

BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 14 de mayo de 2014

Sala de lo Social

Rec. n.º 2070/2013

SUMARIO:

Despido tácito. Inexistencia. *Trabajadora en excedencia voluntaria con derecho a reserva de puesto de trabajo por un año en virtud de convenio colectivo que solicita, hallándose en dicha situación, su inclusión en un ERE que no es atendida por la empresa, existiendo en esta todavía, aunque por un tiempo y residualmente, un trabajo de la categoría de aquella. Recurso de casación para la unificación de doctrina.* La presencia de la trabajadora en el puesto de trabajo pocos días antes de finalizar dicha excedencia con abandono del mismo tras un escaso periodo de tiempo y la subsiguiente advertencia empresarial de que si no se reincorporaba al término de la situación de excedencia perdería la reserva referida, determinan, en unión de las anteriores circunstancias, que no pueda considerarse que ha existido una decisión empresarial unilateral de dar por extinguida la relación laboral cuando la entidad empleadora ha tenido que contratar, al día siguiente de finalizar la excedencia, a otra persona para que realice la labor que la demandante pudo llevar a cabo. Voto Particular (Vid., STSJ de Castilla-La Mancha, de 17 de mayo de 2013, recurso n.º 255/2013 (NSJ049746), casada y anulada por esta sentencia).

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1995 (TRET), arts. 46.1 y 2 y 49.1 k).

PONENTE:

Don Miguel Ángel Luelmo Millán.

Magistrados:

Don FERNANDO SALINAS MOLINA
Don JOSE MANUEL LOPEZ GARCIA DE LA SERRANA
Doña MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA
Don MIGUEL ANGEL LUELMO MILLAN
Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Mayo de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada D^a María de la Concepción Arroyo Pérez, en nombre y representación de FUNDACIÓN DE FORMACIÓN Y EMPLEO DE CASTILLA LA MANCHA (FOREM CASTILLA LA MANCHA), contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de fecha 17 de Mayo de 2013, recaída en el recurso de suplicación n^o 255/2013 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social n^o 2 de Ciudad Real, dictada el 30 de noviembre de 2012 , en los autos de juicio n^o 77/12, iniciados en virtud de demanda presentada por D^a Casilda contra Fundación de Formación y Empleo de Castilla La Mancha, sobre Despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido D^a Casilda representada por el Letrado D. José Manuel Díaz Mora.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Miguel Angel Luelmo Millan,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 30 de noviembre de 2012, el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Ciudad Real, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que DESESTIMANDO la demanda presentada por Dña. Casilda , contra la empresa FUNDACIÓN FORMACIÓN Y EMPLEO DE CASTILLA LA MANCHA, absuelvo a la parte demandada de las pretensiones ejercitadas en su contra."

Segundo.

Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO.- La actora viene prestando servicios para la demandada, desde el día 19 de junio de 1997, en el centro de trabajo de Ciudad Real, Técnico de Orientación y salario de 67,82 euros día con prorrateo de pagas extraordinarias incluida. Es de aplicación a la relación el III Convenio Colectivo de la Empresa; SEGUNDO.- Con fecha 31 de enero de 2011, la actora presentó escrito ante la empresa por el que solicitaba, al amparo del artículo 22 del Convenio, la concesión de excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo por un año, siendo nombrada funcionaria interina en el Servicio de Empleo de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha. Dicha excedencia voluntaria fue concedida por la empresa por resolución de 1 de febrero de 2011, desde el día 7 de febrero de 2011 hasta el día 6 de febrero de 2012; TERCERO.- La empresa dirigió a la trabajadora buro-fax el día 23 de noviembre de 2011, notificándole la apertura del periodo de consultas con los trabajadores, al objeto de la extinción de varios contratos de trabajo, y comunicándole que puede ejercer su derecho a la reincorporación efectiva al puesto de trabajo. Con fecha 24 de noviembre de 2011, la actora remite a la empresa buro-fax, comunicándole su deseo de ser incluida en el ERE, al disfrutar de una excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo. Y con fecha 1 de diciembre de 2011, vuelve a remitir buro-fax, comunicando a la empresa que se reincorporará el día 1 de febrero de 2012; CUARTO.- Con fecha 2 de diciembre de 2011, la empresa interesó de la Conserjería de Empleo de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, expediente de regulación de empleo para la extinción de 36 trabajadores del servicio OPEA, y 4 del servicio de Formación. Por resolución de la Administración, de fecha 16 de diciembre de 2011, se autorizó el ERE extintivo a la empresa demandada, en base a los motivos económicos alegados por ésta. La actora Dña. Casilda , no fue incluida en el ERE extintivo por la empresa; QUINTO.- De resultas del ERE extintivo, la empresa demandada quedó sin contenido para el ejercicio 2012/2013, restando únicamente por realizar la memoria del programa anterior, al objeto de poder percibir la subvención de la Administración Autonómica. Dicha labor residual que quedaba en la empresa es realizada por los Técnicos de Orientación. Con fecha 8 de febrero de 2012, es contratado para realizar la memoria D. Felix ; SEXTO.- El día 1 de febrero de 2012, la demandante se presentó en el puesto de trabajo, abandonándolo tras un escaso periodo de tiempo, por lo que la empresa con igual fecha le remitió un buro-fax, comunicándole que si no se reincorporaba de forma efectiva antes del transcurso del año, perdería la reserva a puesto de trabajo; SÉPTIMO.- La actora no ha desempeñado cargo de representación sindical alguno; OCTAVO.- Se celebró acto de conciliación, cuyo resultado fue SIN AVENENCIA."

