



Roj: **STSJ AND 10468/2014** - ECLI: **ES:TSJAND:2014:10468**

Id Cendoj: **41091340012014102175**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **06/11/2014**

Nº de Recurso: **2280/2013**

Nº de Resolución: **2865/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 10468/2014,**
STS 3119/2017

Recurso.- 2280/13, sent. 2865/14

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA Y CEUTA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMOS. SRES.:

D^a. M^a ELENA DÍAZ ALONSO, Presidente

D^a. MARIA GRACIA MARTINEZ CAMARASA

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a seis de noviembre de dos mil catorce.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los lltmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 2865/14

En el recurso de suplicación interpuesto por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA), representado por el Sr. Letrado D. Alfredo Aspra Rodríguez, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla en sus autos núm. 0944/12; ha sido **Ponente el lltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado**, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, el recurrente fue demandado por D^a. Nicolasa , en demanda de despido, se celebró el juicio y el 22 de abril de dos mil trece se dictó sentencia por el referido Juzgado, estimando la pretensión, declarando improcedente el despido y condenando a la recurrente a que opte bien por la readmisión y le pague los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (inclusive) hasta la de la notificación de la sentencia (exclusive), a razón de 93,75 euros diarios o bien le pague una indemnización de 51.328,13€.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:



1º) La demandante, Nicolasa venía prestando sus servicios retribuidos para la demandada BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA) desde el 15.05.1995, ostentando la categoría de gestor de pymes, técnico nivel VI, con destino en la oficina nº 5531-Sevilla-Empresas, sita en calle Virgen de Luján de Sevilla.

2º) El 14.05.2007 la demandante solicitó por escrito (doc. nº 2 ramo demandada) la excedencia voluntaria por un período de cinco años, que le fue concedida por el banco mediante escrito de fecha 22.05.2007, en el que se expresaba que "el Banco ha accedido a su petición concediéndole una excedencia desde el 1 de julio de 2007 hasta el 30 de junio de 2012" (doc. nº 12 acompañado a la demanda y doc. nº 3 ramo demandada).

3º) A la fecha de la excedencia la demandante venía percibiendo unas retribuciones de 2.906,35 euros mensuales conforme al desglose de conceptos y cantidades que se contiene en el hecho primero de la demanda (docs. 3 a 11 bis acompañados con la demanda).

4º) Con fecha 22.06.2009 se produjo el cierre de la oficina 5531 de Banca de Empresas BEC de Sevilla, ubicada en calle Virgen de Luján nº 24 (doc. nº 12 ramo demandada).

5º) Por escrito presentado a la empresa el 20.02.2012 la demandante solicitó el reingreso (doc. nº 13 acompañado a la demanda y doc. nº 4 ramo demandada), a lo que el banco demandado contestó el 29.02.2012 que "no es posible acceder a su petición, ya que, en estos momentos, no se prevé la existencia de vacante de su categoría", añadiendo a continuación que "continúa por tanto en excedencia voluntaria hasta el 30 de junio de 2012..." (doc. nº 14 acompañado a la demanda y doc. nº 5 ramo demandada).

6º) Mediante otro escrito presentado a la empresa el 16.05.2012 la demandante solicitó de nuevo el reingreso a la vez que le informaba de su nuevo domicilio en El Campo de Gibraltar, (doc. nº 15 acompañado a la demanda y doc. nº 7 ramo demandada), a lo que el banco demandado contestó el 11.06.2012 que "...su reincorporación al Banco se producirá el próximo día 1 de julio de 2012, como Gestor Comercial en la Oficina 5060-Peñarroya (Córdoba), ó en la Oficina 1101-Baza (Granada)" (doc. nº 16 acompañado a la demanda y doc. nº 8 ramo demandada).

7º) A lo anterior contestó la demandante mediante burofax impuesto el 27.06.2012 en el que tras acusar recibo y agradecer al banco la posibilidad que se le brindaba, añadía que "...he de comunicarle que me resulta imposible poder reincorporarme a alguna de tales oficinas, y ello, debido a mi actual situación personal y familiar. No obstante, una vez solicitado mi reingreso, en tiempo y forma, y conforme se establece en el artículo 32.3 del vigente convenio colectivo de la Banca, intereso ejercitar mi derecho expectante, de tal forma, que pueda ocupar la primera vacante de mi Nivel que se produzca en la misma plaza en la que se prestaba mis servicios al quedar en situación de excedencia" (doc. nº 20 acompañado a la demanda y doc. nº 9 ramo demandada).

8º) Ante ello, el banco demandado remitió el 28.06.2012 un burofax a la demandante, que lo recibió el 03.07.2012, en el que le decía que "Su negativa a reincorporarse, supone la extinción de la relación laboral que le unía con el BBVA con efectos del 30 de junio de 2012" (doc. nº 21 acompañado a la demanda y doc. nº 10 ramo demandada).

9º) La demandante no es ni ha sido representante legal de los trabajadores durante el año anterior.

