



Roj: **STS 3374/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3374**

Id Cendoj: **28079149912018100030**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **12/09/2018**

Nº de Recurso: **491/2017**

Nº de Resolución: **817/2018**

Procedimiento: **Auto de aclaración**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CV 5475/2016,**
STS 3374/2018

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: **491/2017**

Ponente: Excm. Sra. D.^a Maria Luz Garcia Paredes

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

PLENO

Sentencia núm. 817/2018

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D. Fernando Salinas Molina

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro

D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego

D^a. Maria Luz Garcia Paredes

En Madrid, a 12 de septiembre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Juan Ignacio , representado y asistido por el letrado D. Fernando Roncal Ena, contra la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en recurso de suplicación nº 3341/2015 , interpuesto contra la sentencia de fecha 7 de abril de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Alicante , en autos nº 979/2013, seguidos a instancia de D. Juan Ignacio contra la entidad



Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA, S.A.), que absorbió a la entidad Catalunya Banc, S.A. y Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), sobre despido, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha comparecido en concepto de recurrido la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA, S.A.), (antigua Catalunya Banc, S.A.), representada por el procurador D. Manuel Infante Sánchez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Maria Luz Garcia Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de abril de 2015, el Juzgado de lo Social nº 5 de Alicante, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: «1. Desestimar la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Juan Ignacio frente a CATALUNYA BANC SA y FOGASA, sobre reclamación de DERECHO.- 2. Absolver a los demandados de lo petitionado frente a ellos.- 3. No hacer especial pronunciamiento en materia de costas procesales».

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como hechos probados se declaran los siguientes: «1. Juan Ignacio , con DNI NUM000 prestó servicios para la empresa demandada con categoría profesional de jefe IV, A, antigüedad desde 27.12.1991 y salario de 70.657,98 euros/año euros, con prorrata de pagas extraordinarias al momento de solicitud y concesión de la excedencia voluntaria.- 2. En fecha 16.10.2007 el actor (doc. 1 actora) interesó de la empresa, en esa fecha CAIXA CATALUNYA una excedencia voluntaria por cinco años, que se le concedió por la mercantil en fecha 05.12.2007, con efectos desde el 17.12.2007 (doc. 2 actora).- El solicita en fecha 15.11.2012 el reingreso a la empresa. La misma, por escrito fechado el 16.11.2012 le manifiesta que no existían vacantes (doc. 3 y 4 de la actora).- 3. Desde la primera comunicación (doc. 2 ramo demandada) la entidad pone en conocimiento del actor, que, de conformidad con el art. 57 del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro vigente, esa excedencia no comportan reserva de puesto ni función, sin perjuicio de la obligación de la entidad de conservar su permanencia en el Grupo I a los efectos del Convenio.- 4. De conformidad con el acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la Caixa, en Barcelona, 18.07.1987, que se hizo llegar a todas las oficinas como circular núm. B 147/1987, en sede de excedencias, se estableció: *el reingrés a qué es fa referencia a l'article 60.4 paràgraf 2n de l'Estatut d'empieats de Caixes d'Estalvi haurá de produirse en el termini máxim de sis mesos des de la formalització de l'excedéncia solicitada, de no existir informe desfavorable que desconsellés aquest compromís o qués evidenciada la seva improcedencia a critir conjunt de la Caixa i la representació laboral. L'empleat que opti per l'excedencia haurá de conéixer prèviament la possibilitat d'acollirse a aquésts acords.* (doc. 6 ramo demandada).- 5. La Dirección General de Trabajo autorizó en Resolución de 07.06.2010 a las empresas del GRUPO CAIXA CATALUNYA, GRUPO-CAIXA TARRAGONA y GRUPO CAIXA MANERENSA, la extinción de un máximo de 1300 puestos de trabajo, suspensión temporal de contratos y reducción de jornadas, en aras a cumplir lo requerido por la fusión de los mencionados grupos, en el año 2010 (doc. 7.1 demandada). El proceso de fusión que conllevó la adopción de medidas colectivas consensuadas con los representantes sindicales de los trabajadores se llevó a cabo progresivamente en la forma pactada, desde principios de 2010 con bajas incentivadas, jubilaciones prematuras, traslados y extinciones de relaciones laborales.- 6. En fecha 02.06.2011 la Dirección General de Trabajo amplió la autorización a las partes para la extinción máxima de 330 puestos de trabajo, extremo que también se acordó con los representantes sindicales.- 7. En fecha 17.12.2012 se han producido a Catalunya Caixa 4 reincorporaciones, para cargos de libre designación, de las cuales 3 fueron ordenadas directamente por el FROB. El actor, en el, listado confeccionado por CAIXA BANC de excedentes pendientes de retornar ocupaba el lugar núm. 72 de 77 a la fecha mencionada (doc. 11 ramo demandada).- 3. El trabajador no ostenta la representación legal o sindical de los trabajadores.- 4. Se intentó el acto de conciliación ante el SMAC el '07 de noviembre de 2013, que concluyó sin avenencia».

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, por la representación de D. Juan Ignacio , se formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, dictó sentencia en fecha 8 de noviembre de 2016 , en la que consta el siguiente fallo: «Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Juan Ignacio contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.5 de los de ALICANTE de fecha 7/4/2015 ; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida».

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por la representación de D. Juan Ignacio , se interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 8 de julio de 2014 (rec. 1032/2013).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida BBVA, S.A., se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar procedente el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 19 de junio de 2018, suspendiéndose el mismo y señalándose



para su deliberación en el Pleno de la Sala de 18 de julio de 2018, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

SEXTO.- En dicho acto, el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez 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 a la Excmo. Sra. Magistrada D^a. Maria Luz Garcia Paredes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del recurso .

1.- Objeto del recurso.

La cuestión suscitada en el recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar si el demandante, excedente voluntario que ha concluido el periodo de excedencia, tiene derecho al reingreso que le ha sido denegado por la empresa con base en la inexistencia de vacante.

A tal fin, la parte demandante ha formulado el presente recurso señalando como sentencia de contraste la dictada por esta Sala, en fecha 8 de julio de 2013, rec. 1032/2013 , y denunciando como precepto normativo infringido el art. 24.1.2 CE al considerar que la sentencia recurrida incurre en incongruencia interna al no haber tenido en consideración las pruebas aportadas ni la legislación aplicables como, tampoco, hacer uso de un lenguaje jurídico. Además, cita el art. 1.6 , 3.1 , 1256 , 1258 y 1281 del Código Civil en orden a la interpretación de la Circular, como fuente de la relación laboral. Igualmente, denuncia la infracción del art. 46.6 del ET en cuanto permite que los derechos mínimos recogidos en dicha norma puedan verse mejorados no solo por la negociación colectiva. Todo ello bajo la consideración de que esta Sala ya se ha pronunciado sobre la materia en doctrina que debe vincular a la propia Sala, ex art. 14 CE . Termina el escrito de interposición del recurso invocando los arts. 216 a 218 de la LEC en orden a la nulidad de pleno derecho de la sentencia recurrida por las infracciones procesales antes citadas.

2.- Impugnación del recurso.