Tercero.

Contra la anterior sentencia, la representación letrada de D^a Casilda formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, dictó sentencia en fecha 17 de mayo de 2013 , en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación de D^a Casilda , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Ciudad Real, de fecha 30 de noviembre de 2012 , en Autos nº 77/2012, sobre despido, siendo recurrida la Entidad FUNDACIÓN DE FORMACIÓN Y EMPLEO DE CASTILLA LA MANCHA, debemos revocar la indicada resolución, estimando la demanda, declarando despido improcedente el cese de la actora, condenando a la parte demandada al abono de una indemnización cifrada en la suma de 44.252,55 €, mas los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido, coincidente con la resolución administrativa autorizando el ERE extintivo, esto es, desde el 16-12-2011, hasta la notificación de esta sentencia, a razón de 67,82 € diarios."

Cuarto.

Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, la representación letrada de FUNDACIÓN FORMACIÓN Y EMPLEO DE CASTILLA LA MANCHA, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha, en fecha 15 de enero de 2013 (rec. suplicación 908/12).

Quinto.

Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de que el recurso debe ser estimado. Se señaló para la votación y fallo el día 7 de mayo de 2014, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada. En dicho acto, la Magistrada Ponente Excm. Sra. Dña. Rosa Maria Viroles Piñol señaló que no compartía la decisión mayoritaria de la Sala y que formularía voto particular, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La sentencia de la Sala de suplicación revoca la dictada en la instancia, desestimatoria de la demanda, y declara despido improcedente el cese de la actora, condenando a la demandada al abono de la indemnización que señala más los salarios dejados de percibir desde el despido.

Conforme al relato de los hechos, la trabajadora venía prestando servicios en esa empresa con categoría de técnico de orientación, encontrándose desde el 07/02/2011 en situación de excedencia voluntaria con derecho a reserva del puesto de trabajo de un año de duración. El 23/11/2011 la empresa le remitió un burofax notificándole la apertura de un período de consultas al objeto de llevar a cabo la extinción de varios contratos de trabajo e indicándole que podía ejercer su derecho a la reincorporación efectiva en su puesto de trabajo. La trabajadora contestó el 24/11/2011, comunicando su deseo de ser incluida en el ERE y dirigiendo el 01/12/2011 nueva comunicación en el sentido de que se reincorporaría el 01/02/2012. El 02/12/2011 la empresa insta ERE extintivo que afectaría a 36 trabajadores de OPEA y 4 del servicio de Formación, siendo autorizado el 16/12/2011 y cesando todos los técnicos y administrativos de orientación, el coordinador regional de orientación y todos los coordinadores provinciales, no así la demandante, que no fue incluida por la empresa. En la memoria del ERE se establecían las razones que justificaban el mantenimiento de algunos trabajadores con jornada reducida en labores de formación, no mencionando ninguna razón que avalase el mantenimiento de algún contrato laboral en funciones de orientación, si bien restaba por realizar la memoria del programa de acciones de orientación profesional para el empleo correspondiente al periodo 2011-2012 y esa labor, que condiciona la subvención de la Administración autonómica, es realizada por los técnicos de orientación, habiendo sido contratada una persona el 8 de febrero de 2012 para llevarla a cabo tras haberse personado siete días antes la actora en la empresa abandonándola en breve período de tiempo, por lo que la demandada le remitió un burofax ese mismo día en el que indicaba que si no se reincorporaba a su puesto de trabajo antes del transcurso del año perdería la reserva del mismo.

La Sala razona que al encontrarse la demandante en situación de excedencia voluntaria de un año de duración, con reserva de puesto de trabajo en función de la normativa convencional aplicable, le asistía su legítimo derecho a ser incluida en el ERE extintivo y a percibir la correspondiente indemnización por su cese en el trabajo, y no obstante, tales derechos le fueron negados en aras a la existencia de una supuesta actividad residual consistente en la elaboración de una memoria, lo que no constituye una razón suficiente pues la empresa quedó sin contenido para el ejercicio 2012-2013, actuación que califica de despido tácito, con sus correspondientes efectos.