10º) Se presentó papeleta de conciliación el día 20.07.2012, que se celebró el día 20.09.2012 con el resultado de intentada sin efecto al no comparecer el banco demandado, debidamente citado a dicho acto; si bien el día 25.07.2012 había ya presentado la demanda de despido (doc. nº 4 acompañado al escrito de contestación al requerimiento de subsanación de la demanda)."

TERCERO.- El demandado recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado.

FUNDAMENTO DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia estimatoria de la pretensión de despido, declarando improcedente la decisión del BBVA de tener por resuelta la relación laboral por la negativa a reincorporarse la actora en otra localidad distinta a Sevilla -por inexistencia de vacante-, donde ocupó plaza hasta su excedencia voluntaria, se alza el demandado por el cauce del apartado c) del art 193 LRJS denunciando la infracción del art. 46.5 ET , art. 32.3 Convenio Colectivo Nacional de Banca . Argumenta que el art. 46.5 ET habla de vacantes "en la empresa" y el art. 32.3 Convenio Colectivo Nacional de Banca regula la posibilidad de "ser destinado a otra plaza en la que existiera vacante de su mismo nivel", como tercera posibilidad tras reseñar la "vacante de su nivel" o "una vacante de nivel inferior". Concluye que inexistente vacante en Sevilla se ofreció dos en distintas localidades y no aceptadas, tras solicitar el reingreso, implica la extinción de la relación laboral.



El BBVA accedió a la solicitud de reincorporación de la trabajadora ofreciéndole dos vacantes, en Peñarroya y en Baza. La trabajadora obtuvo la excedencia voluntaria en el año 2007 cuando ocupaba plaza en Sevilla. La trabajadora hoy reside en el Campo de Gibraltar.

Partiendo de que **la excedencia voluntaria** es un caso de suspensión del contrato, pero **una suspensión especial** al tener un régimen jurídico específico, en concreto referido al reingreso -como al computo de la antigüedad-. El contrato de trabajo esta vigente en la situación de excedencia, al igual que en la suspensión, y como consecuencia la negativa injustificada a la reincorporación se considera un despido, o la no solicitud en tiempo de la reincorporación supone la extinción del contrato.

Aun así la excedencia voluntaria **no es asimilable a la suspensión** dados los diversos contenidos del art. 48.1 ET y del art. 46.5 ET y ello lo decimos porque **el excedente solo conserva un derecho preferente al reingreso en vacante en la empresa**. Es decir no tiene un derecho a reserva de puesto de trabajo y es el modo en que **interpretamos la literalidad del art. 46.5 ET : el reingreso puede producirse en cualquier localidad donde la empresa tenga o cuente con una vacante de igual o similar categoría**. A tenor de la literalidad del art. 46.5 ET : ".../...derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa" es literal que **el ámbito donde puede producirse la vacante es en la empresa**, no limitándose a un concreto centro o centros de trabajo localizados en una determinada localidad.

Aunque siempre **será posible pactar en convenio colectivo que el reingreso del trabajador se produzca en la misma localidad** donde el trabajador tenía su puesto de trabajo anterior a la excedencia, situación que aquí no acaece sino **todo lo contrario conforme se infiere del art. 32.3 XXII Convenio Colectivo de Banca** (BOE de 05-05-2012) a cuyo tenor: "el excedente voluntario que reingrese ocupará la primera vacante de su Nivel que se produzca en la misma plaza en la que prestaba sus servicios al quedar en situación de excedencia. En tanto no exista dicha vacante, podrá ocupar, si así lo desea, con el sueldo de su Nivel consolidado, una vacante de Nivel inferior en la misma plaza, siempre que la Empresa acceda a ello, o ser destinado a otra plaza en la que existiera vacante de su mismo nivel" norma convencional que establece tres posibilidades.

La primera de ellas consiste en la posibilidad, si el excedente reingresa, de ocupar "la primera vacante de su Nivel que se produzca en la misma plaza en la que prestaba sus servicios al quedar en situación de excedencia."La segunda y tercera posibilidades se establecen " en tanto no exista dicha vacante".

La segunda posibilidad "En tanto no exista dicha vacante, podrá ocupar, si así lo desea, con el sueldo de su Nivel consolidado, una vacante de Nivel inferior en la misma plaza, siempre que la Empresa acceda a ello" exige la voluntad concorde de ambas partes previsión que en parte mejora la del art. 46.5 ET . Por ello, la oferta de una vacante de nivel inferior requiere de manera inexcusable la aquiescencia de ambas partes, pues en otro caso, la regulación de la excedencia en el Convenio Colectivo vulneraría lo preceptuado en normativa legal de rango superior, y por tanto devendría nula o cuanto menos anulable tal disposición conforme el principio de jerarquía normativa.