La parte demandada recurrida ha impugnado el recurso poniendo de manifiesto la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales que pudieran justificar un futuro recurso de amparo, en tanto que, a su juicio, la sentencia de suplicación ha expresado las razones que justifican la confirmación de la sentencia de instancia. Igualmente, considera que no existe contradicción entre las sentencias al no constar en la aquí recurrida que el demandante se acogiera a los Pactos recogidos en la Circular de 1987. Igualmente, señala que no consta que el demandante volviera a solicitar el reingreso al transcurrir el plazo de seis meses y, además, solicitó la aplicación del pacto cuando éste estaba derogado. En orden a las infracciones legales destina su primera impugnación a razonar sobre el alcance de la Circular diciendo que la sentencia recurrida la ha interpretado adecuadamente al apreciar la existencia de un criterio conjunto de empresa y representación de los trabajadores en orden a la improcedencia del reingreso y que viene establecido por medio del proceso de reestructuración iniciado en 2010, no siendo necesaria la exigencia de un previo informe desfavorable, mostrando así su conformidad con las argumentaciones que se contienen en el voto Particular que acompañan a la sentencia de esta Sala. Por último, en orden a las demás infracciones legales que se denuncian considerando que la Circular no era aplicable al momento en que se solicitó el reingreso, indicado que a misma perdió vigencia el 9 de octubre de 2013 con el Acuerdo Laboral de tal fecha, alcanzado en el marco de un nuevo despido colectivo. En esa argumentación hace mención de la cláusula rebus sic stantibus con base en una serie de circunstancias fácticas empresariales que, según su apreciación, existían al momento de la solicitud de reingreso, concluyendo con la reiterada alegación de que a la fecha de presentación de la papeleta de conciliación la Circular se encontraba derogada.

3.- Informe del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que considera que el recurso debe ser estimado porque, existiendo contradicción entre las sentencias, al resolver sobre hechos y consideraciones jurídicas de similar contenido y alcance, la doctrina correcta es la que se contiene en la sentencia de esta Sala.

SEGUNDO. -Sentencia recurrida .

1.- Debate en la instancia

La demanda de la que trae causa el presente recurso fue presentada por el trabajador en la que reclamaba de la empresa demandada su derecho al reingreso, tras haber concluido el plazo de excedencia voluntaria que le fue concedido por la demandada y la condena al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha en que lo solicitó



Según los hechos probados, el demandante, que prestaba servicios para la demandada, con la categoría profesional de Jefe IV A, pasó en 17/12/2007 a la situación de excedencia voluntaria, que le fue concedida por un periodo de cinco años, con la indicación de que no comportaba reserva de puesto de trabajo y función, según lo previsto en el art. 57 del Convenio colectivo del sector de Cajas de Ahorro. En 15/11/2012 solicitó el reingreso respondiendo la empresa al día siguiente que no existían plazas vacantes. De acuerdo con la Circular n.º 147/87, de 01/07/87, que recoge un Acuerdo entre representación de los trabajadores y empresa: "El reingreso a que se hace referencia en el artículo 60.4 párrafo 2º del Estatuto de los Empleados de Cajas de Ahorro tendrá que producirse en el plazo máximo de seis meses desde la finalización de la excedencia solicitada, de no existir informe desfavorable que desaconsejara este compromiso o quedara evidencia su improcedencia a criterio conjunto de la Caja y de la representación laboral. El empleado que opte por la excedencia tendrá que conocer previamente la posibilidad de acogerse a estos acuerdos". Por resolución de 07/06/2010, previo acuerdo con los representantes sindicales de los trabajadores en el marco de un ERE, la Dirección General de Trabajo autorizó a las empresas del Grupo Caixa Catalunya, Grupo Caixa Tarragona y Grupo Caixa Manresa, a extinguir un máximo de 1.300 puestos de trabajo, y otras medidas (doc. 7.1 demandada), en el contexto de la fusión de los mencionados grupos, autorización que en fecha 02/06/2011 se amplió a 330 puestos más.

La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de los de Alicante, dictada el 7 de abril de 2015, en los autos 979/2013, desestima la demanda porque, en el derecho que reclama es una expectativa o derecho preferente al reingreso, tal y como, además, contempla el Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro, en su art. 57. Entiende que es un dato material indiscutible que la fecha de la terminación de su excedencia del actor, no existía vacante de director de oficina. Y respecto de la Circular considera que no es aplicable al caso si necesidad de tener que acudir a la regla rebus sic stantibus por más que las circunstancias de 1987 hayan cambiado drásticamente a raíz del Acuerdo de 2010. Y ello porque de la propia Circular se advierte que lo que se regula no es un derecho automático al reingreso sino que fija el plazo de reincorporación pero siempre que sea posible, esto es, porque existan vacantes disponibles ya que lo contrario implicaría un derecho de reingreso sin plaza. Además, indica que el informe desfavorable viene emitido por la respuesta de la empresa de imposible reingreso por falta de vacante frente a la cual se ha acudido por el trabajador ante esta jurisdicción.

La sentencia de instancia fue recurrida en suplicación por la parte demanda.

2.- Debate en la suplicación.

La parte demandante interpone recurso de suplicación insistiendo en la aplicación de la Circular y la doctrina de esta Sala, recogida en las sentencias de 8 de julio de 2014.

La Sala de lo Social del TSJ del La Comunidad Valenciana, en la sentencia de 08/11/2016 (R. 3441/2015), desestima el recurso porque, por lo que se refiere al Convenio Colectivo, es necesario que exista vacante para que proceda el reingreso. Además, la Circular se remite al art. 60.4.2 del Estatuto del Empleado por lo que no se altera el régimen de la excedencia voluntaria. Finalmente, las circunstancias concurrentes a la fecha de solicitud de la reincorporación resultan incompatible con lo que se pretende en la demanda. La falta de informe expreso desfavorable no impide atender a la existencia de un proceso de reestructuración con reducción del personal desde 2010. En definitiva, la Circular no impone una obligación de reincorporación en el plazo de seis meses.

TERCERO. -Examen de la contradicción

1.- Doctrina general en materia de contradicción.

El art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina y en atención a su objeto, precisa de la existencia de sentencias contradictorias entre sí, lo que se traduce en que contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales"

Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales,

2.- Sentencias de contraste

La sentencia de contraste, dictada por esta Sala, de 8 de julio de 2014, rec. 1032/2013, resuelve un supuesto similar de un trabajador, encuadrado en el Grupo I, nivel IV, que en fecha 02/11/2009 solicitó la excedencia voluntaria por un periodo de un año, que le fue concedida a partir del 09/11/2009, con la advertencia de que



no comportaba reserva del puesto de trabajo y función ;, conforme a lo dispuesto en el art. 57 Del Convenio Colectivo. El 17/08/2010 solicitó el reingreso respondiendo la empresa que no podía atender su petición por no existir vacante disponible. El 08/04/2011 reitera su reclamación al considerar que según la Circular B-147/1987, la expectativa de reingreso vencía el 01/05/2011, contestando la empleadora de igual modo, mediante escrito de 14/04/2010. Se presenta demanda reclamando el derecho al reingreso y el Juzgado de lo Social desestima la pretensión siendo revocado dicho pronunciamiento por la Sala de lo Social del TSJ, al estimar el recurso de suplicación que se interpuso por la parte actora y, en consecuencia, la demanda, declarando el derecho del recurrente a ser reincorporado a la empresa demandada con efectos de 2/5/11 así como el derecho del mismo a una indemnización equivalente o integrada por las cantidades dejadas de percibir en concepto de salario por el citado trabajador y desde la misma fecha en que debió haberse producido el citado reingreso y hasta que el mismo tenga lugar. La demandada interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina

La sentencia de esta Sala desestima el recurso entendiendo que el acuerdo sobre reincorporación de 1987 fue incumplido, por cuanto implica la necesidad de un previo "informe desfavorable" al reingreso o, alternativamente, que quede evidenciada la improcedencia del mismo "a criterio del conjunto de la Caixa y la representación laboral". Y que esta doble posibilidad de negativa a la reincorporación es una excepción al derecho automático a la misma, establecido en el citado acuerdo, y que cabe entenderla como exigencia de fundar expresa y concretamente la negativa al reingreso excluyendo, en todo caso, una decisión unilateral sin más, por procedente que pudiera ser finalmente pues, de otro modo, no se entendería el sentido de la previsión establecida.