Segundo.

Disconforme con dicha resolución, la demandada interpone recurso de casación unificadora designando como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 15/01/2013 (rec. 908/12), que confirma la de instancia, desestimatoria de la demanda interpuesta por despido contra la misma empresa en un caso en el que también una trabajadora, que prestaba servicios como técnico de orientación, había solicitado y obtenido excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo por un año, desde el 07/02/2011 hasta el 06/02/2012 y que asimismo recibió el 23/11/2011 notificación de la empresa sobre la apertura del periodo de consultas, comunicando el 24/11/2011 su deseo de ser incluida en el ERE y también el 01/12/2011 comunicó que se reincorporaría a la empresa el 01/02/2012. Tampoco esta demandante fue incluida en el ERE extintivo y el 01/02/2012 envió un burofax justificando su ausencia ese día por motivos de asistencia médica de su hija, remitiéndole la empresa el 02/02/2012 un burofax en el que le comunicaba que si no se reincorporaba de forma efectiva antes del transcurso de un año, perdería la reserva del puesto de trabajo. La trabajadora interpuso demanda por despido al considerar que no haber sido incluida en el ERE equivalía a un despido, toda vez que no existía trabajo en la empresa. Ésta sostenía que al no haberse reincorporado dentro del año, había pasado a la situación de excedencia ordinaria sin derecho a reserva del puesto de trabajo, así como que existía trabajo de la categoría de la reclamante. La Sala razona que existía un cierto trabajo de índole adecuada a la cualificación de la recurrente, como era el de confección de la Memoria del Programa de Acciones de Orientación Profesional de Empleo y Asistencia al Autoempleo correspondiente al periodo 2011-2012, que si bien pudiera también ser hecho

por otro personal que se ha mantenido en la empresa, era adecuado a su categoría de técnico orientador, añadiendo que no consta que la actora se reincorporase al puesto de trabajo ni el día que ella misma había señalado ni con posterioridad, lo que supone que su situación pasaba a la de excedencia ordinaria, concluyendo que no puede considerarse un despido la no inclusión, en aquel momento, dentro de las personas afectadas por el ERE.

El art 219.1 de la LRJS requiere para la admisión del recurso de esta clase de casación que exista contradicción entre la sentencia que se impugna y otra/s de referencia, lo que se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, no por la diferente fundamentación jurídica de las resoluciones sometidas a comparación, de forma que es la existencia de fallos contradictorios ("se hubiere llegado a pronunciamiento distintos") y no la diversidad de ratio decidendi, el presupuesto del recurso, y como reiteradamente tiene declarado nuestra jurisprudencia, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales y cuya identidad ha de establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate se haya planteado en suplicación (entre otras, SSTS 09/05/08 -rcud 540/07 -; 14/05/08 - rcuds 2240 y 4694/06 -;28/05/ 08 -rcuds 2790/06 y 1280/07 -; 03/11/08 rcud 2791/07 -; 30/12/08 -rcud 3291/07 -; 03/03/09 -rcud 4510/07 -; 09/03/09 -rcud 2123/07 -; 19/01/10 -rcud 1155/09 -; 20/01/10 -rcud 401/09 -; 20/01/10 -rcud 809/09 -; 09/02/10 -rcud 1208/09 -; 10/02/10 -rcud 194/09 -; y 12/02/10 -rcud 113/09 -; 14/12/10 -rcud 1050/10 -; 09/06/11 -rcud 4033/10 -; 05/07/11 -rcud 2603/10 -; 26/07/11-rcud 4026/10 -; 11/07/2012 -rcud 2811/12 - y 16/12/13 -rcud 2736/2012 -).

En el presente recurso concurre el requisito en cuestión, por cuanto en ambos casos se trata de demandas interpuestas contra la misma empresa por considerar las demandantes que su falta de inclusión en el ERE equivale a un despido. En los dos, las actoras habían venido prestando servicios con categoría de técnico de orientación, encontrándose desde el 07/02/2011 en situación de excedencia voluntaria con derecho a reserva del puesto de trabajo de un año de duración. En uno y otro, las trabajadoras que recibieron el 23/11/2011 notificación de la demandada sobre apertura del período de consultas, comunicaron el 24/11/2011 su deseo de ser incluidas en el ERE y el 01/12/2011, que se reincorporarían a la empresa el 01/02/2012, y ninguna de las demandantes fue incluida en el ERE extintivo. En el caso de la sentencia recurrida, la actora se personó en la empresa el 01/02/2012 abandonándola en breve periodo de tiempo, remitiéndole con igual fecha la demandada un burofax en el que le comunicaba que si no se reincorporaba a su puesto de trabajo antes del transcurso del año, perdería la reserva del puesto de trabajo, e igualmente, en el caso de la sentencia referencial, la actora el 01/02/2012 envió por burofax justificante de su ausencia el citado día por motivos de asistencia médica de su hija, remitiendo la empresa el 02/02/2012 un burofax en los mismos términos que a la otra trabajadora.

