

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

Sentencia de 12 de febrero de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 322/2014

**SUMARIO:**

**Excedencia voluntaria.** Empresa que tras la solicitud de reingreso del trabajador ocupa puestos de trabajo acordes con su categoría profesional mediante la conversión de contratos de duración determinada y a tiempo parcial, en contratos indefinidos y a tiempo completo. Es cierto que la transformación de los contratos no supone el acceso de personal externo a la empresa, pero también lo es que evidencia la existencia de necesidad de mano de obra permanente y de las características del actor. Por consiguiente, se pone de relieve la existencia de puestos de trabajo que se acomodan a esa preferencia de reingreso. Frente a ello, no cabe aceptar que los trabajadores temporales y/o a tiempo parcial tengan un derecho preferente al del propio trabajador, en tanto la obligación de la empresa de reincorporarle había nacido ya en el momento en que, solicitado el reingreso, aparecen necesidades que han de cubrirse con otros trabajadores. La preferencia del demandante juega de forma decisiva ante la evidencia de la existencia de puestos de trabajo de las características del que ocupaba, de suerte que, antes de efectuar la conversión de contratos, debió de tenerse en cuenta el derecho de quien formaba parte de la plantilla de la empresa y satisfacía las características de los puestos para los que se llevaban a cabo tales contrataciones, por más que la transformación del empleo precario en empleo fijo viniera impuesta por compromisos colectivos. Se establece el derecho del actor a ser reintegrado a su puesto de trabajo y a ser indemnizado en la cantidad equivalente a los salarios que hubiere dejado de percibir desde que solicitó el reingreso.

**PRECEPTOS:**

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 46.5.

**PONENTE:**

*Doña María Lourdes Arastey Sahun.*

Magistrados:

Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Don JORDI AGUSTI JULIA

Don MANUEL RAMON ALARCON CARACUEL

Doña MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrado Sra. Lobera Mercado en nombre y representación de D. Alejandro contra la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación n.º 5924/12, interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de junio de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Madrid, en autos núm. 885/11, seguidos a instancias del ahora recurrente contra IBERIA LINEAS AEREAS SAU sobre reclamación de derechos y cantidad.

Ha comparecido en concepto de recurrido IBERIA LINEAS AEREAS SAU representado por el procurador Sr. Pinto Maraboto.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun,

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

Con fecha 4-06-2012 el Juzgado de lo Social n.º 2 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

" 1.º - El demandante vino prestando servicios por cuenta de la empresa demandada con las condiciones laborales básicas indicadas en su demanda, que a efectos de este procedimiento no han sido controvertidas, ostentando la categoría profesional de Agente de servicios auxiliares.

2.º - Mediante comunicación de 17 mayo 2001 el actor solicitó excedencia voluntaria a partir del día 1 junio 2001 (documento número 1 de la parte demandada).

3.º - Mediante comunicación de 28 mayo 2001 se participó por la empresa al actor que se le concedía la situación de excedencia voluntaria por cinco años, indicándose asimismo que antes de la terminación del plazo de la citada excedencia debería solicitar su reincorporación o prórroga, si no hubiese cubierto el periodo máximo (documento número 1 de la parte actora y 2 de la demandada).

4.º - El pase del actor a situación de excedencia voluntaria tuvo lugar con efectos del día 1 junio 2001 (documento número 2 de la parte actora).

5.º - Mediante comunicación entregada en la empresa el día 5 mayo 2006 el actor participó a la empresa su voluntad de reincorporación al puesto de trabajo (documento número 3 de la parte actora y mismo ordinal de la demandada).

6.º - Por la empresa se respondió mediante comunicación de 16 mayo 2006 en el sentido de que se tomaba nota de la petición del actor y se le procuraría complacer tan pronto como fuese posible (documento número 4 de la parte actora y mismo ordinal de la demandada).

7.º - El 3 mayo 2011 el actor presentó escrito ante la empresa indicando que había tenido conocimiento de que con posterioridad a su solicitud de reingreso se habían producido vacantes, a pesar de lo cual no se había procedido a su reingreso, por lo que reiteraba la petición de que se hiciera efectiva su reincorporación (documento número 5 de la parte actora y mismo ordinal de la demandada).

