



Roj: **STS 754/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:754**

Id Cendoj: **28079149912018100006**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **08/02/2018**

Nº de Recurso: **404/2016**

Nº de Resolución: **118/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **404/2016**

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Santiago Rivera Jiménez

#### **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**PLENO**

**Sentencia núm. 118/2018**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D<sup>a</sup>. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D<sup>a</sup>. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

D<sup>a</sup>. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 8 de febrero de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la letrada D.<sup>a</sup> Ana Belén Sánchez Serrano, en nombre y representación de D. Miguel , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 23 de noviembre de 2015, recaída en el recurso de suplicación núm. 627/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 15 de los de Madrid, dictada el 13 de abril de 2015 , en los autos núm. 139/2015, iniciados en virtud de demanda presentada por el ahora recurrente contra Iberia Líneas Aéreas de España Operadora, S.A. Operadora, sobre reconocimiento de derechos y reclamación de cantidad.

Ha sido parte recurrida Iberia Líneas Aéreas de España Operadora, S.A. Operadora, representada por el letrado D. Urbano Blanes Aparicio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.-** Con fecha 13 de abril de 2015, el Juzgado de lo Social nº 15 de los de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por D. Miguel , defendido por la Letrado Doña Ana Belén Sánchez Serrano, contra la mercantil IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A. OPERADORA, representada y defendida por D. Urbano Blanes Aparicio, y en consecuencia debo condenar y condeno a la demandada: Al reconocimiento del actor del derecho a ser reingresado en la empresa, en un puesto de trabajo de igual o similar categoría profesional anterior a la excedencia voluntaria, condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración. A abonar al trabajador una indemnización en la cuantía de la suma diaria correspondiente según los periodos recogidos en el fundamento jurídico sexto de esta resolución desde el 1 de enero de 2013 hasta su reingreso efectivo en la empresa: Desde el 1 de enero de 2013 al 14 de marzo de 2013, el salario diario era de 43'96 euros; Desde el 15 de marzo de 2013 al 14 de abril de 2013, el salario diario ascendía de 37'83 euros;

Desde el 15 de abril de 2013 al 3 de abril de 2014, el salario diario ascendía a 36'05; Desde el 4 de abril de 2014 en adelante. era de 37'80 euros».

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: « **PRIMERO.-** El demandante, Miguel , mayor de edad, con DNI nº NUM000 , afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, ha venido trabajando por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada, IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A. OPERADORA, con nº de nómina NUM001 , con destino en el Aeropuerto de Madrid-Barajas, en el sector de Vuelo, con la categoría profesional de Tripulante de Cabina de Pasajeros Nivel 8 y 1 trienio, y percibiendo un salario mensual conforme a convenio que en la fecha de su baja de 1.318'84 euros brutos mensuales desglosado en los siguientes conceptos: 5566'90 euros de sueldo base; 42'52 euros de antigüedad; 219'24 de complemento transitorio; 469'61 euros de plus razón de viaje; 20'57 euros de plus de asistencia (doc. nº 6 de la empresa). **SEGUNDO.-** No consta que el demandante ostente o haya ostentado cargo de representación sindical ni delegado de personal. **TERCERO.-** A la presente relación laboral resulta de aplicación el XVII convenio colectivo de Tripulantes de Cabina de Pasajeros de IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA, publicado en fecha de 8 de mayo de 2014 en el BOE en virtud de resolución de 23 de abril de 2014 (Código de convenio: 90002640011981). **CUARTO .-** El trabajador demandante solicitó de la empresa la concesión de una excedencia voluntaria por el periodo de tiempo comprendido desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2008, la cual fue concedida por escrito de la empresa de fecha 19 de diciembre de 2007 (folio 85 y documento nº 1 que acompaña con la demanda). **QUINTO .-** Mediante escrito de 08 de mayo de 2008 comunicado a la empresa el actor interesó a la parte demandada la prórroga de su excedencia voluntaria por un periodo de cuatro años, desde el 1 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2012, siendo concedido por la empresa mediante escrito de 8 de mayo de 2008 (folio 27 y documento nº2 que acompaña con la demanda). **SEXTO .-** Mediante correo electrónico remitido por el trabajador a la empleadora en fecha de 16 de septiembre interesó su reincorporación al mismo puesto de trabajo que ocupaba o en otro similar (folio 88). **SÉPTIMO .-** Por escrito de 14 de diciembre de 2012 la empleadora comunicó por escrito al trabajador la inexistencia de vacante, lo que devino imposible atender a la solicitud de reincorporación y manifestó la demandada que contactarían con el trabajador tan pronto las necesidades productivas de la Compañía así lo requieran (folio 90). **OCTAVO .-** Que por Acta de acuerdo de la Comisión Negociadora del XVI Convenio Colectivo de los Tripulantes de Cabina de Pasajeros de IBERIA, LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA S.A., de 14 de diciembre de 2010 se acordó: "*Proceder a la transformación en fijos de actividad continuada a tiempo completo el mismo número de TCP temporales que TCP causaren baja, durante el año 2011, en la modalidad de prejubilación con motivo de la aplicación del Plan de Acompañamiento Social del Expediente de Regulación de empleo NUM009 en el año 2011. (...) Adicionalmente a las anteriores, se llevarán a cabo 108 transformaciones de contratos temporales en fijos de actividad continuada a tiempo completo, antes del 31 de diciembre de 2012. (...) Adicionalmente a las transformaciones de contratos temporales en indefinidos mencionadas en el punto anterior, se procederá a la transformación de los contratos del resto de TCP que figuran en la relación de personal temporal de TCP a la fecha de la firma de este acta (...)*" (documento nº 7 de la empresa) **NOVENO .-** Que en el Acta de acuerdo del colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros, en fecha de 25 de enero de 2012, se fijó en su apartado tercero: "*Ofrecer al resto de TCP temporales, que figuran en la relación ordenada de TCP temporales de Iberia a la fecha de la firma de este acuerdo, la transformación en fijos de actividad continuada a tiempo completo según el siguiente calendario: i. Los primeros 70 TCP de este grupo transformarán sus contratos en el mes de marzo de 2013. ii. El resto de TCP temporales transformarán sus contratos en el mes de marzo de 2014. Hasta que tengan lugar las transformaciones previstas en el párrafo anterior, se garantiza a estos TCP, los siguientes de contratación temporal: AÑO 2012: A los TCP del punto I anterior se les ofrecerá un mínimo de 6 meses de contratación temporal a lo largo del año 2012. A los TCP del punto II anterior se les ofrecerá un mínimo de 4 meses de contratación temporal a lo largo del año 2012. AÑO 2013: A los TCP del punto II anterior se les ofrecerá un mínimo de 6 meses de contratación temporal a lo largo del año 2013.*" (folio 92) **DÉCIMO.-** Obra en autos y cuyo contenido se tiene por reproducido la relación de altas producidas en la Empresa desde el 1 de enero de 2013 hasta marzo de 2015. (folio 93) **UNDÉCIMO.-** Mediante sentencia de 28 de febrero de 2013, se estimó la demanda de despido de Doña Lidia contra IBERIA LÍNEAS