No obstante todas esas coincidencias fácticas y la identidad de pretensiones, las sentencias comparadas llegan a soluciones distintas, acogiendo la recurrida la demanda mientras que la referencial la desestima, por lo que el requisito de contradicción, a pesar de lo que la actora sostiene en su escrito de impugnación al respecto, ha de considerarse cumplido, tal y como propone el M^o Fiscal en su informe.

Tercero.

En cuanto al fondo o núcleo de debate, la empresa recurrente formula dos motivos, ambos al amparo del art. 207 e) de la LRJS, denunciando en el primero la infracción, por indebida aplicación, de lo prevenido en el art. 46.1 ET referido a la excedencia forzosa e igualmente del art. 46.2 ET relativo a la excedencia voluntaria. Alega que la situación de la trabajadora era la de excedencia voluntaria, si bien "estaba mejorada en virtud del art. 22 del convenio colectivo, con el derecho a reserva del puesto de trabajo por periodo de un año". En un segundo y último motivo sostiene que se ha vulnerado lo prevenido en el art. 56.1 y 2, del ET en relación con el art. 49.1.k) de dicha norma por entender que se vulnera el precepto al estimar la sentencia recurrida que concurre un "despido tácito" de la trabajadora concretado en la no inclusión de la demandante en el ERE extintivo. Ambos son susceptibles de tratamiento conjunto por versar sobre aspectos complementarios de la misma cuestión litigiosa.

La actora en su escrito de impugnación se limita a instar la inadmisión del recurso por considerar, según se ha anticipado, que no existe la contradicción necesaria, no entrando, en consecuencia, a formular una oposición formal a los motivos referidos.

Por su parte, el Ministerio Fiscal informa en pro de la estimación del recurso porque aun cuando considera que la actora tenía una situación similar a la de la excedencia forzosa en cuanto a la reserva de su puesto de trabajo, discrepa en que tuviese derecho a ser incluida en el ERE "porque a diferencia de los hechos valorados en la sentencia de la Sala de 25 de octubre de 2000 en que el ERE extintivo afectaba a todos los puestos de trabajo porque la empresa iba a cerrar, en el caso actual la fundación continuaba en funcionamiento, por lo que el derecho a reingresar la actora antes de concluir el año de excedencia, en febrero del año siguiente, continuaba indemne..... no siendo hasta el momento en que deba producirse tal incorporación cuando se valore, si no se produce, si pudiera constituir despido tácito, pero por haber existido incorporación, no por estar incluida en el ERE planteado dos meses antes", concluyendo tras resumir la tesis antedicha que "la demanda de la actora por

despido fue prematura y contradictoria con sus propios actos pues comunicó a la empresa que pensaba incorporarse el 1 de febrero de 2012, es decir, sabía que la empresa continuaba desarrollando su actividad aunque de forma ralentizada, pues dependía de las subvenciones de la Junta de Castilla-La Mancha".

Sobre la base de todo ello, la Sala considera que la solución correcta al caso es la contemplada en la sentencia de contraste y la propugnada por el Ministerio Fiscal.

En efecto, el art. 22 del Convenio Colectivo de la Fundación Formación y Empleo de Castilla-La Mancha, distingue entre las excedencias forzosas, excedencias especiales por cuidado de hijos y excedencias voluntarias, y con respecto a éstas últimas establece que se podrán solicitar por un periodo no menor de cuatro meses y no mayor de cinco años, con derecho a reserva del puesto de trabajo e incorporación inmediata al mismo durante el primer año de excedencia, debiendo ser solicitada por escrito con un mes de antelación a la fecha en que finalice el periodo de excedencia.

A la trabajadora le fue reconocida una excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo durante un año (del 7/2/2011 al 6/2/2012) en virtud de lo previsto en dicho precepto, período durante el cual la excedencia concedida tenía una situación análoga a la de la excedencia forzosa, pues si bien técnicamente solicitó y le fue concedida una excedencia voluntaria, lo cierto es que la mejora operada por dicho precepto convencional expande sus efectos sobre la misma, de modo que, durante el período de un año a partir de ésta, en que la trabajadora tenía derecho a reserva del puesto de trabajo e incorporación inmediata al mismo, esta excedencia voluntaria, queda equiparada a la excedencia forzosa.

