica, relativa a la segunda de las causas en las que se hacía descansar la negativa a la readmisión, cual era la inexistencia de vacante en el puesto de trabajo que vino ocupando la actora.

Visto lo que antecede, se impone resolver sobre la única cuestión planteada en el recurso, esto es, la posibilidad de catalogar como determinante del cese definitivo en el trabajo el hecho de no solicitarse por el trabajador en situación de excedencia voluntaria, la readmisión con la antelación prevista al efecto en el convenio de aplicación.

Cuestión la indicada, esto es, la relativa a determinación del tiempo hábil para el ejercicio por el trabajador, en situación de excedencia voluntaria, de su derecho preferente al reingreso, cuando en el convenio colectivo que resulte de aplicación se establece un periodo de antelación mínima para tal solicitud, así como los efectos derivados del no ejercicio del derecho con tal antelación, sobre la que se ha pronunciado el Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de fecha 18-02-2002 (RJ 2002\10678), en la cual se resolvía un supuesto en el que el convenio colectivo establecía un requisito de preaviso a cargo del trabajador para dicha solicitud de reincorporación, determinando además que la inobservancia del mismo llevaba consigo la pérdida del derecho al reingreso («cese definitivo» de la relación de trabajo) del trabajador excedente.

Manteniendo el Alto Tribunal la corrección y viabilidad de dicha previsión convencional, indicando al efecto que para llegar a dicha conclusión se «debe partir de los preceptos legales de carácter general que habilitan a los convenios colectivos para regular "las condiciones de trabajo y productividad" (art. 82.2 ET) y "las condiciones de empleo", "dentro del respeto a las leyes" (art. 85.1 ET). Una de estas condiciones de empleo es sin duda la excedencia voluntaria por asuntos propios.

Junto a los indicados preceptos legales generales hay que considerar a continuación la habilitación específica para la negociación colectiva contenida en el art. 46.6 ET, que faculta a los representantes de trabajadores y empresarios para acordar colectivamente el "régimen" y los "efectos" de "otros supuestos" de excedencia. Esta mención a "otros supuestos" ha de entenderse referida a las modalidades de excedencia distintas de las contempladas y reguladas con detalle en dicho precepto legal y concordantes [art. 45.1.k) ET y art. 9.º 1.b) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (RCL 1985\1980 ; ApNDL 13091)], que son la derivada de la designación o elección para cargo público, la excedencia por cuidado de hijos, y la motivada por el ejercicio de determinadas funciones sindicales. Entre estos otros supuestos de excedencia no regulados o insuficientemente regulados en la Ley se encuentra la excedencia voluntaria por asuntos propios o por interés particular del trabajador.»

Añadiendo a ello que el «siguiente paso de nuestro razonamiento debe prestar atención al requisito de preaviso de solicitud de reingreso, que es el aspecto concreto de la excedencia voluntaria por asuntos propios cuya regulación convencional se cuestiona. Tal solicitud o petición de reingreso es el acto de ejercicio de la opción de reanudación de la relación de trabajo que tiene el trabajador excedente; y la exigencia de preavisar dicha solicitud tiene su razón de ser en la trascendencia tanto para el trabajador como para la empresa de la decisión notificada, que genera al mismo tiempo el derecho preferente del trabajador a ocupar una plaza vacante y la obligación correspondiente de la empresa de atribuirla al mismo. 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.

Es de notar además que, aunque el deber de preaviso en cuestión debe ser cumplido por el trabajador excedente, los efectos del mismo pueden ser beneficiosos para ambas partes de la relación de trabajo. De un lado, durante el plazo de preaviso el empresario está en condiciones de adoptar con un cierto margen de tiempo las medidas oportunas en orden a la reincorporación del trabajador excedente. Por su parte, este último podrá en su caso obtener la ventaja de que le sea asignada la vacante existente en el momento de la notificación anticipada, o la vacante que eventualmente pudiera surgir en el transcurso del período de preaviso, haciendo valer con antelación sobre ellas su derecho de reingreso preferente».

Consideraciones, en función de las cuales se llega a la conclusión de que «las partes de la negociación colectiva pueden establecer este requisito de notificación, siempre que establezcan para el mismo una antelación razonable».

Y visto ello, se procede por el Alto Tribunal a analizar la segunda cuestión debatida, esto es, si el incumplimiento de tal requisito por retraso o presentación extemporánea puede acarrear la pérdida del derecho de reingreso o si ésta es por el contrario una consecuencia ilegal.