AÉREAS DE ESPAÑA, declarándose improcedente el despido. La demandante tenía una categoría profesional de Tripulante de Cabina de Pasajeros. (folio 43) La Sra. Lidia fue baja en la empresa en fecha de 11 de marzo de 2013. (folio 44) **DUODÉCIMO.-** Mediante sentencia de 11 de septiembre de 2014, el Juzgado de lo Social nº 41 de Madrid desestimó la demanda interpuesta por D. Blas , empleado de la demandada con la categoría de Tripulante de Cabina, confirmando el despido disciplinario de D. Blas de fecha 12 de febrero de 2014, causando baja en la empresa desde esa misma fecha (folios 45 y 46). **DÉCIMO TERCERO.-** Mediante escrito de fecha de 12 de febrero de 2014, la empleadora puso en conocimiento de D. Cosme , tripulante de cabina de pasajeros, su despido disciplinario, causando baja en la empresa en misma fecha. (folios 47 a 49). **DÉCIMO CUARTO.-** Mediante resolución del INSS se declaró en fecha de 18 de abril de 2013 la incapacidad permanente total para la profesión habitual de la trabajadora Doña Rosa , tripulante de cabina de pasajeros en vuelo, pasando a prestar servicios en Tierra por pérdida definitiva de licencia de vuelo (folios 51 a 54). **DÉCIMO QUINTO.-** Se aprecia de la documentación comunicada a los colectivos de tripulantes técnicos y tripulantes de cabina de pasajeros por la empleadora respecto de la actividad y resultados de la compañía en el cuarto trimestre de 2013 la existencia de tres despidos disciplinarios. (folio 58) Por otro lado, y respecto de la actividad y resultados de la compañía en el segundo trimestre de 2014, se aprecia de la documentación remitida por la empleadora a los colectivos de tripulantes técnicos y tripulantes de cabina de pasajeros la existencia de tres despidos disciplinarios. (folio 81) **DÉCIMO SEXTO. -** Se aprecia de la relación de bajas producidas en la empleadora desde el 1 de enero de 2013 las siguientes en tripulantes de cabina de pasajeros: Valentina , con nº de nómina NUM002 , despido disciplinario (folio 102) Blas , con nº de nómina NUM003 , despido disciplinario (folio 103) María Virtudes , con nº de nómina NUM004 , despido disciplinario (folio 110) Andrea , con nº de nómina NUM005 , despido disciplinario (folio 113) Cosme , con nº de nómina NUM006 , despido disciplinario (folio 118) Bibiana , con nº de nómina NUM007 , renuncia de contrato (folio 118) Leovigildo , con nº de nómina NUM008 , renuncia de contrato (folio 118) **DÉCIMO SÉPTIMO. -** Obra en autos el acuerdo propuesto por D. Nemesio en virtud del cual se acordaba utilizar como vía extintiva, durante el período 2013-2015, los instrumentos previstos en el ERE NUM009 . (folio 120). Obra en autos la modificación y adaptación de las actas de acuerdo del plan de acompañamiento social del colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de fechas 14 de diciembre de 2001, 11 de diciembre de 2002, 3 de diciembre de 2004, 14 de julio de 2008, 22 de junio de 2009 y 21 de diciembre de 2010, extendida por la Dirección general de trabajo con fecha de 26 de enero de 2011 a IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA, SOCIEDAD ANÓNIMA OPERADORA. Entre Las modalidades de acogerse al ERE, todas ellas de carácter voluntario, se encontraban: de bajas incentivadas; de prejubilaciones; de extinción del contrato para TCP con pérdida definitiva de licencia de vuelo; funcional TCP; de recolocación diferida; novación contrato empleo estable. (folio 121). **DÉCIMO OCTAVO. -** Mediante resolución emitida por la DIRECCIÓN GENERAL DE EMPLEO en fecha de 12 de abril de 2013 respecto del expediente de regulación de empleo NUM009 , se acordó aclarar el primer ACUERDA de la resolución de la Dirección General de Empleo de 9 de abril de 2013, continuando en vigor el expediente de regulación hasta el 31 de diciembre de 2012 (folio 122, 127 y 154). Obra en autos el acta final de acuerdo del período de consultas del despido colectivo iniciado por IBERIA en fecha de 14 de julio de 2014 afectante al colectivo de pilotos y de tierra, no resultando afectados por el mismo los TCP. (folios 148). **DÉCIMO NOVENO. -** Se ha celebrado ante el SMAC el preceptivo acto de conciliación el 9 de febrero de 2010 con un resultado de intentado SIN AVENENCIA».

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia, la representación letrada de Iberia Líneas Aéreas de España Operadora, S.A. Operadora formuló recurso de suplicación, y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia en fecha 23 de noviembre de 2015, recurso 627/2015 , en la que consta el siguiente fallo: «Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por IBERIA L.A.E., OPERADORA contra la sentencia dictada el 13 de abril de 2015 por el Juzgado de lo Social nº 15 de los de Madrid , en autos 139/2015, instados por D. Miguel contra dicha empresa. Revocamos la sentencia y con desestimación de la demanda, absolvemos a la empresa referida de todos los pedimentos deducidos en su contra. Devuélvase a la recurrente el depósito y la consignación».

**CUARTO.-** Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la letrada D.<sup>a</sup> Ana Belén Sánchez Serrano, en nombre y representación de D. Miguel , interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 16 de junio de 2014, recurso 101/2014 .

**QUINTO.-** Admitido a trámite el presente recurso, se dio 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. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de que, al deber ser estimado el segundo de los motivos en que se funda el recurso, este debe ser declarado procedente.



**SEXTO.-** Se señaló para la votación y fallo el día 14 de diciembre de 2017, acto que fue suspendido y, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, se señaló que la nueva deliberación, votación y fallo del presente recurso se hiciera en Sala de Pleno el día 17 de enero de 2018, fecha en que se llevó a efecto.

En dicho acto, la Excm. Sra. Magistrada Ponente, D.<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, 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. Sebastian Moralo Gallego.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-1.-** El Juzgado de lo Social número 15 de los de Madrid dictó sentencia el 13 de abril de 2015, autos número 139/2015, estimando parcialmente la demanda formulada por D. Miguel contra IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA SA OPERADORA sobre DERECHO y CANTIDAD, condenando a la demandada: "Al reconocimiento del actor del derecho a ser reingresado en la empresa, en un puesto de trabajo de igual o similar categoría profesional anterior a la excedencia voluntaria, condenando a la empresa a estar y pasar por dicha declaración.

A abonar al trabajador una indemnización en la cuantía de la suma diaria correspondiente según los periodos recogidos en el fundamento jurídico sexto de esta resolución desde el 1 de enero de 2013 hasta su reingreso efectivo en la empresa.

Desde el 1 de enero de 2013 al 14 de marzo de 2013, el salario diario era de 43'96 euros;

Desde el 15 de marzo de 2013 al 14 de abril de 2013, el salario diario ascendía de 37'83 euros;

Desde el 15 de abril de 2013 al 3 de abril de 2014, el salario diario ascendía a 36'05;

Desde el 4 de abril de 2014 en adelante. era de 37'80 euros».

Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor ha venido prestando servicios a la demandada, con la categoría de tripulante de cabina de pasajeros y destino en el aeropuerto Madrid-Barajas. El actor solicitó excedencia voluntaria por el periodo de 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2008, siéndole concedida. Solicitó prórroga de la excedencia por un periodo de cuatro años, desde el 1 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2012, siéndole concedido por la empresa. Mediante correo electrónico de 16 de septiembre de 2012 solicitó la reincorporación al mismo puesto de trabajo que ocupaba o a otro similar, comunicándole la empresa, mediante escrito de 14 de diciembre de 2012, la inexistencia de vacante y que contactarían con el tan pronto las necesidades productivas de la empresa así lo requirieran. Mediante resolución de la Dirección Provincial del INSS se declaró, en fecha 18 de abril de 2013, a Doña Rosa, tripulante de cabina de pasajeros en vuelo, en situación de IPT, pasando a prestar servicios en tierra. Desde el 1 de enero de 2013 se han producido siete extinciones de contratos de trabajadores con la misma categoría que el actor, cinco por despido disciplinario y dos por renuncia del propio trabajador. En el ERE NUM009 se acordó utilizar como vía extintiva los instrumentos previstos en el mismo, durante el periodo 2013-2015. Entre Las modalidades de acogerse al ERE, todas ellas de carácter voluntario, se encontraban: de bajas incentivadas; de prejubilaciones; de extinción del contrato para TCP con pérdida definitiva de licencia de vuelo; funcional TCP; de recolocación diferida; novación contrato empleo estable.

**2.-** Recurrida en suplicación por el Letrado D. Urbano Blanes Aparicio, en representación de IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA SA OPERADORA, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 23 de noviembre de 2015, recurso número 627/2015, estimando el recurso formulado, revocando la sentencia impugnada, desestimando la demanda interpuesta y absolviendo a la demandada de los pedimentos en su contra formulados.

La sentencia entendió que, si bien es cierto que se han producido vacantes en puestos de trabajo de la misma categoría que el ocupado por el actor -uno por declaración de la trabajadora en situación de IPT, cinco por despido disciplinario y dos por renuncia del propio trabajador-, dichas extinciones de contrato no imponen a la empleadora la obligación de cubrirlos, como pretende el actor. Continúa razonando que asistiría la razón al actor si después de las aludidas extinciones -o producido el traslado referido- la demandada hubiera incorporado a otro trabajador a través de nuevo contrato, al tener el excedente voluntario clara preferencia en ocuparlo, pero no si una vez producidas las extinciones, o el cambio de puesto, no hay actuación alguna tendente a cubrir alguno de los puestos de trabajo. En definitiva, no cabe confundir o identificar lo que la norma estatutaria invocada señala como "derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa" con el deber de la empresa de llamar al trabajador excedente cuando tiene lugar alguno de los supuestos referidos, si no se ha contratado a personal externo.



Continúa razonando que, en consecuencia, la manifestación de la empresa de inexistencia de vacantes, se acredita en el presente caso, pues es lícito que una vez producidas las extinciones contractuales y el traslado de una trabajadora a otro puesto, la empresa disponga de las plazas sin proceder a cubrirlas con trabajador contratado, en el correcto ejercicio de sus facultades de dirección y organización de trabajo.