Ahora bien: la trabajadora, según lo declarado probado, "el día 1 de febrero de 2012 se presentó en el puesto de trabajo (unos días antes del término de la vigencia de dicha excedencia) abandonándolo tras un escaso período de tiempo por lo que la empresa con igual fecha le remitió un burofax comunicándole que si no se reincorporaba de forma efectiva antes del transcurso del año, perdería la reserva al puesto de trabajo" (inmodificado hecho sexto de la sentencia de instancia), constando asimismo como acreditado en el hecho precedente (quinto) que tras el ERE la empresa quedó sin contenido para el ejercicio 2012-2013 " restando únicamente por realizar la memoria del programa anterior, al objeto de poder percibir la subvención de la Administración Autonómica. Dicha labor residual que quedaba en la empresa es realizada por los Técnicos de Orientación", categoría ésta que es la que corresponde a la actora (hecho segundo), de lo que se desprende que podía quedar en plantilla un profesional de tal categoría para realizar dicha labor, y precisamente por ello, al no haber permanecido la trabajadora en la empresa tras presentarse el día 1 de febrero de 2012 en su puesto de trabajo, el cual abandonó "tras un escaso período de tiempo" (hecho sexto), sin que conste que volviese tampoco al finalizar oficialmente el período de excedencia voluntaria el 7 de febrero de 2012, es por lo que "con fecha 8 de febrero de 2012 (es decir, al día siguiente del término de esa situación), es contratado para realizar la memoria D. Felix " (último párrafo del precitado hecho quinto).

Tanto si de la relación fáctica establecida se deduce que la actora se reincorporó a su puesto el 1 de febrero de 2012 y no se limitó a "presentarse" allí para después marcharse, como si lo que hizo fue esto último pero sin efectivamente reincorporarse puesto que aun le quedaban unos días de excedencia (lo que la redacción dada al relato en este punto no aclara suficientemente), lo cierto es que la solución es la misma, puesto que en el primer caso lo habría abandonado, sin más precisiones, y en el segundo no consta que posteriormente y antes de agotar el plazo se reincorporase realmente, y en ambos casos la empresa no la habría despedido cuando le había hecho la advertencia correspondiente y cuando tenía un trabajo para ella que se correspondía con su categoría profesional y para el que finalizado dicho período de excedencia hubo de contratar a una persona.

Téngase presente que el despido constituye una decisión unilateral del empresario de dar por finalizada la relación laboral y en este caso ni consta una voluntad de dicha parte en ese sentido respecto de la demandante expresa o tácitamente manifestada ni la trabajadora se quedó sin trabajo. Desde estas premisas, no es atendible ningún razonamiento sobre la naturaleza residual del trabajo en cuestión ni sobre ningún otro extremo para justificar la declaración de despido tácito porque todo pasaba por la reincorporación de la actora y la asunción de dicha tarea, sin perjuicio de su duración o de cualquier otra circunstancia, que no influyen en el hecho de que aquella tenía algo de qué ocuparse mientras durase la tarea en cuestión y sólo cuando quedase inactiva porque la empresa también lo estuviese habría de estudiarse la situación creada, lo que no dio lugar a que aconteciera, por lo que ha de compartirse la tesis del M^o Fiscal de que, cuanto menos, la demanda de la actora por despido tácito fue prematura pero, desde luego, no medió el despido que motiva la demanda, por lo que ésta no podía acogerse, lo que supone que ha de revocarse la sentencia de suplicación que, contrariamente, así lo hace.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la FUNDACIÓN DE FORMACIÓN Y EMPLEO DE CASTILLA LA MANCHA (FOREM CASTILLA LA MANCHA), contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de fecha 17 de Mayo de 2013, recaída

en el recurso de suplicación nº 255/2013 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Ciudad Real, dictada el 30 de noviembre de 2012 , en los autos de juicio nº 77/12, iniciados en virtud de demanda presentada por D^a Casilda contra Fundación de Formación y Empleo de Castilla La Mancha, sobre Despido. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate de suplicación desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos la sentencia de instancia. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR Que formula la Magistrada Excm. Sra. Dña. Rosa Maria Viroles Piñol, de conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en relación con la sentencia de esta Sala de 14 de Mayo de 2014, dictada en el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina nº 2070/2013.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , se formula voto particular a la sentencia dictada en el recurso 2070/2013, en el que la que suscribe expresa, con total respeto, su discrepancia respecto del criterio que mantiene la postura mayoritaria de la Sala al resolver las cuestiones que se suscitan en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sosteniendo la posición que mantuvo en la deliberación.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

Primera.-

1.- Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina la sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 17 de mayo de 2013 . Dicha sentencia revoca la dictada en la instancia, desestimatoria de la demanda, y declara despido improcedente el cese de la actora, condenando a la demandada al abono de la indemnización que fija más los salarios dejados de percibir desde el despido, coincidentes con la resolución administrativa autorizando el ERE extintivo, es decir, el 16/12/2011.