Y la tercera de las posibilidades de reincorporación preferente previstas en el artículo 32.3 del convenio. ".../... o ser destinado a otra plaza en la que existiera vacante de su mismo Nivel" que en nada mejora la previsión del art. 46.5 ET ya que contiene garantía respecto de la oferta de vacante de igual o similar categoría -mismo nivel- si bien nada se establece sobre el mismo centro o localidad, ni nada se establece sobre la voluntariedad para el trabajador, como tampoco reviste carácter opcional para la empresa que, en caso de disponer de vacantes de igual nivel en distinta plaza habría de ofertarlas obligatoriamente (a diferencia del anterior supuesto donde la Empresa ha de acceder a ello) así que la literalidad del apartado 3 del art. 32 del Convenio es clara: la finalidad de la norma colectiva, es una última alternativa a la prevista en el artículo 46.5 ET tras las dos anteriores opciones que ofrece con carácter adicional frente a la regulación estatutaria -primera vacante de su nivel en misma plaza y en tanto no exista, con acuerdo, nivel inferior misma plaza-. Nada se dispone al redactar esta última posibilidad de ofrecimiento sobre la voluntariedad de las partes, y ello toda vez que el ofrecimiento de vacante de mismo nivel en otra plaza es conforme al art. 46.5 ET y opera de forma automática siempre que no exista vacante en su misma plaza.

Luego fijado el siguiente **relato histórico**:

a) La demandante venía prestando sus servicios para la demandada ostentando la categoría de gestor de pymes, técnico nivel VI, con destino en la oficina nº 5531-Sevilla-Empresas, sita en calle Virgen de Luján de Sevilla (HP 1º) oficina que cerró en fecha 22 de junio de 2009 (HP 4).

b) Indiscutida la inexistencia de vacantes del mismo nivel en la misma plaza, Sevilla (FDº 4º) y no cuestionado el burofax remitido por la actora rechazando el ofrecimiento de vacantes por parte de BBVA, ni en el escrito de demanda.



c) Igualmente acreditado que, ante la inexistencia de vacantes en la plaza de la demandante, (entre otras, toda vez que se procedió por BBVA en 2009 al cierre de la Oficina en que prestaba servicios la actora y, en cualquier caso, resulta probada la inexistencia de tales vacantes en Sevilla), el Banco ofreció a la actora dos nuevas plazas del mismo nivel (HP 6º) y que había la identidad de la categoría de tales plazas (FDº 5º): "el ofrecimiento de puesto de igual categoría (gestor comercial o gestor de pymes resultan casi idénticas a estos efectos, y actualmente quedan englobadas dentro del mismo grupo profesional de técnicos definido en el art. 7 del vigente convenio colectivo) en plaza distinta (Peñarroya o Baza)."

d) La actora rechazó mediante burofax de 27.06.2012 en el que tras acusar recibo y agradecer al banco la posibilidad que se le brindaba, añadía que "he de comunicarle que me resulta imposible poder reincorporarme a alguna de tales oficinas, y ello, debido a mi actual situación personal y familiar" (HP 7º).

e) El domicilio de la actora (HP 6º) en el momento de la solicitud de reincorporación no era Sevilla, sino en el Campo de Gibraltar (Cádiz).

La conclusión es la de estimar el motivo del recurso pues **la no reincorporación tras ser ofrecida vacante de igual categoría -mismo nivel- el derecho expectante de la trabajadora se agota e implica la resolución del contrato por su propia voluntad.**

En fin, los términos del fallo contrarían de modo frontal el instituto de la excedencia voluntaria pues como dice la STS 18-10-1999 RJ 9102: "La solicitud de reingreso una vez concluida la causa de suspensión del contrato debe ser atendida en los términos del ordenamiento, y así lo ha hecho la empresa, ofreciendo vacantes existentes y sin que se haya alegado y menos acreditado la existencia de otras. Quiere decirse que, transcurrido el plazo por el que se concedió la excedencia, solicitado el reingreso y ofrecida la vacante adecuada a la categoría (o a una similar) del excedente, se agota el derecho de éste, por lo que el pronunciamiento condenatorio en que se condena a la empresa a readmitirle cuando se produzca una vacante en una determinada localidad carece de toda base legal e infringe el invocado artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores ." Todo ello conduce a la estimación del recurso y revocación de la Sentencia recurrida.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con **estimación del recurso** de suplicación interpuesto por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. (BBVA), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Sevilla en sus autos núm. 0944/12, en los que el recurrente fue demandado por D^a. Nicolasa , en demanda de despido, y como consecuencia **revocamos dicha sentencia absolviendo al recurrente de todas las pretensiones onbjeo de esta causa .**

Una vez firme esta sentencia, devuélvase a la recurrente el depósito constituido en la instancia y la consignación en la cuantía que corresponda.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS .

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Asimismo se advierte al recurrente no exento, que deberá acreditar ante esta Sala haber efectuado el depósito de 600€, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, abierta a favor de esta Sala, en el Banco de Santander, Oficina urbana Jardines de Murillo, en Sevilla, en la Cuenta-Expediente nº 4052-0000-35-2280-13, especificando en el documento resguardo de ingreso, campo concepto, que se trata de un "Recurso".



Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACIÓN .- Sevilla a once de noviembre de 2014.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