En la contestación a la demanda el demandado se limitó a manifestar que no existían vacantes de la categoría del actor, lo que se demostraba mediante la existencia de un ERE que producía disminuciones motivadas del personal, lo que acarrea que no pudiera presumirse la existencia de vacantes y que las transformaciones operadas en la empresa en los años 2013 y 2014 son consecuencia de un pacto previamente alcanzado en el año 2012 y no constituyen vacantes. En ningún momento alegó que aunque hubiera habido algunos despidos ello no implicaba existencia de vacantes.

Es en el recurso de suplicación, en el motivo primero -en realidad único- en el antepenúltimo párrafo, cuando la parte alega que la existencia de algunos despidos en realidad no supone que existan vacantes ya que dichos puestos han quedado vacíos de contenido y no han sido ocupados por otros trabajadores.

**3 .-** Contra dicha se interpuso por la letrada Doña Ana Belén Sánchez Serrano, en representación de D. Miguel recurso de casación para la unificación de doctrina, aportando como sentencia contradictoria, para el primer motivo del recurso, la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 1 de diciembre de 1998, recurso 1586/1997 .

Para el segundo motivo del recurso propone, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de junio de 2014, recurso número 101/2014 .

El letrado D. Urbano Blanes Aparicio, en representación de IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA SA OPERADORA, parte recurrida, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el primer motivo ha de ser desestimado por falta de contradicción y que el segundo motivo ha de ser declarado procedente.

**4 .-** En este punto nos vemos obligados a poner de manifiesto una relevante consideración sobre el contenido de la demanda; lo resuelto en la sentencia de instancia; y lo que fue objeto del recurso de suplicación, que a su vez determina y condiciona los límites a los que debe ceñirse nuestro pronunciamiento.

Tal y como expresamente se indica en el primer párrafo del primero de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, la empresa alegó en la contestación a la demanda que la transformación habida de contratos temporales en fijos,- conforme dan cuenta los ordinales octavo y noveno de la sentencia de instancia-, no implica que hubiera puestos de trabajo sin cubrir tras haber solicitado el actor su reingreso, tratándose más bien de una novación de contratos de los trabajadores que ya estaban ocupando los mismos puestos de trabajo.

La sentencia de instancia acoge ese alegato de la empresa y desestima en este extremo lo invocado en sentido contrario en la demanda y concluye que esa pretensión del demandante no es fundada en derecho, porque las transformaciones de contratos producidas en los años 2013 y 2014 traen causa del cumplimiento del pacto firmado con la representación de los trabajadores el 25 de enero 2012, y son por lo tanto muy anteriores al 1 de enero de 2013, día siguiente a la finalización de la excedencia (31-12-2012).

El trabajador no recurre en suplicación contra la sentencia de instancia, ni suscita tampoco esta cuestión en el escrito de impugnación del recurso de la empresa, conforme a lo que establece a tal efecto el art.197.1 LRJS , siendo esta la razón por la que la sentencia recurrida no puede entrar a conocer de la misma, como viene en advertir en el primero de sus fundamentos de derecho en la forma que ya hemos dicho.

Tampoco en el recurso de casación unificadora se ha planteado por el demandante un específico motivo a tal efecto, con la adecuada invocación de una sentencia de contraste referida a esta materia.

Por esta razón, no podemos ahora pronunciarnos sobre la cuestión relativa a la incidencia que sobre el derecho preferente de reingreso del trabajador excedente pudiere tener esa actuación de la empresa, consistente en transformar en contratos a tiempo completo un total de 140 contratos de trabajo temporales en los años 2013 y 2014, en cumplimiento de la obligación asumida en aquel pacto firmado con la representación legal de los trabajadores antes de que el demandante hubiere activado su derecho al reingreso con efectos de 1 de enero de 2013.

**SEGUNDO.-1.-** Procede el examen de la sentencia de contraste, invocada para el primer motivo de recurso, para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS , que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.



**2.-** La sentencia de contraste, invocada para el primer motivo del recurso, sentencia dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo el 1 de diciembre de 1998, recurso 1586/1997, estimó el recurso de casación interpuesto por la empresa Binter Canarias SA, contra la sentencia dictada el 21 de febrero de 1997, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede Las Palmas, en proceso de conflicto colectivo instado por el Presidente de la Asociación Sindical Española de Técnicos del Mantenimiento Aeronáutico (ASETMA) y, tras casar y anular la sentencia recurrida, ordenó la retroacción de las actuaciones al momento de dictar sentencia, a fin de que por la Sala se dicte una nueva sentencia congruente con las alegaciones hechas por las partes en el proceso, sin alterar, ni modificar el objeto del mismo.

Consta en dicha sentencia que el 9 de marzo de 1995 la empresa y el Comité de Huelga acordaron "dejar pendientes los aspectos salariales correspondientes a los años 1993, 1994, 1995 y 1996 hasta la finalización del Plan de Futuro de Binter Canarias", acordando que el mismo se negociará con los Sindicatos, debiendo finalizar durante 1995. El 30 de junio de 1995 se reúnen empresa y representantes de los trabajadores y acuerdan abordar las negociaciones de un plan de futuro que deberán concluir el 31-7-95, ampliándose el plazo, que deberá concluir antes del 15 de septiembre de 1995. En los contratos de trabajo de los afectados por el conflicto se establece que al final del ejercicio se revisarán los conceptos salariales conforme al IPC. Los trabajadores no han percibido el incremento salarial de 1995, ni se ha llegado a concluir el previsto Plan de Futuro, a pesar de las diversas negociaciones, ni antes del 15 de septiembre de 1995, ni siquiera en el año 1996.

La sentencia entendió que la sentencia recurrida es incongruente ya que ha modificado el objeto del debate, introduciendo "ex officio" una causa de pedir, que no fue propuesta por la parte demandante en su demanda, ni tampoco objeto de contradicción en el juicio. Razona que el ámbito del proceso, delimitado por la propia demanda, obligaba al Juez a examinar si del pacto colectivo citado se deducía la declaración de contenido obligacional solicitada. Pero ello no ha sido así, la Sala de instancia ha introducido "ex novo" y, de oficio, una nueva causa de pedir, -ajena al acuerdo colectivo alegado por la parte demandante en su demanda-consistente, en otra fuente del derecho cual es el contrato de trabajo individual, y su pronunciamiento se ha fundamentado en esta "nueva causa" de origen judicial, privando así, a la demandada, del derecho a la contradicción. En efecto, esta alteración o modificación por el órgano judicial del tema del debate, resulta evidente con solo leer el hecho tercero probado de la sentencia recurrida.

**3.-** Entre la sentencia recurrida y la de contraste no concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS.

En efecto, en la sentencia recurrida la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al resolver el recurso de suplicación formulado por IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA SA OPERADORA, estima el motivo formulado por la parte, en el penúltimo párrafo del motivo primero, a saber, que la existencia de algunos despidos en realidad no supone que existan vacantes ya que dichos puestos han quedado vacíos de contenido y no han sido ocupados por otros trabajadores. Es cierto que esa alegación aparece por vez primera en el escrito de formalización del recurso de suplicación, pero hay que señalar que la parte recurrida en su escrito de impugnación del recurso no puso de relieve que, en su caso, se estaba planteando en el recurso una "cuestión nueva" no alegada en la instancia. La Sala, por tanto, no ha introducido esa cuestión "ex officio" al resolver el recurso de suplicación, sino que ha estimado el motivo de recurso formulado por el recurrente.

En la sentencia de contraste se decreta la nulidad de la sentencia de instancia porque se aprecia que la misma ha incurrido en incongruencia "extra petitum", al introducir la Sala de instancia una causa de pedir que no fue propuesta por la parte demandante en la demanda, ni tampoco fue objeto de contradicción en el juicio.

En definitiva, mientras en la sentencia recurrida la Sala estima el motivo propuesto por la parte en el recurso de suplicación -aunque no había sido alegado en la instancia- en la de contraste es el propio Tribunal el que introduce una causa de pedir que no había sido propuesta por el actor en su demanda.

Ante la disparidad de hechos que se constata en cada una de las sentencias enfrentadas, se ha de concluir que no concurre el requisito de la contradicción, por lo que este motivo ha de ser desestimado.

**TERCERO.-1.-** Procede el examen de la sentencia de contraste, invocada para el segundo motivo de recurso, para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS.

**2.-** La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 16 de junio de 2014, recurso número 101/2014, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por Iberia Líneas Aéreas de España SA Operadora contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 14 de los de Madrid, de fecha 15 de noviembre de 2013, en el procedimiento seguido a instancia de D. David, sobre reconocimiento de derechos.