8.º - No consta que, con posterioridad a la solicitud de reincorporación del actor, se haya incorporado a la empresa personal externo (o sea, no ligado contractualmente de forma previa con la empresa) de su categoría; si bien sí se ha procedido, en relación con personal de la categoría profesional del actor, a transformar contratos de trabajadores fijos de actividad continuada a tiempo parcial, en contratos fijos de actividad continuada a tiempo completo; o a transformar de contratos fijos discontinuos en contratos fijos a tiempo completo; o a transformar contratos eventuales en contratos fijos de actividad continuada a tiempo parcial.

9.º - Damos por reproducido el historial de altas y bajas del actor en Seguridad Social que figura a folios 38 a 48.

10.º - Por el actor se intentó la conciliación previa ante el SMAC, sin efecto. La papeleta se presentó el 27 mayo 2011 (folio 7).

11.º - La demanda iniciadora de estas actuaciones se presentó el día 26 julio 2011, solicitándose en su suplico que se declare el derecho del actor a ser readmitido o reingresado de inmediato en su puesto de trabajo por existir vacantes de su categoría, así como a indemnizarle en la cantidad de 101.777,44 euros, más interés por mora."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que, desestimando la demanda formulada por D. Alejandro frente a la empresa Iberia Líneas Aéreas de España SA, absuelvo a la empresa demandada de la pretensión frente a ella deducida en el presente procedimiento."

### **Segundo.**

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Alejandro ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 15-11-2013, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Alejandro contra la sentencia de fecha 4 de junio de 2012, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Madrid, en sus autos n.º 885/11, seguidos a instancia del recurrente frente a IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA SA, en reclamación de derechos y cantidad y, confirmamos la resolución judicial recurrida. Sin costas."

### **Tercero.**

Por la representación de D. Alejandro se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 17-01-2014. Se aportan como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por las Salas de lo Social del T.S.J. de Madrid de 27 de septiembre 2010 (R- 2103/10 ), y de Valencia de 10 de octubre de 2008 (R-4015/07 ).

### **Cuarto.**

Por providencia de esta Sala de fecha 1/07/2014 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de quince días.

**Quinto.**

Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 5/02/2015, fecha en que tuvo lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

1. La sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de los de Madrid, de 4 de junio de 2012 (autos 885/2011) desestimó la demanda del trabajador en reclamación de su derecho a ser readmitido en la empresa tras el periodo de excedencia voluntaria y a ser indemnizado en la suma de 101.777,44 euros, más el 10% de intereses por mora, así como a que se le reconozca, a efectos de antigüedad, el periodo en que no fue debidamente reincorporado.

Dicho pronunciamiento es confirmado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 15 de noviembre de 2013 (rollo 5924/2012 ). Razona la Sala de suplicación que no cabe entender que haya habido creación de nuevos puestos de trabajo por el hecho de que se hayan convertido contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo, ni por la transformación de los contratos de fijos discontinuos, ni por la modificación de contratos temporales en contratos fijos a tiempo parcial; todo ello en virtud de lo previsto en la Disp. Trans. 6ª del Convenio de empresa.

2. El actor había solicitado su reincorporación el 5 de mayo de 2006, por vencer con efectos de 1 de junio siguiente el periodo de cinco años de excedencia voluntaria. La petición fue reiterada el 3 de mayo de 2011, sosteniendo el trabajador que había tenido conocimiento de que con posterioridad a su solicitud de reingreso se habían producido vacantes (hecho probado séptimo).

3. Recurre ahora en casación para unificación de doctrina el demandante inicial mediante dos motivos separados.

El primero de ellos suscita la cuestión de la preferencia del trabajador excedente a ocupar un puesto de trabajo frente a la conversión de los trabajadores temporales o a tiempo parcial en trabajadores fijos a tiempo completo.

El segundo de los motivos se refiere a la distribución de la carga de la prueba sobre la existencia de vacantes.

**Segundo.**

1. Para el primer motivo, la parte recurrente aporta como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 10 octubre 2008 (rollo 4015/2007 ).

Se trataba allí de un trabajador de la misma empresa que, tras disfrutar de un periodo de excedencia voluntaria, solicitó el reingreso y se constata que, con posterioridad a dicha solicitud, la empresa celebró al menos 214 contratos temporales a tiempo parcial para la misma categoría que ostenta el trabajador, había convertido en indefinidos a tiempo parcial un mínimo de 13 contratos temporales de la misma categoría profesional y había pasado a tiempo completo a otros 16 contratos.