La demandante venía prestando servicios para FOREN Castilla La Mancha, con categoría de técnico de orientación, encontrándose desde el 07/02/2011 en situación de excedencia voluntaria con derecho a reserva del puesto de trabajo de un año de duración. El 23/11/2011 la empresa remitió a la actora burofax notificando la apertura de un periodo de consultas al objeto de llevar a cabo la extinción de varios contratos de trabajo, indicándole que podía ejercer su derecho a la reincorporación efectiva en su puesto de trabajo. La trabajadora contestó el 24/11/2011, comunicando su deseo de ser incluida en el ERE y dirigiendo el 01/12/2011 nueva comunicación en el sentido de que se reincorporaría el 01/02/2012. El 02/12/2011 la empresa interesa ERE extintivo que afectaría a 36 trabajadores de OPEA y 4 del servicio de formación, siendo autorizado el 16/12/2011, cesando todos los técnicos y administrativos de orientación, el coordinador regional de orientación y todos los coordinadores provinciales, no así la demandante, que no fue incluida por la empresa. En la memoria del ERE se establecían las razones que justificaban el mantenimiento de algunos trabajadores con jornada reducida en labores de formación, no mencionando razón alguna que avalase el mantenimiento de contrato laboral alguno en funciones de orientación. La actora se personó en la empresa el 01/02/2012 abandonándola en breve periodo de tiempo, remitiendo la demandada un burofax en el que indicaba que si no se ha reincorporado a su puesto de trabajo antes del transcurso del año perdería la reserva del puesto de trabajo. En función del ERE extintivo, la empresa quedó sin contenido o actividad en el ejercicio 2012-2013, restando tan sólo por llevar a cabo, como actividad residual, la confección de la memoria del programa de acciones de orientación profesional para el empleo correspondiente al periodo 2011-2012.

2.- La Sala razona que al encontrarse la demandante en situación de excedencia voluntaria, de un año de duración, con reserva de puesto de trabajo, le asistía su legítimo derecho a ser incluida en el ERE extintivo y a percibir la correspondiente indemnización por su cese en el trabajo, y no obstante, tales derechos le fueron negados en aras a la existencia de una supuesta actividad residual consistente en la elaboración de una memoria, lo que no constituye una razón suficiente pues la empresa quedó sin contenido para el ejercicio 2012-2013. Actuación que califica de despido tácito, con sus correspondientes efectos.

3.- Disconforme con dicha resolución, por la demandada FOREM CLM, se interpuso Recurso de casación para la unificación de doctrina, designando como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 15/01/2013 (rec. 908/12).

No existe discrepancia por la que suscribe sobre la existencia de contradicción entre las sentencias comparadas (la recurrida y la de contraste) a los efectos previstos en el art. 219 LRJS .

Segunda.-

La discrepancia radica en la solución dada por la sentencia en su voto mayoritario entrando a conocer de los concretos motivos.

La sentencia de esta Sala en su voto mayoritario, resuelve estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Fundación de Formación y Empleo de Castilla La Mancha (FOREM CASTILLA LA MANCHA), contra la sentencia dictada por la Sala Social del TSJ Castilla La Mancha de fecha 17 de mayo de 2013 (rec. 255/2013), casando y anulando dicha sentencia y resolviendo el debate en suplicación, desestima el recurso interpuesto confirmando la sentencia de instancia que desestimó la demanda. Argumenta la Sala que, " en efecto, el art. 22 del Convenio Colectivo de la Fundación Formación y Empleo de Castilla-La Mancha , distingue entre las excedencias forzosas, excedencias especiales por cuidado de hijos y excedencias voluntarias, y con respecto a éstas últimas establece que se podrán solicitar por un periodo no menor de cuatro meses y no mayor de cinco años, con derecho a reserva del puesto de trabajo e incorporación inmediata al mismo durante el primer año de excedencia, debiendo ser solicitada por escrito con un mes de antelación a la fecha en que finalice el periodo de excedencia. A la trabajadora le fue reconocida una excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo durante un año (del 7/2/2011 al 6/2/2012) en virtud de lo previsto en dicho precepto, período durante el cual la excedencia concedida tenía una situación análoga a la de la excedencia forzosa, pues si bien técnicamente solicitó y le fue concedida una excedencia voluntaria, lo cierto es que la mejora operada por dicho precepto convencional expande sus efectos sobre la misma, de modo que, durante el período de un año a partir de ésta, en que la trabajadora tenía derecho a reserva del puesto de trabajo e incorporación inmediata al mismo, esta excedencia voluntaria, queda equiparada a la excedencia forzosa. Ahora bien: la trabajadora, según lo declarado probado, "el día 1 de febrero de 2012 se presentó en el puesto de trabajo (unos días antes del término de la vigencia de dicha excedencia) abandonándolo tras un escaso período de tiempo por lo que la empresa con igual fecha le remitió un burofax comunicándole que si no se reincorporaba de forma efectiva antes del transcurso del año, perdería la reserva al puesto de trabajo" (inmodificado hecho sexto de la sentencia de instancia), constando asimismo como acreditado en el hecho precedente (quinto) que tras el ERE la empresa quedó sin contenido para el ejercicio 2012-2013 "restando únicamente por realizar la memoria del programa anterior, al objeto de poder percibir la subvención de la Administración Autonómica. Dicha labor residual que quedaba en la empresa es realizada por los Técnicos de Orientación", categoría ésta que es la que corresponde a la actora (hecho segundo), de lo que se desprende que podía quedar en plantilla un profesional de tal categoría para realizar dicha labor, y precisamente por ello, al no haber permanecido la trabajadora en la empresa tras presentarse el día 1 de febrero de 2012 en su puesto de trabajo, el cual abandonó "tras un escaso período de tiempo" (hecho sexto), sin que conste que volviese tampoco al finalizar oficialmente el período de excedencia voluntaria el 7 de febrero de 2012, es por lo que "con fecha 8 de febrero de 2012 (es decir, al día siguiente del término de esa situación), es contratado para realizar la memoria D. Felix " (último párrafo del precitado hecho quinto).