Consta en dicha sentencia que el actor prestó servicios para la demandada, con la categoría de Agente de Servicios Auxiliares, habiendo iniciado un periodo de excedencia voluntaria el 6 de mayo de 2002, por



seis meses, hasta el 6 de noviembre de 2002. El 27 de septiembre de 2002 solicitó su reincorporación, comunicándole la empresa que no existían vacantes. En 2004 volvió a solicitar la reincorporación, comunicándole la empresa que no existían vacantes.

Volvió a prestar servicios para Iberia con una nueva y distinta relación laboral entre el 1 de octubre de 2008 y el 12 de abril de 2010, como consecuencia de que Iberia se subrogó en la relación laboral que unía al demandante con la empresa Groundforce. El 15 de abril de 2011 solicitó de nuevo su reincorporación, contestándole la empresa el 29 de abril de 2011, haciendo constar, entre otros extremos, el siguiente: « **13.** El 26 de diciembre de 2001 la Dirección General de Trabajo autorizó en el ERE NUM009 a Iberia Líneas Aéreas de España S.A. la extinción de las relaciones laborales de 2,515 trabajadores, hasta el 31 de diciembre de 2002. En virtud de sucesivas resoluciones se ha autorizado la ampliación del periodo de acogimiento y aplicación del indicado ERE hasta el 31 de diciembre de 2013, para el colectivo de tierra. Las resoluciones de ampliación obran en los autos y se dan por reproducidas en su integridad (documental). **14.** El 20 de octubre de 2005 la Dirección General de Trabajo autorizó a Iberia Líneas Aéreas de España S.A. la extinción de las relaciones laborales de hasta 1.074 trabajadores de su plantilla de personal de asistencia en tierra. Por posterior resolución se ha autorizado la ampliación hasta el 31 de diciembre de 2014 del periodo de vigencia de la autorización de extinción de relaciones laborales. Las resoluciones administrativas que así lo acordaron obran en los autos y se dan por reproducidas (documental). **15.** Entre el 1 de abril de 2010 y el 31 de mayo de 2011 se han producido en la delegación de Madrid de la demandada y en la categoría de Agente de Servicios Auxiliares las altas y bajas que aparecen en la relación que obra a los folios 242 a 263, que se da por reproducida. El 7 de julio de 2010 se produjo la transformación del contrato de la trabajadora doña Elisabeth , de la categoría de agente de servicios auxiliares, a fijo de actividad continuada a tiempo completo. Dicha trabajadora causó baja el 20 de enero de 2011 por incapacidad permanente total».

La sentencia entendió que en el inalterado, por no combatido relato de hechos probados, consta acreditado que D. David ostenta la categoría profesional de agente de servicios auxiliares (Hecho Probado Primero), y también consta que con fecha 20/01/2011 la trabajadora, D<sup>a</sup> Elisabeth , con idéntica categoría profesional a la del trabajador excedente, causó baja en la empresa por habersele reconocido una invalidez permanente en grado de incapacidad permanente total (Hecho Probado Decimoquinto), por lo que a falta de otros elementos fácticos más determinantes se concluye que existe una vacante de su categoría profesional en la mercantil IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA, S.A. OPERADORA, y por ende, se ha de reconocer al trabajador excedente su derecho al reingreso en dicha vacante.

**3.-** Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS . En efecto, en ambos supuestos se trata de trabajadores de Iberia Líneas Aéreas de España SA Operadora, que solicitan excedencia voluntaria y cuando, tras finalizar ésta solicitan el reingreso, la empresa se lo deniega manifestando que no tiene vacantes de su categoría. Queda acreditado que se han producido vacantes de la categoría de los actores, alegando la empresa que el hecho de que se hayan producido algunos despidos, o declaración de trabajadores en situación de IPT, no supone que existan vacantes ya que dichos puestos han quedado vacíos de contenido y no han sido ocupados por otros trabajadores.

La sentencia recurrida ha entendido que no cabe identificar el derecho potencial o expectante del excedente voluntario, condicionado a la existencia de vacantes con el deber de la empresa de llamar al trabajador excedente cuando tiene lugar alguno de los supuestos referidos -extinciones de contrato, declaración de IPT- si no se ha contratado a personal externo. Por el contrario, la sentencia de contraste razona que constando que una trabajadora, con la categoría del actor excedente causó baja en la empresa por IPT, a falta de otros elementos más determinantes, se ha de concluir que existe una vacante de la categoría profesional del actor.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal , procede entrar a conocer del fondo del asunto.

**CUARTO.-1.-** El recurrente alega interpretación errónea y vulneración del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo aplica e interpreta.

**2.-** Los hechos relevantes para resolver la cuestión debatida son los siguientes:

- El actor ha venido prestando servicios a la demandada, con la categoría de tripulante de cabina de pasajeros.
- Solicitó excedencia voluntaria por el periodo de 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2008, siéndole concedida, ampliada posteriormente el 31 de diciembre de 2012.
- Mediante correo electrónico de 16 de septiembre de 2012 solicitó la reincorporación al mismo puesto de trabajo que ocupaba o a otro similar, comunicándole la empresa, mediante escrito de 14 de diciembre de 2012,



la inexistencia de vacante y que contactarían con el tan pronto las necesidades productivas de la empresa así lo requirieran.

-Con posterioridad a esa fecha se ha extinguido la relación laboral de varios trabajadores que ocupaban puestos de trabajo de la misma categoría que el actor: uno por declaración de la trabajadora en situación de IPT, cinco por despido disciplinario y dos por renuncia del propio trabajador.

-La empresa ha tramitado el ERE NUM009 , existiendo acuerdos del Plan de Acompañamiento Social de los TCP de fechas 14 de diciembre de 2001, 11 de diciembre de 2002, 3 de diciembre de 2004, 14 de julio de 2008, 22 de junio de 2009 y 21 de diciembre de 2010, contemplándose las diferentes modalidades de acogerse al ERE, todas de carácter voluntario.

- La empresa inició un expediente de despido colectivo el 14 de julio de 2014, no resultando afectados por el mismo los TCP.

**3.-** La empresa alega que el hecho de que, con posterioridad a que el excedente solicitara su reincorporación, habiendo transcurrido el periodo para el que le fue concedida la excedencia, se produjeran en la empresa ocho bajas de la misma categoría que la ostentada por el trabajador no supone que la empresa tenga que reincorporarle en alguna de dichas plazas. Aduce que, en realidad, tales puestos no pueden considerarse vacantes ya que los mismos han quedado vacíos de contenido y no han sido ocupados por otros trabajadores, por lo que no existen puestos vacantes y, en consecuencia no procede el reingreso del trabajador excedente.

**QUINTO. 1.-** La resolución del asunto exige partir de que estamos ante un supuesto de excedencia voluntaria común, en sentido puro y estricto, es decir, la que tiene su origen en una decisión unilateral e interés propio del trabajador, que no en un pacto con el empresario para la suspensión del contrato de trabajo en los términos que se hubieren podido acordar al amparo del art. 45. 1º a) y b) ET .

Es muy importante reseñar que la excedencia voluntaria no es un supuesto legal de suspensión del contrato de trabajo, puesto que, a diferencia de la forzosa, no se encuentra incluida entre las causas de suspensión del art. 45 ET , sino que constituye una situación jurídica muy peculiar que queda estrictamente limitada a los términos del derecho expectante al reingreso que se le atribuye al trabajador, en tanto que: "*Mientras en la suspensión y en las excedencias forzosas o especiales concurren causas específicas y cualificadas de impedimento, incompatibilidad o dificultad de trabajar, #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#, muy digno de consideración, pero que, de acuerdo con el criterio del legislador, no justifica #conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya o del propio interés de la empresa#*" ( STS 26/10/2016, rcud.581/2015 , y todas las que en ella se citan).

Deberemos por lo tanto estar a lo que establece el art. 46. 5 ET : "*El trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa*".

En este precepto interesa destacar el énfasis que ha puesto el legislador en precisar que el excedente voluntario "*solo*" conserva un derecho "*preferente*" para reingresar en las vacantes que pudieren existir en la empresa de igual o similar categoría a la suya.

De lo que se desprende que no ha venido a reconocer un derecho automático e incondicionado al reingreso, ni tan siquiera un derecho a secas y sin otro calificativo, sino un derecho al que de forma expresa asigna el adjetivo "*preferente* ", para significar con ello que se trata de reconocer simplemente una preferencia, primacía o ventaja sobre otra persona, a la hora de ocupar cualquier vacante de igual o similar categoría que pudiere existir en la empresa.