La Sala de Valencia sostiene que el derecho del excedente al reingreso resultaba preferente sobre la aplicación de la normativa convencional que autoriza a cubrir las vacantes, poniendo de relieve que, precisamente, sólo la Sala de Madrid se aparta de ese criterio.

2. Concorre la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) pues, ante situaciones claramente análogas, la respuesta dada por las sentencias comparadas es diametralmente opuesta.

3. Para el segundo motivo, se aporta la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de septiembre de 2010 (rollo 2103/2010 ).

También en ella se analiza la pretensión de un trabajador de la misma empresa que solicita su reincorporación. La cuestión analizada por aquella sentencia era la relativa a la carga probatoria de la empresa.

Nada de esto se plantea en el caso de la sentencia recurrida, que no hace pronunciamiento alguno sobre la eventual falta de prueba de la existencia de vacantes. Por ello, no se da aquí la contradicción necesaria y, en consecuencia, este segundo motivo debe ser desestimado.

4. Por otra parte, dando respuesta a lo que señala el Ministerio Fiscal en su informe, entendemos que, aun con escasa brillantez, el recurso se halla lo suficientemente fundamentado para que podamos entrar a analizar los puntos que plantea.

### **Tercero.**

1. Con arreglo al art. 46. 5 del Estatuto de los Trabajadores (ET ), " el trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa ".

La cuestión que se suscita en el presente pleito es la de determinar cuál es el alcance de la preferencia del trabajador tras el periodo de excedencia. Para la sentencia recurrida, no puede entenderse que hubiera vacante sobre la que aplicar dicha preferencia. Parte la Sala de duplicación de la consideración de la vacante sólo en relación con la eventual incorporación de personal ajeno a la empresa.

Los hechos, sin embargo, evidencian que, tras producirse la solicitud de reingreso del demandante, se han ocupado puestos de trabajo acordes con su categoría profesional. Tal ocupación no se ha llevado a cabo mediante la contratación de personas hasta ese momento no vinculadas a la empresa, sino mediante la conversión de contratos de duración determinada y a tiempo parcial, en contratos indefinidos y a tiempo completo. Por consiguiente, de lo que se trata es de decidir si, frente al derecho preferente del excedente, puede oponerse la transformación del empleo temporal y parcial.

2. La jurisprudencia de esta Sala IV ha afirmado que el derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria " es un derecho potencial o expectante, condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicionado, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso" (Así lo recordábamos en las STS/4ª de 14 febrero 2006 -rcud. 4799/2004 -, 21 enero 2010 -rcud. 1500/2009-, 15 junio 2011 -rcud. 2658/2010-, 30 abril 2012 -rcud. 2228/2011-, 30 noviembre 2012 -rcud. 3232/2011-, y 15 marzo, 11 julio y 13 septiembre 2013 - rcud. 1693/2012, 2139/2012 y 2140/2012-).

Por ello hemos sostenido que, si la excedencia voluntaria no comporta para el empresario el deber de reservar al trabajador excedente el puesto de trabajo desempeñado con anterioridad, ello quiero decir que el empresario puede disponer de la plaza vacante, bien contratando a otro trabajador para el desempeño de la misma, bien reordenando los cometidos laborales que la integran, bien incluso procediendo a la amortización de la misma. En consecuencia, resulta lícito que la empresa disponga de la plaza en el correcto ejercicio de sus facultades de dirección y organización del trabajo.

Ahora bien, tal doctrina -plasmada en las sentencias antes citadas- daba respuesta a situaciones de disposición de la plaza del excedente durante el tiempo en que éste se hallaba en el disfrute de la excedencia. En tales casos, la reasignación a otros trabajadores de las tareas o cometidos laborales que integraban el puesto de trabajo del excedente ( STS/4ª de 14 febrero 2006 -rcud. 4799/2004 -), la cobertura del puesto con la contratación de dos trabajadores a tiempo parcial para realizar el trabajo ordinario del actor, la reasignación de sus otras funciones a otros puestos de trabajo ( STS/4ª 21 enero 2010 -rcud. 1500/2009 -), la promoción y redistribución de tareas (15 junio 2011 -rcud. 2658/2010 -), la amortización de los puestos del departamento ( STS/4ª 30 abril 2012 -rcud. 2228/2011 -) o la externalización de las funciones ( STS/4ª 30 noviembre 2012 -rcud. 3232/2011 -, 15 marzo, 11 julio y 13 septiembre 2013 - rcud. 1693/2012, 2139/2012 y 2140/2012 -) constituían conductas lícitas de la empresa para subvenir a la situación creada con la excedencia que no impedían el análisis de la existencia o no de vacante en el momento de la petición del reingreso del excedente.