3.- Sentencias con pronunciamientos contradictorios.

En el presente supuesto, entre las sentencias comparadas existe la contradicción que exige el art. 219.1 de la LRJS .

En efecto, la coincidencia es plena en lo que atañe a la pretensión deducida (solicitud de reingreso en la empresa desde la situación de excedencia voluntaria con abono de los salarios dejados de percibir), el fundamento que le sirve de apoyo (la Circular B-147/1987), y los términos del debate (interpretación y aplicación de una disposición de esa Circular.

Las diferencias que invoca la parte recurrida para justificar la ausencia de contradicción no permiten llegar a su conclusión por cuanto que, en orden a que no consta en la recurrida que la excedencia se acogiera a los Pactos recogidos en la Circular, tal circunstancia es una novedad que la parte introduce en este momento cuando, además, todo el debate ha girado, tanto en la instancia como en suplicación, sobre el alcance de la Circular pero no sobre que el demandante no estuviera bajo su cobertura, además de que, en el caso de la sentencia de contraste ese dato resultó totalmente irrelevante dado que, la demandada dio contestación a la solicitud de reingreso en los mismos términos que en el presente caso. Del mismo modo, resulta irrelevante que no se volviera a solicitar el reingreso al cabo de los seis meses cuando la denegación del reingreso no se basó en que no hubiera transcurrido ese plazo y, además, la acción judicial se ha planteado transcurrido el mismo, tal y como sucedió en ambos casos. Finalmente, resulta novedosa cualquier consideración sobre la sobre la derogación de la Circular ya que nada se razona al respecto en las sentencias ni los hechos probados ponen de manifiesto esa circunstancia fáctica.

Finalmente y a la vista del escrito presentado por la parte recurrida, adjuntando el Auto de inadmisión dictado el 03/05/2018, Rcd 3341/2017, debemos señalar que la falta de contradicción que allí se apreció respecto de la misma sentencia de contraste que aquí se ha invocado trae causa de las diferentes circunstancias fácticas que la sentencia allí recurrida presentaba y fueron expuestas en la citada resolución judicial, como la relativa a que, tras serle denegado el reingreso en octubre de 2010 y puesto en una lista de reingresos pendientes, no volvió a reclamar su derecho hasta la papeleta de conciliación que presentó en 2015 cuando, según los hechos probados de la sentencia allí recurrida, la Circular se encontraba derogada desde el año 2013, nada de lo cual concurre en el caso resuelto en la sentencia aquí recurrida.

CUARTO. - Motivo del recurso

1.- Normas invocadas y fundamentación del único motivo de casación.

Las normas sustantivas que se invocan en relación con el punto de contradicción que se ha formulado son las siguientes: arts. 14 y 24.12 de la CE ; arts. 216 a 218 de la LEC ; arts. 1.6 , 3.1 , 1256 , 1258 y 1281 del CC y art. 46.6 del ET .

Según la parte recurrente y como fundamentación del motivo, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 224.2 de la LRJS , la sentencia recurrida incurre en incongruencia interna al no haber tenido en consideración las pruebas aportadas ni la legislación aplicable y adolecer de motivación suficiente. Además, considera que



la Circular es fuente de la relación laboral y sus términos son claros y mejoran las previsiones del ET, debiendo ser aplicada la doctrina de esta Sala en la materia.

2.- Infracciones procesales denunciadas.

El escrito de interposición del recurso recoge, en su motivo de infracción de norma y a los efectos de un eventual recurso de amparo ante el TC, la denuncia de incongruencia omisiva en la sentencia recurrida por no haber atendido a la prueba practicada e incurrir en falta de motivación. Esta alegación debe rechazarse porque, dada la finalidad con la que se formula -nulidad de pleno derecho de la sentencia recurrida, tal y como indica en el suplico del escrito- ningún pronunciamiento procede hacer en tanto que la parte no ha presentado ningún punto de contradicción al respecto, identificando una sentencia de contraste que justificara, en caso de mantenerse la existencia de contradicción, un pronunciamiento sobre los preceptos constitucionales y procesales que aquí denuncia.

En consecuencia, ningún pronunciamiento procede realizar al respecto por lo que podemos pasar ya a resolver los restantes motivos para lo cual, primeramente, es oportuno recordar los criterios que la Sala ha venido estableciendo en relación con las excedencias voluntarias.

3. Doctrina de la Sala en materia de excedencias voluntarias y derecho de reincorporación del excedente.

A. *Con carácter general* se ha dicho que "la excedencia voluntaria común regulada en el art. 46.2 y 5 del Estatuto de los Trabajadores (ET) es una situación peculiar del contrato de trabajo que se distingue netamente tanto de la excedencia forzosa, como de la suspensión del contrato de trabajo (incluida la suspensión por "mutuo acuerdo de las partes" prevista en el art. 45 a. del Estatuto de los Trabajadores), como de otras modalidades especiales de excedencia voluntaria, verbi gratia la excedencia por maternidad; 2) "El interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario"; 3) en la excedencia voluntaria común el derecho de trabajador a reanudar la prestación de servicios es "sólo un derecho de reingreso expectante, en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes"

El régimen jurídico al que se somete la excedencia voluntaria es el vigente al momento de su concesión de forma que es la normativa por la que se produjo su concesión por la que debe regirse el derecho de reincorporación, según señalaba la STS de 18/07/1986 al decir que es la normativa anterior en tanto que la posterior pueda introducir nuevas formalidades o requisitos que puedan ser más perjudiciales para el trabajador, si bien tal doctrina parece ser corregida por la STS 31/01/1987 que viene a considerar aplicable el Convenio Colectivo vigente al momento de solicitar el reingreso y no el que lo estaba cuando se concedió la excedencia. Todo ello bajo la premisa de que los derechos del excedente voluntario que se reconocen en el ET pueden verse mejorados por normas colectivas o pactadas, tal y como advierte la STS de 26/12/1986.

B. *Sobre el derecho al reingreso*, el art. 46.5 del ET establece que "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".

El alcance del derecho de reincorporación del excedente voluntario se configura como una expectativa de derecho que se hace efectivo cuando existe una vacante "pero no con la vacante que la empresa desee cubrir, sino con la que se produzca, cualquiera que sea su causa (jubilación, dimisión, despido, etc.), sólo condicionada para que se repute vacante a cubrir por el excedente que insta su reingreso, a que sea «de igual o similar categoría a la suya», a menos que la misma se haya amortizado con anterioridad al nacimiento del referido derecho y que esa amortización se realice de acuerdo con las prescripciones legales, según declaró la sentencia de esta Sala de 17 de noviembre de 1983" [STS 23/09/1986], y, desde luego, que no es obstáculo al derecho de reingreso la ocultación de la existencia de la vacante por la empresa, porque no puede beneficiar la oscuridad a quien es causa de ella [STS 29/09/1986]. Por ello, el trabajador excedente en expectativa de reincorporación no está obligado a vigilar e investigar sobre si se producen vacantes sino que es el empresario el que, como conocedor de la situación de la empresa, debe avisar cuando la vacante se produce, sin perjuicio de que el trabajador pueda tener conocimiento auténtico y fehaciente de su existencia y su no asignación [STS 24/11/1986].