Lo que en sí mismo presupone que el legislador está contemplado la situación en la que el empleador cubre una vacante de igual o similar categoría, y bajo ese supuesto entra en juego la regla que, tras esa decisión de la empresa, activa la preferencia reconocida al excedente para ocuparla con carácter prioritario frente a otros trabajadores.

Todas estas circunstancias son las que delimitan el marco jurídico sobre el que opera la institución, tanto durante la vigencia del periodo de excedencia, como en el momento en el que el trabajador pretende ejercitar su preferencia al solicitar el reingreso en la empresa.

**2.-** Por mencionar alguna de las más recientes, la STS 26/10/2016, (rcud.581/2015 ), citando las SSTS de 30-abril-2012 (rcud 2228/2011 ), 30-noviembre-2012 (rcud 3232/2011 ), 15-marzo-2013 (rcud 1693/2012 ), 11-julio-2013 (rcud 2139/2012 ) y 17-septiembre-2013 (rcud 2140/2012 ), recuerda la doctrina de esta Sala en la materia, con la que hemos venido a configurar el régimen jurídico de la excedencia voluntaria.





En ella decimos: "... es doctrina ya unificada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 14-febrero-2006 (rcud 4799/2004 ) y 21-enero- 2010 (rcud 1500/2009 ) que, matizando tesis anterior (22-enero-1987 y 16-marzo-1987), en síntesis, sostiene que "el derecho potencial o expectante del trabajador en excedencia voluntaria sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando su mismo puesto de trabajo, u otro similar o equivalente, se encuentre disponible en la empresa, y ello no ocurre cuando la plaza del trabajador excedente voluntario fue cubierta con una nueva contratación o cuando, como es aquí el caso , fue amortizada por reasignación de sus cometidos laborales a otros trabajadores".

... Como se detalla en la STS/IV 21-enero-2010 (rcud 1500/2009 ), con cita de la STS/IV 14-febrero-2006 (rcud 4799/2004 ), interpretando el art. 46.5 ET .....

**a)** "La jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha entendido que este derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria común es un derecho potencial o #expectante#, condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso ( s. de 18-7-1986 ). En este punto se diferencian las regulaciones legales de la excedencia voluntaria común de un lado, y de la suspensión del contrato de trabajo y las excedencias forzosas o especiales de otro, situaciones estas últimas caracterizadas por la conservación del puesto de trabajo por parte del trabajador ( STS 25-10-2000, rcud 3606/1998 )".

**b)** "El tratamiento legal diferenciado entre la excedencia voluntaria común y las restantes vicisitudes del contrato de trabajo mencionadas, encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otras situaciones. Mientras en la suspensión y en las excedencias forzosas o especiales concurren causas específicas y cualificadas de impedimento, incompatibilidad o dificultad de trabajar, #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#, muy digno de consideración, pero que, de acuerdo con el criterio del legislador, no justifica #conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya o del propio interés de la empresa# ( STS 25-10-2000 rcud 3606/1998 )".

**c)** "Esta posición de la STS 25-10-2000 , que refleja los criterios de flexibilidad laboral y adaptabilidad de la organización de trabajo acogidos en nuestro ordenamiento especialmente a partir de la Ley 11/1994, matiza declaraciones precedentes de esta Sala del Tribunal Supremo (ss. 22-1-1987 y 16-3-1987 ) sobre el alcance del derecho de reingreso del excedente voluntario y sobre la calificación como vacantes de las plazas desempeñadas antes de la excedencia...."

**d)** "Si la excedencia voluntaria común no comporta para el empresario el deber de reservar al trabajador excedente el puesto de trabajo desempeñado con anterioridad ello, quiere 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. Ello significa, desde el punto de vista del trabajador, que el derecho #expectante# del excedente voluntario común sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando el mismo puesto de trabajo u otro similar o equivalente se encuentra disponible en la empresa".

**e)** "... al no venir obligada la empresa por la ley a la reserva de la plaza, es evidente que su decisión de disponer de la vacante producida por la excedencia del actor en la forma expresada, ha de considerarse ejercicio lícito, correcto y no abusivo de sus facultades de organización y dirección del trabajo".

... Por otra parte, en la STS/IV 25-octubre-2000 (rcud 3606/1998 , Sala General) se rechazó la reclamación de indemnización de despido colectivo por cierre del centro de trabajo de los trabajadores demandantes, que habían pasado a la situación de excedencia voluntaria común por su exclusiva voluntad, desarrollando en tal situación otras actividades profesionales, argumentando, en esencia, que "No es lo mismo la pérdida de un puesto de trabajo que se está desempeñando y que constituye normalmente el medio de vida del trabajador, que el desvanecimiento del derecho expectante a ocupar una vacante en la empresa en la que se prestaron servicios, y de la que el trabajador se apartó, en el caso típico para el desempeño de otro puesto de trabajo o de otra actividad profesional".

**3.-** Como de este cuerpo doctrinal se desprende, durante el periodo de duración de la situación de excedencia voluntaria la empresa no está obligada a reservar al excedente voluntario las vacantes que pudieren producirse, sino que puede disponer de ellas y cubrirlas con nuevas contrataciones, o reasignando y distribuyendo sus cometidos laborales entre otros trabajadores, o bien incluso procediendo a la amortización de la misma, en el correcto ejercicio de sus facultades de dirección y organización del trabajo.

En la STS,12/02/2015 , rcud . 322/2014 , reiteramos que dentro de esas lícitas posibilidades de actuación, puede la empresa: reasignar 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 -), cubrir el 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 -).

Tras mencionar todos esos antecedentes, la STS 12/02/2015 , precisa a continuación, que una vez que el trabajador excedente ya ha formulado la solicitud de reingreso, no es admisible que la empresa proceda a ocupar puestos de trabajo de igual o similar categoría, no ya solo mediante la contratación de personas hasta ese momento no vinculadas a la empresa, sino tampoco mediante la conversión de contratos de duración determinada y a tiempo parcial en contratos indefinidos y a tiempo completo, porque no puede oponerse la transformación del empleo temporal y parcial frente al derecho preferente del excedente, en tanto que " 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"..... 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 ".

De esta última sentencia surgen dos consideraciones especialmente relevantes: a) que el análisis del derecho del trabajador excedente no puede prescindir del adjetivo preferente al que va indisolublemente unido, lo que exige en cada caso ponerlo en comparación con el mecanismo o procedimiento que haya podido utilizar la empresa para cubrir las vacantes con posterioridad al momento en el que se ha presentado la solicitud de reingreso, y decidir hasta qué punto debe prevalecer el mejor derecho del excedente sobre la fórmula o herramienta que haya utilizado el empresario para atender las vacantes existentes en la fecha de la solicitud; y b) que ese derecho preferente se activa porque la actuación de la empresa "...evidencia la existencia de necesidad de mano de obra permanente y de las características del actor..." , esto es, la existencia de vacantes adecuadas para el reingreso.

Y aquí es donde reside el problema en un supuesto como el de autos, en el que lo que sostiene la empresa y asume la sentencia recurrida, es que no hay vacantes porque han quedado vacíos de contenido los puestos de trabajo de quienes han extinguido su relación laboral con la empresa, y no han sido ocupados por otros trabajadores.

**SEXTO. 1-** La cuestión que subyace en asuntos como el presente, no es otra que la de determinar si realmente puede considerarse que hay vacantes en una empresa privada cuando el empleador decide no cubrir las bajas que se producen tras la extinción de uno o varios contratos de trabajo.

En la administración pública los puestos de trabajo pueden estar perfectamente cuantificados e individualmente identificados, existiendo incluso la obligación legal de cubrir las vacantes mediante los oportunos sistemas de concurso y oposición.

Pero en las empresas privadas no hay ninguna norma legal que imponga con carácter general al empresario la obligación de cubrir los puestos de trabajo que quedan vacantes, a salvo, por supuesto, de las obligaciones que en esta materia puedan establecer los convenios o pactos colectivos, o las especiales circunstancias concurrentes en casos específicos, por ejemplo, los contratos de relevo.

Al margen de esas singularidades, el derecho a la libertad de empresa que consagra el art. 38 de la Constitución , y las facultades de dirección y organización que el art. 20 ET atribuye al empresario, le habilitan para adoptar la decisión de no cubrir la vacante producida tras la extinción del contrato de trabajo.

Ninguna tacha admite este razonamiento cuando no hay trabajadores excedentes en la empresa, o en otras situaciones jurídicas con derecho al ingreso en la misma.



2. - La duda surge, si esa situación se produce tras haber solicitado el reingreso un trabajador en excedencia voluntaria con categoría profesional adecuada para cubrir el puesto de trabajo del contrato extinguido.