Tanto si de la relación fáctica establecida se deduce que la actora se reincorporó a su puesto el 1 de febrero de 2012 y no se limitó a "presentarse" allí para después marcharse, como si lo que hizo fue esto último pero sin efectivamente reincorporarse puesto que aun le quedaban unos días de excedencia (lo que la redacción dada al relato en este punto no aclara suficientemente), lo cierto es que la solución es la misma, puesto que en el primer caso lo habría abandonado, sin más precisiones, y en el segundo no consta que posteriormente y antes de agotar el plazo se reincorporase realmente, y en ambos casos la empresa no la habría despedido cuando le había hecho la advertencia correspondiente y cuando tenía un trabajo para ella que se correspondía con su categoría profesional y para el que finalizado dicho período de excedencia hubo de contratar a una persona".

Sigue la sentencia señalando que: "el despido constituye una decisión unilateral del empresario de dar por finalizada la relación laboral y en este caso ni consta una voluntad de dicha parte en ese sentido respecto de la demandante expresa o tácitamente manifestada ni la trabajadora se quedó sin trabajo. Desde estas premisas, no es atendible ningún razonamiento sobre la naturaleza residual del trabajo en cuestión ni sobre ningún otro extremo para justificar la declaración de despido tácito porque todo pasaba por la reincorporación de la actora y la asunción de dicha tarea, sin perjuicio de su duración o de cualquier otra circunstancia, que no influyen en el hecho de que aquélla tenía algo de qué ocuparse mientras durase la tarea en cuestión y sólo cuando quedase inactiva porque la empresa también lo estuviese habría de estudiarse la situación creada, lo que no dio lugar a que aconteciera, (...) no medió el despido que motiva la demanda, por lo que ésta no podía acogerse, lo que supone que ha de revocarse la sentencia de suplicación que, contrariamente, así lo hace".

Tercera.-

Entiende la que suscribe, que el recurso de casación para la unificación de doctrina debió -dicho sea con los debidos respetos a la opinión mayoritaria- desestimarse, y confirmarse la sentencia recurrida que declara despido improcedente el cese de la actora, condenando a la demandada a las consecuencias legales inherentes a tal declaración. Y ello en base a los siguientes razonamientos:

1.- Al amparo del art. 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia la recurrente la infracción en la sentencia recurrida de lo prevenido en el art. 46.1 ET referido a la excedencia forzosa, por indebida aplicación, e igualmente del art. 46.2 ET referido a la excedencia voluntaria. Alega el recurrente que la situación de la trabajadora era la de excedencia voluntaria, si bien "estaba mejorada en virtud del art. 22 del convenio colectivo, con el derecho a reserva del puesto de trabajo por periodo de un año".

Se invoca asimismo la infracción en la sentencia recurrida de lo prevenido en el art. 56, apartados 1 y 2 en relación con el art. 49.1.k) del ET. Entiende la recurrente que se vulnera dicho precepto al entender la sentencia recurrida que concurre un "despido tácito" de la trabajadora, concretado en la no inclusión de la trabajadora demandante en el ERE extintivo.