Indicando sobre el particular que la «decisión debe ser también aquí que tal regulación se mantiene "dentro del respeto a las leyes" a que están obligados los convenios colectivos. A dicha conclusión conduce el dato normativo de que, según el art. 46.2 del ET, 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. Pero no corresponde a la Jurisdicción valorar la mayor o menor oportunidad o acierto de las normas colectivas, sino solamente verificar su atenuamiento al marco legal».

Doctrina la indicada que en su aplicación al caso concreto que hoy nos ocupa debe conducir, en primer término, a catalogar como correcta la fijación en el convenio de aplicación de un período concreto de preaviso para instar el reingreso antes de que concluya el período de disfrute de la excedencia voluntaria. Ahora bien, es lo cierto que, por lo que se refiere a las consecuencias predicables del incumplimiento de dicho plazo, y en concreto si de ello se puede derivar la pérdida del derecho al reingreso, y como consecuencia la resolución de la relación laboral, la solución no puede ser la misma que la acogida en la STS analizada, y ello por cuanto que no existe identidad en los hechos, siendo así que en dicha Sentencia se partía de que en el convenio colectivo no solo se establecía el plazo de preaviso, sino que también se fijaba expresamente la consecuencia derivada de su incumplimiento, traducida en la pérdida del derecho al reingreso, siendo así que en el presente supuesto el convenio, si bien establece un plazo de preaviso, sin embargo nada indica respecto a los efectos extraíbles de su inobservancia, y siendo ello así, no es posible aplicar las consecuencias postuladas por la entidad demandada y aceptadas por el Juzgador de instancia, en tanto que ello implicaría la adopción de un criterio notablemente restrictivo y limitativo del derecho de la trabajadora que no encontraría amparo ni en el ET, ni en el convenio colectivo aplicable, ni tampoco en la doctrina jurisprudencial existente sobre el particular.

Visto lo que antecede, necesariamente se debe concluir en el sentido de no poder acoger el pronunciamiento de instancia, esto es, considerar que la actora cesó definitivamente en la empresa por incumplir el plazo de preaviso fijado para instar su reingreso al trabajo. Ahora bien de ello no cabe inferir directamente que la negativa de la empresa a su incorporación equivalga a un despido improcedente, y ello por cuanto que la indicada negativa no se sustentaba tan solo en el incumplimiento del plazo de preaviso, sino también en la inexistencia de vacante, circunstancia esta sobre la que, sin embargo, no se recoge la más mínima especificación en el relato fáctico, absteniéndose, igualmente, el Juez «a quo», de efectuar cualquier consideración al respecto dentro de la fundamentación jurídica, limitándose a analizar una de las razones aducidas para negar el retorno tras la excedencia, limitando con ello cualquier pronunciamiento de este Tribunal sobre la segunda de las causas sustentadoras de la negativa a dicho retorno. Omisión la indicada que necesariamente debe conducir a la remisión de lo actuado al Juzgado de procedencia para que, una vez resuelta negativamente la viabilidad de la primera causa sustentadora de la negativa al reingreso de la actora a su puesto de trabajo, se entre a conocer y resolver sobre la segunda de las aducidas.

VISTOS los indicados preceptos legales y los demás de general y pertinente aplicación

### **FALLAMOS**

Que estimando en parte el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación de Dña. C..., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Albacete, de fecha 29 de julio de 2009, en Autos n.º 547/2009, sobre despido, debemos declarar la nulidad de la indicada resolución, a fin de que se proceda a dictar nueva sentencia, en la que se entre a conocer y resolver sobre la negativa de la empresa demandada al reingreso de la actora, en situación de excedencia voluntaria, en base a la inexistencia de puesto de trabajo vacante.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Albacete), haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA, que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha (Albacete), dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la Sentencia, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 219 y 228 de la Ley de Procedimiento Laboral. La consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por la parte recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la Cuenta Corriente n.º ..., que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Albacete) tiene abierta en el BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, Oficina número ..., sita en la calle Marqués de Molins, n.º ... de Albacete, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como depósito la cantidad de TRESCIENTOS EUROS (300 €), que deberá ingresar en la Cuenta número ... del BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, Sucursal de la calle Barquillo, n.º ... (clave oficina ...) de Madrid, que tiene abierta la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría de dicha Sala IV del Tribunal Supremo al tiempo de personarse en ella.

Expídanse las Certificaciones oportunas para su unión a los autos y al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.** Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe en la Sala de Audiencia de este Tribunal, el día 9-2-10. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.