Pero como ya hemos dicho, el derecho al reingreso del excedente queda condicionado a la existencia de una vacante, y lo que debemos preguntarnos es si realmente existe tal vacante cuando el empresario deja sin contenido el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador cuyo contrato se extingue, y lo suprime, de tal forma que, simplemente, dejen de realizarse las funciones y tareas que venía desempeñando, o se redistribuyan entre las demás trabajadoras de la empresa.

Porque eso es sin duda lo que puntualmente ocurre en todos los casos en los que queda vacante cualquier puesto de trabajo en una empresa, pues no cabe otra, que los cometidos del trabajador que lo venía ocupando pasen a ser externalizados o asumidos por los demás trabajadores, o simplemente, que se supriman, desaparezcan y dejen ya de realizarse.

Si en esa situación la empresa decide contratar a un nuevo trabajador para asumir esas tareas, se demuestra con ello la existencia de una vacante, y ninguna duda cabe que opera la preferencia de la que es titular el excedente voluntario que ha solicitado el reingreso.

Y como dijimos en la precitada STS 12/02/2015, rcud. 322/2014, esta misma solución e igual preferencia en favor del excedente debe aplicarse, si lo que hace la empresa es transformar contratos temporales en fijos o ampliar la jornada de trabajadores a tiempo parcial para que puedan desempeñar las tareas de aquel puesto de trabajo, porque con ello se "evidencia la existencia de necesidad de mano de obra permanente y de las características del actor...", y "por más que la transformación del empleo precario en empleo fijo viniera impuesta por compromisos colectivos".

Pero si la empresa no recurre a ninguno de estos mecanismos para seguir llevando a cabo los cometidos de aquel puesto de trabajo, y lo que hace es, simplemente, suprimirlos y dejar de realizarlos, no puede entonces admitirse que exista una vacante a la que tenga derecho el excedente.

Admitir lo contrario sería tanto como imponer al empresario la obligación de seguir manteniendo aquellas tareas, funciones y actividades del puesto de trabajo que ha decidido dejar sin contenido tras la extinción del contrato del trabajador que lo venía desempeñando, lo que es contrario al derecho de dirección y organización de la actividad empresarial que le corresponde.

3. - Y esto liga con la doctrina de la Sala que hemos reproducido anteriormente, en la que hemos dicho que la empresa puede amortizar el puesto de trabajo vacante, y que los trabajadores en excedencia voluntaria no han de estar incluidos en un despido colectivo por cierre de la empresa (SSTS, 25-10-2000, rcud. 3606/1998; 26-10-2006, rcud. 4462/2005; 31-1-2008, rcud. 5049/2006), lo que nos lleva a plantear qué es lo que realmente significa, y como se articula formalmente, esa facultad reconocida al empresario privado de amortizar el puesto de trabajo vacante sin necesidad de acudir al mecanismo del despido colectivo.

Ningún requisito de carácter formal impone nuestra legislación para que la empresa proceda a la amortización de la vacante que se produzca y a cuya cobertura aspira el excedente, por lo que a salvo de lo que pudiere haberse acordado en convenios o pactos colectivos, la vacante debe entenderse amortizada si el puesto de trabajo queda vacío de contenido porque sus funciones desaparecen y dejan de prestarse, o bien incluso, cuando "fue amortizada por reasignación de sus cometidos laborales a otros trabajadores" (SSTS 14-6-2006, rcud. 4799/2004, 15-6-2011, rcud. 2658/2010, 30-4-2012, rcud. 2228/2011, 11-7-2013, rcud. 2139/2012, entre otras).

Y siendo así, el problema se traslada al territorio de la carga de la prueba, en tanto que la manifestación unilateral del empresario de negar la existencia de la vacante, - porque ha amortizado y dejado sin contenido el puesto de trabajo que desempeñaba el trabajador cuyo contrato se extingue-, no puede quedar contradicha por actuaciones que evidencian lo contrario, ya sea por la contratación de nuevos trabajadores de igual o similar categoría, o como hemos visto, por la transformación de contratos temporales y/o a tiempo parcial que pongan de manifiesto la efectiva existencia de una necesidad de mano de obra que demuestra que no se ha amortizado realmente aquella vacante a la que tendría derecho el excedente.

Retomamos en este punto lo dicho sobre la utilización del adjetivo "preferente" en la calificación del derecho que el art. 46.5 ET reconoce al excedente, porque lo que eso demuestra es que la solución jurídica que ha de ofrecerse en este tipo de situaciones pasa por enfrentar la actuación que haya podido llevar a cabo la empresa con la preferencia que el precepto atribuye al excedente, para decidir hasta qué punto debe prevalecer esta última sobre la decisión empresarial, en cuanto esa actuación de la empresa haya evidenciado que efectivamente existe una plaza vacante a la que el excedente tiene derecho a acceder.



En el bien entendido, como ya dijimos anteriormente, que no es objeto de este recurso, y no podemos pronunciarnos, sobre la cuestión jurídica derivada de la obligación asumida por la empresa demandada en el caso de autos, de transformar contratos de trabajo a tiempo parcial en tiempo completo en la misma categoría profesional, y que trae causa de aquel acuerdo firmado el 25 de enero de 2012 antes de la fecha en la que el trabajador solicita el reingreso el 1 de enero de 2013.

4.- Aplicando estos razonamientos y contra lo que sostiene el recurrente, de los hechos probados únicamente se desprende que se han extinguido las relaciones laborales de varios trabajadores de su misma categoría profesional con posterioridad a la solicitud de reingreso, pero en la medida en que la empresa ha dejado sin contenido esos puestos de trabajo al no haber activado ningún mecanismo para su cobertura, no cabe considerar que exista vacante a la que en el momento actual tenga derecho el demandante, y sin perjuicio de que pueda presentarse esa situación en el futuro mientras no haya prescrito la acción de reingreso de la que sigue titular.

**SÉPTIMO**.- Conforme a todo lo antedicho, y oído el Ministerio Fiscal, el recurso ha de ser desestimado. Sin costas.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º) Desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Miguel , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 23 de noviembre de 2015, recaída en el recurso de suplicación núm. 627/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 15 de los de Madrid, dictada el 13 de abril de 2015 , en los autos de juicio núm. 139/2015, iniciados en virtud de demanda presentada por el recurrente, contra Iberia Líneas Aéreas de España Operadora, S.A. Operadora, sobre reconocimiento de derechos y reclamación de cantidad.

2º) Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez Dª Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez Dª Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana Dª Rosa María Virolés Piñol

Dª Maria Lourdes Arastey Sahun D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

## Voto particular

que formula la Magistrada Excm. Sra. Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga en la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina **404/2016**, al que se adhiere la Magistrada Excm. Sra. Doña Rosa María Virolés Piñol.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación para la unificación de doctrina **404/2016**.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

**PRIMERO.- 1.-** Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, que se recoge en la sentencia, discrepo del fallo de la misma, circunscribiéndose mi discrepancia a lo resuelto en relación con el segundo motivo del recurso que, de haberse resuelto como se postula en este voto particular, hubiera alterado el sentido del fallo, mostrando, por lo demás, mi conformidad con la resolución del primer motivo del recurso.

Mi discrepancia se fundamenta en los razonamientos que a continuación se exponrán.

**SEGUNDO.-1.-** El recurrente alega interpretación errónea y vulneración del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo aplica e interpreta.

**2.-** Los hechos relevantes para resolver la cuestión debatida son los siguientes:



- El actor ha venido prestando servicios a la demandada, con la categoría de tripulante de cabina de pasajeros.
- Solicitó excedencia voluntaria por el periodo de 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2008, siéndole concedida, ampliada posteriormente el 31 de diciembre de 2012.
- Mediante correo electrónico de 16 de septiembre de 2012 solicitó la reincorporación al mismo puesto de trabajo que ocupaba o a otro similar, comunicándole la empresa, mediante escrito de 14 de diciembre de 2012, la inexistencia de vacante y que contactarían con el tan pronto las necesidades productivas de la empresa así lo requirieran.
- Se han producido ocho extinciones en puestos de trabajo de la misma categoría que el ocupado por el actor -TCP- : uno por declaración de la trabajadora en situación de IPT, cinco por despido disciplinario y dos por renuncia del propio trabajador. Dichos puestos de trabajo no han sido cubiertos por ningún trabajador
- La empresa ha tramitado el ERE NUM009 , existiendo acuerdos del Plan de Acompañamiento Social de los TCP de fechas 14 de diciembre de 2001, 11 de diciembre de 2002, 3 de diciembre de 2004, 14 de julio de 2008, 22 de junio de 2009 y 21 de diciembre de 2010, contemplándose las diferentes modalidades de acogerse al ERE, todas de carácter voluntario.
- La empresa inició un expediente de despido colectivo el 14 de julio de 2014, no resultando afectados por el mismo los TCP.
- El actor presentó demanda sobre reconocimiento de derechos y reclamación de cantidad el 30 de enero de 2015.