3. La cuestión es distinta en el caso que ahora enjuiciamos pues el análisis de la situación existente en el momento en que el actor pretende el reingreso revela que, frente a la manifestación de la empresa de inexistencia de vacantes, se acredita que, siempre después de tal solicitud de reincorporación, se produce la cobertura de plazas acordes con la categoría del actor mediante otros trabajadores vinculados a la empresa a través de contratación temporal y/o a tiempo parcial.

Esa conversión de contratos tiene lugar una vez la empresa conoce la terminación del periodo de excedencia voluntaria del trabajador y su voluntad de reingresar. Por consiguiente, la preferencia del actor para ocupar una plaza vacante debía de implicar la atención a su pretensión ante las situaciones que se produjeran a partir de dicho momento.

Es cierto que la transformación de los contratos no supone el acceso de personal externo a la empresa, pero también lo es que evidencia la existencia de necesidad de mano de obra permanente y de las características del actor. Por consiguiente, se pone de relieve la existencia de puestos de trabajo que se acomodan a esa preferencia de reingreso.

Frente a ello, no cabe aceptar que los trabajadores temporales y/o a tiempo parcial tengan un derecho preferente al del propio actor, en tanto la obligación de la empresa de reincorporarle había nacido ya en el

momento en que, solicitado el reingreso, aparecen necesidades que han de cubrirse con otros trabajadores. Como hemos indicado, la situación aquí es completamente diferente de la que analizábamos en las sentencias anteriores, puesto que ya no se trata de una reorganización de los recursos humanos durante el periodo de excedencia del trabajador, sino de la que se lleva a cabo prescindiendo del derecho al reingreso.

4. La preferencia del actor juega de forma decisiva ante la evidencia de la existencia de puestos de trabajo de las características del que ocupaba el trabajador excedente, de suerte que, antes de efectuar la conversión de contratos, debió de tenerse en cuenta el derecho de quien formaba parte de la plantilla de la empresa y satisfacía las características de los puestos para los que se llevaban a cabo tales contrataciones, por más que la transformación del empleo precario en empleo fijo viniera impuesta por compromisos colectivos.

#### **Cuarto.**

1. El motivo debe ser estimado. La doctrina acertada es la que se plasma en la sentencia de contraste y, en consecuencia, la recurrida debe ser casada y anulada y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, hemos de estimar el recurso de igual clase formulado por el actor y, con estimación del mismo, revocamos la sentencia del Juzgado de instancia.

2. En consecuencia, procede la estimación de la demanda y la declaración del derecho del actor a ser reintegrado a su puesto de trabajo y a ser indemnizado en la cantidad equivalente a los salarios que hubiere dejado de percibir desde el 1 de junio de 2006 -extremo éste sobre el que no consta oposición ni en el marco del recurso de suplicación ni en esta alzada-

No obstante, no podemos acoger la pretensión del trabajador de que aplique la mora del art. 29.3 ET, en tanto se trata de un precepto aplicable exclusivamente a los salarios, en relación a la fecha de abono. Lo que aquí se fija es una indemnización por el incumplimiento empresarial. Por más que se utilice el parámetro del salario para determinar el alcance de la obligación de resarcir el daño, lo cierto es que no existía obligación de abono de salarios durante el periodo en que se produce la incumplimiento de la obligación de reingreso, y por ello no cabe afirmar la que el empresario se hallaba en mora.

3. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 235 LRJS no procede la imposición de costas.

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

#### **FALLAMOS**

Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Alejandro frente a la sentencia dictada el 15 de noviembre de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación n.º 5924/12, casamos y anulamos la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimamos el recurso de igual clase formulado por el actor y, con estimación del mismo, revocamos la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Madrid, autos núm. 885/11. En consecuencia, estimamos la demanda y declaramos del derecho del actor a ser reintegrado a su puesto de trabajo y a ser indemnizado por el importe de los salarios dejados de percibir desde el 1 de junio de 2006 hasta su efectiva reincorporación. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia, 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.

**PUBLICACIÓN-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Maria Lourdes Arastey Sahun 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.