En orden a las acciones ejercitables frente a la no reincorporación del excedente voluntaria, tras finalizar el plazo de excedencia: la Sala también se ha pronunciado no solo en relación con el despido [STS 23/09/2013, Rcd 2043/2012], con el alcance que a esas acciones le reconoce la STS 19/01/1987, sino también matizandola en atención a la clase de excedencia concedida, [STS 21/02/2013, Rcd 740/2012, corregida por la STS 23/09/2013, Rcd 2043/2012.] pero estas cuestiones resultan irrelevantes en este caso.

No sucede lo mismo con la *carga de la prueba de la inexistencia de vacante que recae sobre la empresa* y que en el presente caso no debemos olvidar como elemento que puede justificar el alcance que ha dado esta



Sala a la Circular sobre la que más adelante se razonara. En efecto y en orden a la carga de la prueba esta Sala ha señalado que " es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la existencia o inexistencia de determinada vacante en un momento concreto, no sólo porque a su alcance se encuentra la pertinente documentación, sino además porque la posible inexistencia, pese a tratarse de un hecho negativo, puede perfectamente probarla, en el caso de ser cierta, por cualquiera de los demás medios admitidos en derecho, entre ellos la testifical a cargo del personal conocedor del hecho" [STS 06/10/2005, Rcdud 3876/2004 y precedentes como la STS 01/06/1988]

C. Del mismo modo es preciso recordar que *el derecho de reincorporación y la amortización de plazas por parte de la empresa* también ha sido objeto de decisión de esta Sala, diciendo al respecto que la empresa, si bien puede disponer de la plaza dejada por el excedente, dado que no está obligada a reservar su vacante [STS 12/02/2015, Rcdud 322/2014], cuando está pendiente un reingreso de un excedente voluntario no está facultada para la amortización de plazas salvo que lo haga con cobertura legal [STS 22/01/1987, 16/03/1987, recogidas en la STS 05/05/1997, Rcdud 3836/1986] o por convenio colectivo o pacto o porque se haya dejado vacío de contenido el puesto de trabajo dejado vacante [STS 12/02/2015, Rcdud 322/2014]

En esa línea y con una doctrina que también inspira la presente resolución, debemos referirnos a la elaborada por esta Sala sobre *las situaciones de excedencia voluntaria y el alcance de los EREs* en las mismas. Esta doctrina, atendiendo a las concretas circunstancias de cada caso -ya que hay resoluciones en las que, ante supuestos de trabajadores excedentes en situaciones de EREs, la Sala ha considerado que no había contradicción- ha venido a señalar que, en principio, no existe derecho a la indemnización del art. 51.8 ET cuando se procede al "cierre del centro de trabajo", "estando incluidos en el expediente los excedentes voluntarios" diciendo que " "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. Es en su caso el trabajador que se contrató para ocupar el puesto de trabajo en excedencia el que tendrá derecho a la indemnización por la pérdida del mismo cuando éste se amortice, y no quien estando excedente por propia decisión no ha podido reingresar en la empresa precisamente porque ha cesado la actividad de ésta en la que había prestado servicios inicialmente (...) 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. En conclusión, no puede ser acogida la reclamación de indemnización de despido colectivo por cierre del centro de trabajo de los demandantes, que pasaron a la situación de excedencia voluntaria común por su exclusiva voluntad, desarrollando en tal situación otras actividades profesionales" [STS 25/10/2000, Rcdud 3606/98, seguida por las de 26/10/2006, Rcdud 4462/2005, 13/11/2006, Rcdud 4487/2005, 19/01/2007, Rcdud 4493/2005 y 31/01/2008, Rcdud 5049/2006]

A raíz de esta doctrina y como hemos indicado anteriormente, la Sala ha venido resolviendo recursos por falta de contradicción indicando que son elementos diferenciadores, a la hora de resolver los supuestos, no solo que el ERE implique un cierre de empresa o de parte de la plantilla, también la modalidad de excedencia voluntaria (supuestos de la STS 20/01/2010, R. 2347/2008), o atendiendo a la constancia o no de las plazas afectadas de la categoría del trabajador excedente o existencia de personas de la misma categoría pendientes de reingreso y con mejor derecho (supuestos de la STS 18/11/2003, Rcdud 4791/2002). Esto es, no hay una regla general que permita entender que un expediente de regulación de empleo o un despido colectivo enerve cualquier derecho de un excedente voluntario a ser reincorporado.

Pues bien, con estos criterios jurisprudenciales podemos adelantar que el demandante tiene derecho a la reincorporación, tal y como resolvió esta Sala en la sentencia de contraste que se invoca.

4.- Examen de la infracción normativa sustantiva denunciada.

En el caso que nos ocupa, debemos mantener aquella doctrina, reiterada en otra sentencia de la misma fecha dictada en el Rcdud 1153/2013 , por cuanto que el régimen sobre el que debe resolver el derecho de reincorporación del excedente es el que se deriva de la Circular, mediante la cual se produce una mejora del régimen jurídico de la excedencia voluntaria, que supera las condiciones legales, convencionales y estatutarias establecidas.

En efecto, lo primero que debemos advertir es que, en orden la vigencia de la Circular [B-147/87], es evidente que, a la fecha en que en este caso se concedió la excedencia así como en la que se presentó la solicitud



de reincorporación, aquélla se encontraba en vigor ya que nada dicen los hechos probados que indiquen lo contrario.

Igualmente, se ha mantenido por esta Sala que la citada Circular implica una mejora sobre las normas legales y convencionales y que tales beneficios deben ser respetados, y aplicados a la hora de resolver el derecho de reingreso del excedente. Así se dijo por esta Sala que dicha Circular tiene un " significado de mejora en materia de excedencias a que alude el hecho tercero de los declarados probados en la sentencia de instancia, implica la necesidad de un previo "informe desfavorable" al reingreso -del que nada más se concreta en la resultancia fáctica- o, alternativamente, que quede evidenciada la improcedencia del mismo "a criterio del conjunto de la Caixa y la representación laboral".

Dicha mejora, sigue diciendo nuestra doctrina, implica un derecho a la reincorporación automática que solo viene excepcionado por la doble posibilidad de negativa a la reincorporación representada por el informe desfavorable o, alternativamente, la improcedencia del reingreso a criterio conjunto de empresa y representación laboral. Así se indica que " Esa doble posibilidad de negativa a la reincorporación (que de modo más congruente podría haber sido una sola en dos partes), que se contempla, como excepción, al derecho a la reincorporación automática establecido en dicha norma en calidad de mejora del estatuto aplicable -condición que no debe ser perdida de vista en ningún momento- cabe entenderla en un mismo sentido de necesidad de que haya una posibilidad de fundar expresa y concretamente tal negativa y de someterla a la consideración correspondiente, excluyendo, en todo caso, una decisión unilateral sin más, por procedente que pudiera ser finalmente, pues, de otro modo, no se entiende el sentido de la previsión establecida".

Sobre la primera alternativa que excepciona el reingreso automático, consistente en la emisión de un informe desfavorable, esta Sala ha señalado cual es el alcance y contenido del mismo, no identificándolo con la decisión de la empresa de reingresar o no al trabajador excedente. En ese sentido se ha dicho que " El informe, cuya definición, más o menos oficial, se corresponde con la de un texto que da cuenta del estado actual o de los resultados de un estudio o investigación sobre un asunto específico, de manera que lo esencial en él es dar cuenta de algo con una explicación que permita comprenderlo, constituye un documento (escrito) o instrumento (verbal) elaborado con el propósito de comunicar información a un nivel más alto en una organización y refiere hechos obtenidos o verificados por el autor aportando los datos necesarios para una cabal comprensión del caso, con explicación de los métodos empleados y con propuesta o recomendación de la mejor solución para el hecho tratado, de manera que supone una previa evaluación de la decisión a adoptar por alguien ajeno a quien lo emite y no la decisión misma."