**TERCERO.-1.-** Procede determinar, en primer lugar, si las ocho extinciones de contratos que se han producido en la empresa, en la categoría de TCP, supone que existan puestos de trabajo vacantes.

La empresa alega que el hecho de que, con posterioridad a que el excedente solicitara su reincorporación, habiendo transcurrido el periodo para el que le fue concedida la excedencia, se produjeran en la empresa ocho extinciones de contratos de la misma categoría que la ostentada por el trabajador no supone que la empresa tenga que reincorporarle en alguna de dichas plazas. Aduce que, en realidad, tales puestos no pueden considerarse vacantes ya que los mismos han quedado vacíos de contenido y no han sido ocupados por otros trabajadores.

La sentencia mayoritaria sostiene que no existe tal vacante ya que la empresa ha suprimido el puesto de trabajo (FD ° sexto.2, párrafo segundo y sexto), lo ha amortizado y dejado sin contenido (FD ° sexto.3, párrafo segundo y tercero) sin que sea exigible ningún requisito formal para proceder a la amortización de la vacante que se ha producido..

**2.-** En primer lugar no puede considerarse que el puesto haya sido suprimido, en contra de lo que razona la sentencia mayoritaria, ya que la empresa demandada expresamente admite que el hecho de que, con posterioridad a que el excedente solicitara su reincorporación, se produjeran en la empresa ocho extinciones de contratos de la misma categoría que la ostentada por el trabajador no supone que la empresa tenga que reincorporarle en alguna de dichas plaza pues, en realidad, tales puestos no pueden considerarse vacantes ya que los mismos han quedado vacíos de contenido y no hay actuación alguna tendente a cubrir esos puestos de trabajo. En ningún momento alega que el puesto se haya suprimido. En la sentencia de instancia consta que no ha quedado acreditado que tales plazas hayan sido amortizadas -FD 5°, apartado c), con indudable valor de hecho probado-

Si, no obstante, entendiéramos que la empresa ha amortizado dichos puestos hay que señalar que no puede hacerlo de forma unilateral, sin requisito ni procedimiento alguno, tal y como admite la sentencia de la Sala -FD ° sexto.3, párrafo segundo- sino que ha de respetar las previsiones contenidas en el Convenio Colectivo de aplicación.

El XVI Convenio Colectivo entre Iberia LAE y sus tripulantes de cabina de pasajeros -BOE 11 de enero de 2011-, aplicable por razones cronológicas, establece en su artículo 18 :

«Ordenación del personal.

Los TCP están integrados en una sola relación ordenada o escalafón.

El orden de inclusión en la mencionada relación vendrá dado por la antigüedad en vuelo y teniéndose en cuenta las especificaciones del Capítulo II de las Partes Segunda y Tercera del Convenio.

En la relación constarán, además del número de orden, el año de nacimiento, la antigüedad en vuelo, la antigüedad administrativa, el nivel y la fecha del último nivel alcanzado, la antigüedad en la función, la marca y/o producto a la que están adscritos y cualquier otro dato que pueda ser considerado de interés.



La Dirección de la Compañía confeccionará al 31 de diciembre de cada año, la ordenación del Personal a que se refiere este Artículo, que será publicada antes de 31 de marzo del año siguiente.»

Por su parte, el apartado B) del Anexo 8 del citado Convenio dispone:

«Funciones del Comité de empresa.

El Comité de Empresa, sin perjuicio de las condiciones establecidas en la legislación general, tendrá las siguientes competencias:

3. Emitir informe no vinculante, previo a la ejecución por parte de la Dirección de las decisiones adoptadas por esta sobre las materias siguientes:

a) Reestructuraciones de plantilla, ceses totales o parciales, definitivos o temporales de aquella».

Es decir, que en la empresa existe un escalafón, en el que figuran todos los TCP, por orden de antigüedad en vuelo y otras circunstancias, escalafón que ha de confeccionarse el 31 de diciembre de cada año y publicarse antes del 31 de marzo del año siguiente. Si se produce alguna decisión de la empresa que suponga reestructuraciones de plantilla o ceses definitivos o temporales de aquella, ha de ser comunicada al Comité de Empresa para que emita informe no vinculante previo a dicha decisión.

En el supuesto examinado, si la empresa ha decidido suprimir las ocho plazas de TCP en las que se produjeron las extinciones de contratos de los trabajadores que las venían desempeñando, por las circunstancias anteriormente consignadas, debió interesar previamente el pertinente informe al Comité de empresa y acordar, posteriormente, la confección del escalafón y posterior publicación -con la nueva relación ordenada de TCP- en las fechas convencionalmente fijadas, todo ello con posterioridad a que se produjeran las vacantes y mientras el trabajador se encontraba en situación de excedencia, en virtud de lo establecido en el artículo 18 y apartado B) del Anexo 8 del precitado Convenio.

Esa misma conducta debió seguir la empresa si se limitó a dejar vacías de contenido las plazas ya que tal decisión supone una reestructuración temporal de plantilla -no se suprimen de momento las plazas, pero no se cubren, manteniéndose la posibilidad de cubrirlas cuando la empresa unilateralmente lo decida, sin oír al Comité de Empresa, ni consignar los cambios en el escalafón-.

Nada se ha alegado ni probado por la empresa tendente a acreditar que ha cumplido las previsiones del Convenio Colectivo en cuanto a la reestructuración de plantilla.

En consecuencia, las ocho extinciones de contratos de TCP que se han producido en IBERIA LAE no han supuesto la supresión ni la amortización de dichas plazas, ya que la empresa no ha seguido el procedimiento establecido en el Convenio Colectivo para la amortización, supresión o reestructuración temporal o definitiva de plantilla.

**3.-** Se plantea si, aun no habiéndose procedido a la extinción o amortización de las plazas, la empresa ha procedido a realizar alguna actuación en relación con dichas plazas.

A este respecto hay que señalar que, tal y como ha venido manifestando la jurisprudencia de la Sala Cuarta, el empresario, ante un puesto que queda vacante en la empresa puede, haciendo uso del poder de dirección reconocido en el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores, redistribuir las tareas entre otros trabajadores de la empresa, contratar a otros trabajadores para que realicen dichas funciones, externalizar las funciones o amortizar el puesto de trabajo, actuaciones lícitas que puede llevar a cabo la empresa mientras el trabajador se encuentre en excedencia.

La jurisprudencia se ha pronunciado en los siguientes supuestos, referidos a actuaciones llevadas a cabo mientras el trabajador se encontraba en situación de 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".

En el asunto examinado no se ha alegado por la empresa ni, por ende, se ha probado, que se haya procedido a la reasignación a otros trabajadores de las tareas desempeñadas por los ocho trabajadores cuyos contratos



se extinguieron, a la contratación de trabajadores a tiempo parcial, a la redistribución de tareas...habiendo aducido la empresa simplemente que los puestos han quedado vacíos de contenido y no han sido ocupados por otros trabajadores.

**4.-** No habiéndose producido - mientras el trabajador se encontraba en situación de excedencia- la extinción ni la amortización de las citadas ocho plazas -sea de forma provisional o definitiva- siguiendo el procedimiento convencionalmente establecido, ni habiéndose procedido a la reasignación a otros trabajadores de las tareas desempeñadas por los ocho trabajadores cuyos contratos se extinguieron, a la contratación de trabajadores a tiempo parcial, a la redistribución de tareas...forzoso es concluir que dichas plazas se encontraban vacantes.

**CUARTO.-1.-** Sentada la premisa anterior, procede examinar si, existentes ocho puestos vacantes de la misma categoría que la ostentada por el recurrente, tiene derecho a ocupar una de dichas plazas.

La empresa aduce que el excedente tiene preferencia para ocupar la plaza vacante pero no tiene derecho a ocuparla si, una vez producidas las extinciones o el cambio de puesto de trabajo, no hay actuación alguna de la empresa tendente a cubrir esos puestos de trabajo

La sentencia mayoritaria razona que el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores «no ha venido a reconocer un derecho automático e incondicionado al reingreso, ni tan siquiera un derecho a secas y sin otros calificativo, sino un derecho al que de forma expresa asigna el adjetivo "preferente", para significar con ello que se trata de reconocer simplemente una preferencia, primacía o ventaja sobre otra persona, a la hora de ocupar cualquier vacante de igual o similar categoría que pudiese existir en la empresa».