Esta Sala TS/IV, con carácter general, tiene señalado (entre otras, Sentencia del pleno de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2000 (rec. 3606/1998 -) que: "[De acuerdo con esta sentencia de casación unificadora, que precisamente es también la invocada en el presente recurso de unificación de doctrina para el juicio de contradicción, los empleados en situación de "excedencia voluntaria común" no tienen en principio un derecho legal a la indemnización por cese. La tesis sostenida en esta última sentencia se puede resumir de la manera siguiente: 1) la excedencia voluntaria común regulada en el art. 46.2 y 5 del Estatuto de los Trabajadores (ET) es una situación peculiar del contrato de trabajo que se distingue netamente tanto de la excedencia forzosa, como de la suspensión del contrato de trabajo (incluida la suspensión por "mutuo acuerdo de las partes" prevista en el art. 45 a. del Estatuto de los Trabajadores), como de otras modalidades especiales de excedencia voluntaria, verbi gratia la excedencia por maternidad; 2) "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"; 3) en la excedencia voluntaria común el derecho de trabajador a reanudar la prestación de servicios es "sólo un derecho de reingreso expectante, en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes"; y 4) decisión o regla del caso: "no puede ser acogida la reclamación de indemnización de despido colectivo por cierre de centro de trabajo de los demandantes, que pasaron a la situación de excedencia voluntaria común por su exclusiva voluntad, desarrollando en tal situación otras actividades profesionales"]".

2.- No puede obviarse al resolver el presente recurso, que la cuestión a resolver, no es otra que determinar si la actora, en situación de excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo durante un año, debe o no ser incluida en el ERE extintivo de la empresa.

En el supuesto enjuiciado, es de aplicación lo dispuesto en el art. 22 del Convenio Colectivo de la Fundación Formación y Empleo de Castilla-La Mancha, que distingue entre las excedencias forzosas, excedencias especiales por cuidado de hijos y excedencias voluntarias, y con respecto a éstas establece que se podrán solicitar por un periodo no menor de cuatro meses y no mayor de cinco años, con derecho a reserva del puesto de trabajo e incorporación inmediata al mismo durante el primer año de excedencia, debiendo ser solicitada por escrito con un mes de antelación a la fecha en que finalice el periodo de excedencia.

La trabajadora, en virtud de lo previsto en dicho precepto (art. 22 del Convenio Colectivo aplicable), le fue reconocida una excedencia voluntaria con reserva de puesto de trabajo durante un año (del 7/2/2011 al 6/2/2012), periodo durante el cual la excedencia concedida tenía una situación análoga a la de la excedencia forzosa, pues si bien técnicamente solicitó y le fue concedida una excedencia voluntaria; lo cierto es que la mejora operada por dicho precepto convencional expande sus efectos sobre la misma, de modo que, durante el periodo de un año a partir de ésta, en que la trabajadora tenía derecho a reserva del puesto de trabajo e incorporación inmediata al mismo, esta excedencia voluntaria, queda equiparada a la excedencia forzosa.

Y en tal situación asimilada, en que, se constata acreditado (HP quinto) que de resultados del ERE extintivo, la empresa demandada quedó sin contenido para el ejercicio 2012/2013, "restando únicamente por realizar la memoria del programa anterior, al objeto de poder percibir la subvención de la Administración Autonómica" la trabajadora debió ser incluida en el ERE.

La doctrina tradicional de esta Sala IV es inaplicable a la excedencia voluntaria mejorada según la previsión del convenio colectivo en que la demandante tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo; distinto sería si el periodo de excedencia se prolongara más allá del periodo de reserva, en que la tendríamos que considerar referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Asimismo, es intrascendente para resolver la cuestión litigiosa que la actora atendiendo al requerimiento de la empresa se personara en la misma el día 1-2-2012 para después marcharse sin reincorporarse, pues encontrándose en situación de excedencia la empresa no podía exigirle legítimamente su reincorporación; y encontrándose dentro del primer año de excedencia, con la consecuencia y los efectos de encontrarnos ante una situación de excedencia forzosa con reserva de puesto de trabajo, la trabajadora debió ser incluida en el ERE.

Por otro lado, no puede sostenerse ni tan siquiera hipotéticamente (puesto que la empresa no podía legítimamente exigir a la actora su reincorporación) que la actora podía reincorporarse a su puesto de trabajo, pues lo cierto es que (hecho probado quinto) la empresa demandada de resultas del ERE extintivo, quedó sin contenido, restando únicamente el trabajo residual de redacción de una memoria para hacer efectivo el percibo por la empresa de una subvención de la Administración Autonómica.

La no inclusión de la actora en el ERE teniendo en cuenta las circunstancias fácticas concurrentes antes señaladas, constituye un despido que no merece otra calificación que de improcedente, por lo que la doctrina correcta se contenía en la sentencia recurrida que con desestimación del recurso, entiendo, debió confirmarse.

Es en este sentido que se formula el presente voto particular.

En Madrid, a 14 de mayo de 2014.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Miguel Angel Luelmo Millan y el voto particular que formula la Excma. Sra. Magistrada D^a Rosa Maria Viroles Piñol, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

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.