Por lo que se refiere a la otra excepción al reingreso automático, referida a la improcedencia de la reincorporación a criterio conjunto de la Caja y la representación laboral, esta Sala ha entendido que dicho criterio conjunto " deberá ser precedido del estudio por ambas partes de la solicitud efectuada y de las condiciones y circunstancias en que se produce, parece admisible la interpretación de que aquél pueda ser igualmente sometido también a la consideración de la otra parte para que pueda ser oída antes de determinar lo que se estime procedente, aunque nada, como se ha dicho, se especifique en tal sentido, por lo que asimismo cabe que no sea así, pero, de todos modos, implica, según se explicaba inicialmente, una opinión fundada y dirigida a alguien en términos menos genéricos que la simple y directa respuesta al afectado de la denegación de su solicitud por la inexistencia de vacantes, alcanzándose así tanto una mayor garantía para resolver como una más completa defensa en esta materia de los intereses del afectado, que es lo que la norma o pacto pretende como mejora que es, se reitera, del estatuto propio del sector."

Igualmente, en orden a la falta de vacante como causa para denegar la reincorporación, la Sala ha dicho que tal situación no estuvo contemplada en el Acuerdo y no puede constituir un impedimento para el reingreso, afirmando que " si la razón de la negativa a la reincorporación era la ausencia de vacantes y ésta, independientemente de la razón que la motive, es una situación que puede contemplarse en abstracto o con carácter general en cualquier coyuntura, también parece lógico entender que habría podido preverse como causa excluyente per se en la tan repetida circular y, sin embargo, no ha sido así, de modo que en ausencia de dicha precisión, tan solo una de las dos posibilidades plasmadas en la circular se constituyen en la excepción al acceso al reingreso en un caso como el enjuiciado mientras esa norma se mantenga vigente"

Además y dado que la sentencia aquí recurrida hace referencia al art. 70.4 párrafo segundo del Estatuto del Empleado de Cajas para justificar su pronunciamiento, también debemos señalar que la mención que se hace en la Circular de 1987 del art. 60.4 párrafo segundo (sic art. 70) del Estatuto del Empleado de Cajas de Ahorro no altera el alcance otorgado por esta Sala a la mejora introducida en la misma.

En efecto, el art. 70.4 párrafo segundo dispone que "El empleado excedente, conservará solo un derecho preferente al reingreso en la vacante de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera en la



Entidad". Y la Circular indica que "El reingreso a que se refiere el art. 60.4 párrafo segundo del Estatuto del Empleado de Cajas de Ahorro habrá de producirse en el plazo máximo de seis meses..., de no existir informe...."

Esto es, la Circular viene a mejorar el contenido del art. 70.4 párrafo segundo al establecer un reingreso automático que solo puede verse denegado por la concurrencia de esas dos circunstancias recogidas en la Circular.

La Circular no otorga un plazo de cortesía para que se proceda a la reincorporación desde que se produzca la vacante ya que, precisamente, si se exige la existencia de vacante no hay razón alguna para que el reingreso no se produzca inmediatamente. Tampoco podría entenderse que el plazo de seis meses sea un margen para reconocer el derecho al reingreso, si en ese espacio temporal se produce una vacante, ya que la expectativa del derecho siempre se mantendría de no existir vacante. Del mismo modo, ese tiempo no es solo para que, transcurrido el mismo, el trabajador pueda acudir ante los Tribunales por despido porque, al margen de que ahora no se cuestiona ya la acción ejercitada, lo cierto es que el ejercicio de la acción de reingreso, como la que aquí se está demandando, solo se vería afectada por la existencia de esas dos circunstancias obstativas al mismo -informe desfavorable en el que se ampare la empresa para no proceder al reingreso o la decisión consensuada de empresa y representación laboral sobre la improcedencia de la reincorporación-. En definitiva, la Circular no está otorgando plazo para la reincorporación a la vacante porque ésta, de existir, debería ser inmediata y lo contrario sería desconocer los derechos que reconoce el Estatuto de los Trabajadores que, como hemos dicho, pueden verse mejorados. Y esto es, precisamente, lo que se ha entendido por esta Sala respecto de la Circular que, al introducir un plazo para el reingreso, lo que está queriendo establecer es un derecho al reingreso al margen de la existencia de vacante que solo puede ser enervado si existe una situación negativa como las que describe la Circular.

4.- Resolución del presente supuesto

En el presente caso, tanto la sentencia recurrida como la de instancia se han centrado en una de las alternativas impuestas en la Circular, la relativa al informe desfavorable, entendiendo que éste se suple con la propia existencia del Acuerdo del ERE de 2010 en el que se adoptaron medidas de reestructuración, entre las que se contemplaban la extinción de más de 1.300 puestos de trabajo.

Pues bien, el informe desfavorable, que debía emitirse a partir de la fecha de solicitud de la reincorporación -15 de noviembre de 2012- no puede suplirse por lo que se pactara en 2010 ni con la propia situación existente entonces o en el siguiente año cuando resulta que la reincorporación que se interesa, en puesto de igual o similar categoría, y transcurridos dos años desde su adopción, requiere un análisis específico y no genérico que ponga de manifiesto la situación desfavorable que impida o desaconseje el reingreso de un trabajador con la categoría del demandante en ese momento en el que se solicita. La genérica valoración desfavorable que se quiere obtener de la situación de reestructuración existente dos años atrás no es aceptable como informe desfavorable de la solicitud de reingreso y menos, sin atender a circunstancias más específicas, e incluso centradas en el ámbito funcional al que correspondería el derecho que se está demandando. Lo contrario sitúa al trabajador en una posición de total indefensión y, además, vacía de contenido la mejora que la Circular ha introducido a la hora de resolver esas reclamaciones.

Además, a ello se une que en el ERE y la situación de reestructuración a la que atiende, en el que se apoya la sentencia recurrida para justificar la innecesariedad o existencia del informe desfavorable, precisamente se viene a recoger y regular una variedad de situaciones -medidas extintivas, de suspensión de contrato, reducciones de jornada, movilidad geográfica, bajas incentivadas, prejubilaciones etc- entre las que, expresamente, se contempla la de los excedentes y así en el punto 15 del Acuerdo, recogido en el hecho probado 5, al remitirse al documento 7.1 de la prueba de la parte demandada, se estipuló que "los empleados en situación de excedencia por cualquier motivo, mantendrán sus derecho y/o expectativas en los mismos términos que antes de producirse la fusión". Esto implica que, por la empresa y los representantes de los trabajadores ya se tuvo en consideración que las medidas que en 2010 estaban adoptándose no vendrían a perjudicar la situación de quienes estuvieran en situación de excedencia de forma que, llegado el momento de ejercer sus derechos, los mismos deberían ser resueltos siguiendo las mismas reglas o criterios que regían antes de la fusión. Esto es, las partes negociadoras de la reestructuración entendieron que el mero hecho de que se estuvieran activando las medidas extintivas, suspensivas, etc, no implicaba necesariamente que los excedentes no pudieran, sin más, no reingresar sino que, como en cualquier otro momento, su solicitud tendría que ser resuelta en el sentido que fuera pero conforme a las normas que rigen la excedencia en cuestión. Y con ese clausulado difícilmente se puede entender que la simple respuesta negativa a la reincorporación dada por la empresa sea equiparable al informe desfavorable que debe emitirse por quien debe resolver la solicitud.