**2.-** A tenor del artículo 3 del Código Civil las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

El precepto, de no muy feliz redacción, no puede ser interpretado en la forma que lo efectúa la empresa y la sentencia mayoritaria.

En efecto, la interpretación literal del precepto conduciría a la conclusión de que el excedente voluntario únicamente tendría derecho a reingresar en un puesto vacante de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera en la empresa, si dicho puesto fuera reclamado por otro trabajador, ya que solo así podría ejercitar su preferencia pues, la preferencia solo se puede ejercitar sobre otra persona que solicita el mismo puesto de trabajo. Esta interpretación conduce a un resultado no querido por la norma ya que supone constreñir el derecho del excedente voluntario al reingreso, limitándolos a los supuestos en los que concurra otro aspirante a la plaza pues, sólo así, se puede ejercitar la preferencia.

Esta interpretación es contraria al espíritu y finalidad de la norma que va encaminada, como resulta de la regulación contenida en el, Estatuto de los Trabajadores, al mantenimiento de la relación laboral, propiciando que el trabajador que solicita la excedencia no pierda su trabajo, sino que mantenga la posibilidad de reingreso en el mismo cuando se produzca una vacante de igual o similar categoría, sin que tal derecho al reingreso resulte condicionado por la aparición de otro trabajador que solicita la misma plaza.

El contexto en el que se encuentra ubicada la norma, el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores que regula, además de la excedencia voluntaria, otros supuestos que, si bien obedecen a la voluntad del trabajador - excedencia por cuidado de hijo, cuidado de familiar y ejercicio de funciones sindicales de ámbito provincial o superior- presentan determinadas peculiaridades, dada la razón a la que obedece el derecho a la excedencia, que los distinguen de la excedencia voluntaria. En efecto, el periodo de excedencia es computable a efectos de antigüedad y durante el mismo el trabajador conserva el derecho a la reserva de su puesto de trabajo -durante toda la excedencia en el supuesto de excedencia por ejercicio de funciones sindicales y durante el primer año en los otros supuestos, a los que se reconoce el derecho a reserva de un puesto de trabajo de la misma categoría los restantes años - lo que los distingue del derecho que la norma reconoce al excedente voluntario.

Precisamente porque el derecho al reingreso que se reconoce a este último es menor, podríamos decir "de menor intensidad" que el que se reconoce a los otros tres supuestos de excedencia que aparecen regulados en el mismo precepto, es por lo que el apartado 5 de la norma reguladora -artículo 45 ET - utiliza el vocablo "solo" tratando de poner de relieve que el derecho que reconoce se limita al reingreso en vacante de igual o similar categoría que hubiera o se produjera en la empresa, a diferencia de los derechos que se reconocen a los otros supuestos de excedencia.

A la misma razón obedece la utilización de la expresión "derecho preferente al reingreso", ya que la expresión "preferente" no se refiere a que dicha preferencia haya de ser ejercitada frente a otros aspirantes a la plaza, sino a que se le reconoce un derecho incondicionado al reingreso, naturalmente siempre que exista plaza de igual o similar categoría que la suya.



3- Por lo tanto es irrelevante que la empresa no haya procedido a adjudicar la plaza a otro trabajador ya que lo trascendente es que existían ocho plazas vacantes y ninguna ha sido adjudicada al excedente voluntario, tras su solicitud de reingreso al finalizar el periodo de excedencia.

**QUINTO.- 1.-** Ha quedado acreditado -hechos probados décimo cuarto y décimo sexto de la sentencia de instancia, no combatidos en suplicación- que existen ocho puestos vacantes de la categoría del actor, lo que supone que, en aplicación de lo establecido en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, el ahora recurrente tiene derecho al reingreso en alguna de las citadas vacantes.

Las razones que avalan tal conclusión son las siguientes:

Primero: La interpretación literal del artículo 46.5 del ET: "El trabajador excedente conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa".

El derecho que se reconoce al trabajador es incondicionado, si hay vacantes de igual o similar categoría tiene derecho preferente al reingreso, sin que dicho derecho aparezca condicionado por la voluntad de la empresa de cubrir o no la vacante.

Segundo: La interpretación teleológica del precepto, ya que la regulación de la excedencia tiene por finalidad la pervivencia del contrato de trabajo, permitiendo que, en determinadas circunstancias, pueda interrumpirse la prestación de servicios, con la finalidad de reanudar la relación laboral finalizado el periodo de excedencia.

Tercero: El contexto en el que se enmarca, que es la sección tercera del Capítulo III, del Título I, epígrafe "suspensión del contrato" y, dentro del mismo el artículo 46 que regula las excedencias, supone que las diversas clases de excedencia que contempla tienen prevista la posibilidad de reingreso del excedente a la empresa, siendo mayor la facilidad otorgada por el ordenamiento a los supuestos de excedencia forzosa -derecho a la conservación del puesto- y excedencia por cuidado de hijos o familiares -derecho a la reserva del puesto de trabajo el primer año, derecho a la reserva de un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente los restantes años- que a los restantes supuestos de excedencia.

Cuarto: Si se aceptase que la empresa pudiera no asignar al excedente el puesto vacante existente, se vaciaría de contenido el derecho a la excedencia voluntaria, ya que el derecho al reingreso devendría un derecho meramente formal, que quedaría insatisfecho por la sola voluntad de la empresa, que podría decidir, sin justificación ni motivación alguna, la no cobertura de la plaza vacante por el excedente voluntario, únicamente con limitarse a manifestar que no había cubierto la plaza con la contratación de otro trabajador, sin exigencia de, en el caso de que la plaza no fuera necesaria -mientras el trabajador se encontraba en situación de excedencia- tener que proceder a la amortización o extinción de la misma o al reparto o redistribución de tareas entre otros trabajadores de la empresa.

Quinto: De seguirse la tesis anteriormente expuesta quedaría al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento del contrato, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil.

Sexto: La excedencia voluntaria no comporta para el empresario el deber de reservar al trabajador excedente el puesto de trabajo desempeñado con anterioridad, por lo que 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, mientras el trabajador se encuentra en situación de excedencia. Sin embargo, cuando solicita el reingreso, si existe plaza vacante de igual o similar categoría a la suya, ha de concedérsele el reingreso.

Séptimo: La sentencia de esta Sala de 12 de febrero de 2015, recurso 322/2014, se ha pronunciado sobre la excedencia voluntaria y el poder de dirección de la empresa, conteniendo el siguiente razonamiento:

«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».

**2.-** Por todo lo razonado el recurrente tiene derecho al reingreso en una de las vacantes que se han producido en la empresa.

**SEXTO.-** La anterior conclusión no se opone a lo resuelto en las sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 2000, recurso 3606/1998 y 26 de octubre de 2006, recurso 4463/2/2005 , ya que en las mismas se examinó si tenía derecho a percibir indemnización por despido un trabajador de la empresa, en la que se había seguido un ERE, que extinguió la totalidad de los contratos de trabajo, razonándose en la última de las sentencias citadas, reiterando lo dicho en la otra sentencia mencionada: «la finalidad de la indemnización del despido prevista en el art. 51.8 del ET es la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador. Este daño se produce cuando el trabajador está prestando servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo, pero no existe o por lo menos no es comparable al anterior, cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso "expectante", en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes.»

El asunto examinado en las citadas sentencias es diferente del planteado en el actual recurso en el que lo que se solicita es el reingreso en la empresa.

**SÉPTIMO.-** Por todo lo razonado, entiendo que la sentencia debió estimar en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Letrada Doña Ana Belén Sánchez Serrano, en representación de D. Miguel , frente a la sentencia dictada el 23 de noviembre de 2015 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación número 627/2015 , interpuesto por el Letrado D. Urbano Blanes Aparicio, en representación de IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA SA OPERADORA, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 15 de Madrid el 13 de abril de 2015 , en los autos número 139/2015, seguidos a instancia de D. Miguel contra IBERIA LÍNEAS AÉREAS DE ESPAÑA SA OPERADORA sobre DERECHO y CANTIDAD, en el extremo concreto relativo al derecho de D. Miguel al reingreso en la empresa, estimando la demanda formulada en cuanto a la pretensión relativa al derecho de D. Miguel al reingreso en la empresa en un puesto de trabajo de igual o similar categoría al que ostentaba con anterioridad a la excedencia, desestimando los restantes pedimentos contenidos en la demanda.

Madrid, 8 de febrero de 2018

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastian Moralo Gallego, así como el voto particular que formula la Excmo. Sra. Magistrada D.ª Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, al que se adhiere la Excmo. Sra. D.ª Rosa María Virolés Piñol, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrada de la Administración de Justicia de la misma, certifico.