Del mismo modo, aunque nada de ello ha sido objeto de la sentencia recurrida, tampoco podríamos entender cumplida la otra alternativa -relativa a la improcedencia de la reincorporación a criterio conjunto de la Caja y



de la representación laboral- dado que el hecho de que la empresa hubiera estado afectada por el proceso de reestructuración iniciado en 2010 y con duración hasta finales de 2011, no significa que sus efectos se mantuvieran a finales de 2012 y los hechos probados nada refieren al respecto. A ello debemos añadir que no se puede entender que de aquellas medidas se pudiera considerar implícita una decisión conjunta de empresa y representación laboral sobre la improcedencia de las reincorporaciones cuando, como ya se ha indicado, en dichos acuerdos expresamente se preservaron los derechos y expectativas de los excedentes, cualquiera que fuera la modalidad de excedencia, de forma que ello pone de manifiesto la necesidad de que el criterio de ambas representaciones se emitiera en el momento de solicitar la reincorporación y en atención a las circunstancias entonces existentes, lo que tampoco consta en este caso.

En definitiva, en el Acuerdo de reestructuración no solo no se incluyó como afectados por la extinción a los excedentes ni se les privó durante el tiempo de afectación de las medidas el ejercicio de sus expectativas o derecho de reincorporación sino que, por el contrario, expresamente se les salvaguardaron sus derechos y expectativas.

Ello supone que no estemos ante una situación que permita acudir al principio jurídico *rebus sic stantibus* que, como excepción al principio *pacta sunt servanda*, autoriza de forma excepcional la revisión de contratos en casos en los que, por acontecimientos posteriores o imprevisibles, resulte extremadamente oneroso para una de las partes mantener su contexto. Y ello porque, precisamente, la situación de reestructuración no ha sido valorada por las partes que han adoptado las medidas para su implementación como supuesto que haga imposible cumplir los derechos o expectativas de los excedentes sino que, como venimos diciendo, expresamente se protegieron esos derechos dentro del conjunto de diferentes y variadas medidas que el Acuerdo de 2010 contemplaba.

QUINTO.- Los precedentes razonamiento no llevan a afirmar, en concordancia plena con el Ministerio fiscal, que la sentencia impugnada se apartó injustificadamente de la doctrina unificada oportunamente invocada por el recurrente en suplicación, quebrantándola, al no media tampoco en este caso un previo informe desfavorable al reintegro del demandante.

En consecuencia, el recurso del trabajador debe ser estimado, casando la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, reconocer su derecho a la reincorporación. Además, dado que la parte actora reclamaba en su demanda la condena al pago de los salarios dejados de percibir desde la solicitud de reincorporación, a razón de 193,58 euros día, sobre esta petición debemos indicar que esta Sala viene señalando al respecto que "Abordando directamente el concreto tema litigioso aquí planteado, la sentencia de 28 de febrero de 1989, con cita de otras anteriores (TS 17-10-84, 11-3-86, 27-10-88), considera que el daño o perjuicio a indemnizar se presume por la mera constatación de que el trabajador no obtuvo "ganancias por su trabajo", y debe ser compensado con los salarios correspondientes "desde que se reclamó judicialmente el derecho a la citada reincorporación"; esta fijación de la indemnización por vía de presunción -continúa la misma sentencia- admitiría la prueba en contrario de la existencia del daño si la empresa demostrare el hecho impeditivo de la obtención por parte del trabajador de "ganancias por su trabajo por cuantía equivalente al salario que hubiera percibido de haberse producido la reincorporación de manera tempestiva". Este sistema de fijación de la indemnización ha sido luego aceptado en la sentencia de 26 de junio de 1990, con la matización de que el 'dies a quo' para el cálculo de la indemnización por ganancias dejadas de percibir se adelanta, en su caso, desde el momento de la reclamación judicial al momento anterior de iniciación del trámite preceptivo de evitación del proceso (conciliación o reclamación administrativa previa). [STS de 4 de febrero de 2015, R. 148/2014 y las que en ella se citan].

En este caso lo que pide la parte actora es el pago de salarios desde la fecha de solicitud del reintegro. Esta petición no puede ser estimada porque, atendiendo al criterio judicial antes recogido, el día inicial para el pago de los perjuicios que la conducta empresarial ha ocasionado al demandante no es el que se pide en demanda y reitera el vía de recurso y dado que la empresa demandada, al contestar la misma, se ha opuesto a ese momento por considerar que debe establecerse en el de planteamiento de la vía preprocesal, ello conduce a tener que estimar parcialmente la petición que se hace en demanda, fijando como fecha de inicio del pago de los salarios la de 21 de octubre de 2013 por ser esta la que figura en el documento 6 acompañado con la demanda (hecho sexto de la demanda), y no la que corrigió la parte actora en conclusiones (septiembre de 2013) ya que no consta. Todo ello sin imposición de costas, ex art. 235.1 LRJS.

FALLO

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

:



1. Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Don Juan Ignacio .
2. Casar y anular la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 8 de noviembre de 2016, R. 3341/2016 .
3. Resolver el debate de suplicación y, en consecuencia, estimar el recurso de tal clase interpuesto por D. Juan Ignacio frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de los de Alicante, de 7 de abril de 2105, en los autos 979/2013, y revocando la misma, se estima parcialmente la demanda interpuesta frente a la empresa CATALUÑA BANC (CAIXA CATALUÑA), y, en consecuencia, se declara el derecho del demandante a su reingreso en la empresa, condenando a la parte demandada a estar y pasar por tal declaración y al pago de los salarios dejados de percibir desde el 21 de octubre de 2013, a razón de 193,58 euros día.
4. Sin imposición de costas.

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

Así se acuerda y firma.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente D. Fernando Salinas Molina

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea D. Luis Fernando de Castro Fernandez

D^a. Maria Luisa Segoviano Astaburuaga D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Rosa Maria Viroles Piñol D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Antonio V. Sempere Navarro D. Angel Blasco Pellicer

D. Sebastian Moralo Gallego D^a. Maria Luz Garcia Paredes

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO D. Luis Fernando de Castro Fernandez A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº **491/2017**, AL QUE SE ADHIEREN LA EXCMA. SRA MAGISTRADA D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea.

Haciendo uso de la facultad conferida por el art. 260.2 LOPJ , formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso de casación **491/2017**, por discrepar -con mi mayor respeto- del criterio adoptado por la mayoría de la Sala, al no compartir la solución adoptada en orden al derecho del demandante a su reingreso en la empresa y correlativa condena de la entidad bancaria demandada a que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha en que solicitó su reincorporación, finalizada la excedencia voluntaria pactada. Discrepancia que pretendo justificar con las consideraciones que siguen.

PRIMERO.- 1.- Mi plena conformidad a los fundamentos jurídicos primero a cuarto de la decisión adoptada por la mayoría de la Sala, en donde con todo detalle se refieren la demanda, el debate en trámite de suplicación, la sentencia del Tribunal Superior y el recurso de casación, así como el cumplimiento del presupuesto de contradicción entre la sentencia recurrida y la invocada como contraste [STS 08/07/14 -rcud 1032/13], rechazando -con todo fundamento- la infracción procesal denunciada, y exponiendo con encomiable claridad la doctrina de la Sala en orden a la configuración jurídica de la excedencia voluntaria, y más concretamente su naturaleza y sus efectos, tanto en orden al derecho a reingreso como a las acciones ejercitables.

2.- Tampoco cabe hacer objeción alguna a la impecable interpretación que la decisión mayoritariamente adoptada hace de la normativa que en plano sustantivo se acusa como infringida [arts. 46.5 ET , 57 del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro , Circular B-147/1987; y art. 70.4 -párrafo segundo- del Estatuto del Empleado de Cajas]. Mi discrepancia se ciñe a la concreta aplicación de tal doctrina al caso de autos, tal como se razona en el apartado «4.- Resolución del presente supuesto», cuando la decisión adoptada únicamente se apoya en la argumentación de que el informe desfavorable al reingreso -reglamentariamente- «no puede suplirse por lo que se pactara en 2010 ni con la propia situación existente entonces o en el siguiente año... » y que la válida negativa a la reincorporación del excedente voluntario «requiere un análisis específico y no genérico que ponga de manifiesto la situación desfavorable que impida o desaconseje el reingreso de un trabajador con la categoría del demandante en ese momento en el que se solicita».

Discrepo -con la mayor consideración, insisto- porque entiendo que el criterio mayoritario no ha efectuado adecuada aplicación de la Circular [« *El reingreso... tendrá que producirse... de no existir informe desfavorable que desaconsejara este compromiso o quedara evidenciada su improcedencia a criterio conjunto de la Caja y la representación laboral* »], centrando su examen primordialmente en una de las posibilidades justificativas



de la denegación del reingreso [la existencia de « *informe desfavorable que desaconsejara este compromiso* »], y prácticamente no ofrecer consideración respecto de la otra alternativa que la Circular contempla [«... o *quedara evidenciada su improcedencia a criterio conjunto de la Caja y la representación laboral* »], que es -a mi juicio- la que ofrece la correcta solución a la presente litis; aparte de que, aun en su limitada concreción al motivo denegatorio referido, la formal interpretación que del requisito se hace no lleva -también entiendo- a una solución razonable. Trataré de justificarlo en el siguiente fundamento.

SEGUNDO.- 1.- Ciertamente coincido con la sentencia aportada como referencial -citada STS 08/Julio/2014- y también con la dictada en esa misma fecha en el recurso 1153/2013 , en dos extremos: a) que la Circular de que tratamos [B-147/87] introdujo una mejora sobre el régimen legal y convencional aplicable en materia de excedencia voluntaria; y b) que la doble posibilidad de justificar la negativa a la reincorporación [informe desfavorable; o se evidencie su improcedencia a criterio conjunto de la Caja y la representación laboral], debe interpretarse en el sentido de que la primera eventualidad implica la emisión de una previa opinión fundada por un alguien ajeno a quien adopta la decisión, y que la segunda no puede identificarse con la simple respuesta al afectado de la denegación de su solicitud por inexistencia de vacantes.

Pese a ello, comparto plenamente el criterio de la sentencia impugnada -y la del J/S que confirmaba- cuando sostiene que la imposibilidad de reincorporar al actor por falta de puestos de trabajo de su categoría se deduce del hecho de que desde el año 2010 la empresa demandada atraviesa un proceso de reestructuración interna que ha exigido -entre otras medidas- la amortización de un gran número de puestos de trabajo y ha conllevado que no se hayan producido reincorporaciones desde la excedencia voluntaria una vez finalizado su período de vigencia. Situación en la que -según se refleja en los hechos probados de la resolución- impugnada se encuentran 77 trabajadores, ocupando el demandante el puesto 72 en la lista.

2.- Mi criterio -confirmar la decisión recurrida y rectificar la doctrina expuesta por nuestra sentencia de contraste-, en manera alguna pasa por identificar «informe desfavorable» con «reestructuración interna», que -como señalé más arriba- es la alternativa denegatoria que el texto mayoritario trata con mayor detalle argumental [«La genérica valoración desfavorable que se quiere obtener de la situación de reestructuración existente dos años atrás no es aceptable como informe desfavorable de la solicitud de reingreso y menos, sin atender a circunstancias más específicas, e incluso centradas en el ámbito funcional al que correspondería el derecho que se está demandando»], sino que mi conclusión exclusivamente descansa en considerar que el criterio común de la Caja y de la representación laboral sobre la improcedencia del reingreso automático de los trabajadores excedentes voluntarios [la otra alternativa de causa denegatoria al reingreso: «... o *quedara evidenciada su improcedencia a criterio conjunto...*»], ha de entenderse implícito en el común actuar de Empresa y RLT ante la crisis del sector bancario y pactado devenir de la plantilla. Y concretando aún más, en el hecho de que cuando el actor pretendió volver al servicio activo -a finales de 2012- la empresa demandada ya se encontraba inmersa en un proceso de reestructuración -cuyos datos son de público y notorio conocimiento, con independencia de su constancia formal en el relato de HDP - como consecuencia de la fusión de los Grupos Caixa Catalunya, Caixa Tarragona y Caixa Manresa, y a que en razón a esa crisis desde el año 2010 la empresa y los representantes del personal alcanzaron varios acuerdos para proceder a la extinción del contrato de miles de trabajadores [1300 en Junio/2010; 330 en Junio/2011; 2600 en Marzo/2013; y 700 en Junio/2015]; acuerdos que la autoridad laboral homologó y que fueron acompañados de otras medidas laborales como bajas incentivadas, jubilaciones anticipadas, traslados, suspensión de contratos y reducciones de jornada.

Sostener -como la decisión mayoritaria hace- que el requisito alternativo [«o quedara evidenciada su improcedencia a criterio conjunto de la Caja y la representación laboral»] «requiere un análisis específico y no genérico que ponga de manifiesto la situación desfavorable que impida o desaconseje el reingreso de un trabajador con la categoría del demandante en ese momento en el que se solicita», es una exigencia formalista -al margen de lo que se dirá en el siguiente apartado- que en todo caso no tiene el amparo de la literalidad de la norma, puesto que si conforme al Diccionario de la Lengua, «evidenciar» es «hacer patente y manifiesta la certeza de algo», me parece razonable entender que el despido -pactado con la RLT- de miles de trabajadores constituye «evidencia» de que en tales circunstancias no procede reingresar a ningún empleado que por exclusivos intereses personales se hubiese situado fuera de la empresa años antes mediante el mecanismo de excedencia voluntaria, sin que medie necesidad alguna -a lo que entiendo- de que la improcedencia de la reincorporación sea precedida del «análisis específico» que la mayoría de la Sala entendió necesario. A mi entender, la «evidencia» que el precepto refiere alude a un plano genérico de convicción absolutamente diverso al análisis «específico» que el texto mayoritario exige.

3.- En mi opinión, el posicionamiento -expreso y nítido- de los representantes de los trabajadores a favor de la necesidad de corregir por la vía del ERE el sobredimensionamiento de la plantilla, procediendo al cierre de muchos cientos de oficinas de las Cajas integradas, comporta -a mi juicio- su conformidad implícita con la inaplicación -en el contexto descrito- de una mejora introducida por la autonomía colectiva 25 años antes,



en tanto que una voluntad favorable al reingreso del excedente resulta radicalmente incompatible con la voluntad común de amortizar tan significativo número de puestos de trabajo sobrantes como consecuencia de la plural fusión de diversas entidades bancarias. Acuerdo éste RLT-Empresa inequívocamente indicativo de la inexistencia de puestos vacantes susceptibles de ser cubiertos por el personal excedente voluntario, incluso atendiendo a los términos de unos pactos suscritos en tan lejanas fechas [1987] y diferentes circunstancias, de forma que no parece racionalmente exigible -en el contexto del referido proceso de reestructuración de plantilla y multitudinario cese acordado con la RLT- que la empresa haya de requerir expresa y necesariamente a los representantes del personal para que expresen su criterio cada vez que reciba una solicitud de reingreso desde la excedencia voluntaria; en igual manera que tampoco parece exigible -en tales circunstancias- que necesariamente haya de procederse, aun a pesar de resultar deseable, a que la denegación vaya precedida de un análisis «específico» de la improcedencia del reingreso, cuando la solicitud se presenta en el marco de un multitudinario despido colectivo: si en la empresa sobran miles de trabajadores y se cierran cientos de sucursales, obviamente no procede incorporar a ella excedente alguno con una categoría profesional -Jefe de IV- tan común entre los afectados por el ERE.

No deja de ser significativo al respecto que, conforme a los HDP, ninguno de los 77 trabajadores excedentes a la fecha de autos -lista en la que el actor ocupaba el número 72- hubiese sido readmitido; y que -a mayor abundamiento- la obsoleta Circular B-147/1987 fuese expresamente dejada sin efecto -de común acuerdo entre empresa y RLT- en fecha 8/10/13 [cláusula V.V.2 del pacto que puso fin al ERE de 2013].

TERCERO.- 1.- En todo caso, la diversidad de circunstancias que median entre la lejana fecha en que fue emitida la Circular B-147/87 [plena bonanza en el sector bancario] y la existente en la actualidad [apremiante reestructuración] es un elemento al que no cabe negar acusada trascendencia jurídica, tanto si la cuestión se examina desde una perspectiva contractual, cuanto si se contemple desde un estricto plano normativo. En efecto:

a).- Si bien esa diversidad de circunstancias no puede argüirse como soporte aplicativo de la cláusula «rebus sic stantibus», habida cuenta de su muy escasa -más bien nula- aplicabilidad en el campo del Derecho del Trabajo, tanto por sus específicas reglas orientadas a modificar las condiciones de trabajo [arts. 39 a 41 ET], cuanto por la singularidad del Convenio Colectivo como fuente del Derecho [art. 3.1 ET] (SSTS 26/04/07 -rco 84/06 -; 14/10/08 -rco 129/07 -; 17/06/10 -rco 68/09 -; 12/03/13 -rco 30/12 -; 17/12/13 -rco 107/12 -; 20/01/14 -rco 56/13 -; y SG 18/03/14 -rco 15/13 -), de todas formas sí puede y debe operar como justificación para excluir una interpretación formal y burocratizada de las exigencias que, por lo dicho, resulta manifiestamente discordante con la situación laboral -crisis bancaria- en la que la referida Circular ha de aplicarse a la presente fecha, mucho tiempo después de su emisión, en tanto que tal variación de las circunstancias -la alteración de la «base del negocio», en materia contractual- cuando menos racionalmente imponen una lectura finalista de la norma colectiva a aplicar.

b).- A conclusión idéntica habría de llegarse desde la contemplación de la cuestionada Circular en plano normativo, pues en tanto que incorpora el pacto colectivo referido a las excedencias no dejaría de ser posible objeto del criterio hermenéutico de la «realidad social» [art. 3 CC], pues si bien con carácter general hemos defendido que «... es la negociación colectiva y no la jurisdicción el medio o instrumento previsto para modificar el contenido de cláusulas convencionales antiguas, que hipotéticamente ya no estén acompasadas a las necesidades y al nivel de vida del momento en que han de ser aplicadas», de todas formas también hemos sostenido que el «criterio de interpretación del art. 3.1 Código Civil ["Las normas se interpretarán ... en relación con ... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas"] puede tener aplicación... para preceptos antiguos o que han experimentado un proceso más o menos acelerado de obsolescencia... » (STS 12/06/08 -rco 58/07 -).

Criterio hermenéutico éste, de adaptabilidad aplicativa de la normativa interna de la empresa -pactada o unilateral- a la variación de circunstancias producidas por el devenir del tiempo, que precisamente ha tenido reciente consagración por el Pleno de la Sala en la sentencia 624/2018, de 3/Junio [rcud 3291/15].

De no admitirse así, y con independencia de las razones antedichas, incluso los trabajadores afectados por el despido colectivo podrían invocar injustificado agravio comparativo respecto del personal excedente voluntario, pues en tanto aquéllos habrían de sufrir inevitablemente -como sufrieron- las medidas correctoras del sobredimensionamiento de la plantilla, los trabajadores excedentes se verían injustificadamente privilegiados -es el caso- por la ausencia de una simple formalidad que amparase la respuesta -negativa- dada a su solicitud de reingreso.

2.- Asimismo he de señalar que -al menos en mi opinión- las precedentes consideraciones en manera alguna se ven empañadas por la circunstancia de que en el punto 15 del acuerdo con el que concluyó el ERE de 2010 -como destaca la decisión de que discrepo- se hubiese estipulado que «los empleados en situación



de excedencia por cualquier motivo, mantendrán sus derecho y/o expectativas en los mismos términos que antes de producirse la fusión». Esta afirmación en nada trasciende a la cuestión de que tratamos, en tanto que el derecho expectante al regreso en la empresa que corresponde a los excedentes voluntarios -otra cosa habría que decir respecto de quienes se hallan en excedencia forzosa- no puede sino ser respetado por los negociadores de un ERE, al tratarse de una singular situación que ni tan siquiera constituye suspensión del contrato de trabajo [SSTS 25/10/00 -rcud 3606/98 -; y 20/01/10 -rcud 2347/08 -] y sólo atribuye un derecho potencial al reingreso -de existir vacante adecuada-, cuya frustración por el cierre de la empresa o por un ERE que obstaculice la existencia de vacantes en manera alguna puede dar derecho -como bien recuerda la sentencia de que discrepo- a indemnización (SSTS SG 25/10/00 - rcud 3606/98 -; ... 26/10/06 -rec. 4462/05 -; ... 19/01/07 -rcud 4493/05 -; 22/01/08 -rcud 806/07 -; ... 20/01/10 -rcud 2347/08 -; 30/04/12 -rcud 2228/11 -; y 30/11/12 -rcud 3232/11 -).

Por ello, aquella cláusula no comporta en el caso de autos relevancia alguna, en tanto que se limita a reiterar -inesesariamente- lo que en derecho corresponde a los trabajador excedentes voluntarios tras un PDC, cual es el mantenimiento de su excepectante derecho a reingresar; otra cosa es el efecto material -obstativo- que en la práctica haya de significar el despido colectivo para la potencial reincorporación del excedente a la empresa, pues drástica la reducción de plantilla que el PDC significa, obviamente ha de reducir de manera radical -cuando no directamente obstar- las posibilidades reales de reingreso.

3.- Las precedentes consideraciones son las que me llevan a disentir del criterio mayoritario, por entender -como expresaba en el proyecto de sentencia rechazado por la Sala- que debiera desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia recurrida, en tanto que la misma había ofrecido una correcta interpretación de la Circular B-147/1987 y conducía -por ello- a una aplicación razonable de la misma, a la par que la única ajustada a la realidad laboral del momento [art. 3 CC]. Con ello no hago sino reiterar el criterio ya expuesto precisamente en la sentencia de contraste por los dos Magistrados entonces discrepantes, a cuyos razonamientos me remito y expresamente hago míos.

En Madrid a doce de septiembre de dos mil dieciocho.