



Roj: **STSJ M 15942/2013 - ECLI:ES:TSJM:2013:15942**

Id Cendoj: **28079340012013100911**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/11/2013**

Nº de Recurso: **1592/2013**

Nº de Resolución: **896/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA JOSE HERNANDEZ VITORIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 15942/2013,**
STS 981/2015

Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 01 de lo Social

Domicilio: C/ General Martínez Campos, 27 - 28010

Teléfono: 914931977

Fax: 914931956

34016050

NIG : 28.079.00.4-2012/0008012

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL - SECCIÓN PRIMERA

Recurso número: 1592/13

Sentencia número: 896/13

S.

Ilmo. Sr. D. JUAN MIGUEL TORRES ANDRÉS

Presidente

Ilmo. Sr. D. IGNACIO MORENO GONZÁLEZ ALLER

Ilma. Sra. D^a. MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA

En la Villa de Madrid, a quince de noviembre de dos mil trece, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1.978,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de suplicación número 1592/13 formalizado por la Sra. Letrada Dña. Belén Sánchez Caja en nombre y representación de D. Héctor contra la sentencia de fecha quince de marzo de dos mil trece, dictada



por el Juzgado de lo Social número 17 de MADRID , en sus autos número 953/12, seguidos a instancia del citado recurrente frente a "ALCAMPO SA", en reclamación por despido, siendo Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. MARÍA JOSÉ HERNÁNDEZ VITORIA, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- La parte actora comenzó a prestar sus servicios para la demandada el día 10-9-85; ostentaba la categoría profesional de Jefe de Sección y devengaba, en el año 2007, un salario mensual de 2.035,65 euros con prorrateo de pagas extras.

SEGUNDO.- El día 4-5-07 el actor solicitó una excedencia voluntaria por un periodo de 6 meses, que fue concedida del 16-5-07 al 15-11-07. El 18-9-07 solicitó ampliarla por otros seis meses, lo que se concedió por la empresa hasta el 15-5-07. Posteriormente el actor volvió a solicitar hasta 4 ampliaciones más, lo que fue concedido por la empresa hasta el día 15-5-12.

TERCERO.- Con fecha 14-2-12 y para el 16-5-12, el actor solicitó su reincorporación a su puesto de trabajo, siéndole denegada por no disponer de ninguna vacante en el puesto de Jefe de Sección ni en ningún otro puesto del mismo Grupo Profesional de Mandos que desempeñaba (doc. 1 y 2 de la demanda)

CUARTO.- Con fecha 27-4-12 el actor volvió a solicitar su reincorporación con efectos de 16-5-12, y la empresa le contesta mediante carta de fecha 15-5-12 que "en estos momentos no tenemos una vacante de su misma función o similar en su centro de trabajo, por lo que no podemos acceder a su reincorporación.

No obstante si podemos ofrecerle la posibilidad de su reingreso en la empresa en su misma función o similar, en otro centro de trabajo. Debido a la apertura en los próximos meses de un nuevo hipermercado de nuestra empresa le podemos ofrecer un puesto en el mismo que está ubicado en La Zenia de Orihuela (Alicante), por lo que, si así fuera, le rogamos que nos lo comunique en el plazo de 10 días desde el recibo de la presente". (doc. 3 y 4 de la demanda)

QUINTO.- El día 25-5-12 el actor comunica a la empresa que "(...) en relación con la posibilidad de reingreso que por otra parte se me ofrece en esa misma carta, le comunico que no puedo acogerme a la misma por los siguientes motivos:

(i) Se me ofrece el reingreso en un puesto indeterminado, en un nuevo hipermercado que, conforme a la literalidad de su carta, se abrirá en próximos meses.

(ii) Se trata de un centro de trabajo ubicado en distinta localidad en concreto, en La Zenia de Orihuela-Alicante, lo que implicaría cambio de residencia.

(iii) Y, al no ofrecerme un reingreso inmediato, en el ínterin puede surgir una vacante de mi misma función o similar en el mismo centro de trabajo que ocupaba antes de la excedencia, o en otro distinto pero de la misma localidad.

En consecuencia, y dado que no renuncio a mi derecho como excedente voluntario, quedo en situación de expectativa hasta que se produzca una vacante en un puesto de igual o similar categoría al que ocupaba antes de la excedencia, y en el mismo u otro de los centros de la empresa en Madrid". (doc. 5 de la demanda)

SEXTO.- Mediante carta de 21-6-12 la empresa contesta:

El puesto que le hemos ofrecido es determinado y concreto puesto que es como Jefe de Sección en Hipermercado de Alcampo de La Zenia de Orihuela (Alicante)

Usted se incorporará el próximo día 1 de julio de 2012 en dicho Centro.

Que de ratificarse usted en no ser aceptada esta oferta por su parte, entenderíamos que usted renuncia a su derecho de reingreso preferente, ya que este derecho es para una vacante en la empresa.

Que, como usted nos dice en su carta, si hasta la fecha surgiera una vacante de su misma función o similar en este centro se le ofreceríamos por si estuviera usted más interesado". (doc. 6 de la demanda)



SEPTIMO.- El 4-7-12 el actor entrega una carta a la empresa con el siguiente texto: "Acuso recibo de su carta de fecha 13 de junio de 2012 (que me fue entregada el 21 de junio de 2012), y ratifico el contenido íntegro de mi anterior comunicación de fecha 25 de mayo de 2012.

Asimismo, como ya le expuse en dicha comunicación, le reitero que mi negativa a aceptar el puesto de ofrecido en la provincia de Alicante no implica una renuncia a mi derecho como excedente voluntario, por lo que ejercitaré las acciones pertinentes contra la decisión que me ha comunicado la empresa de considerar el rechazo de la oferta como una renuncia a mi derecho de reingreso". (doc. 7 de la demanda)

OCTAVO.- En el periodo entre el 1-2-12 y el 30-6-12, la empresa ha efectuado las siguientes contrataciones en la Comunidad de Madrid:

- tres responsables de mantenimiento (uno en el centro de trabajo Pio XII en Madrid y los otros dos en Aldaida-Valencia)

- un jefe de producto central de compras

- tres técnicos en prevención de riesgos laborales (dos en Servicios Centrales y uno en Palma de Mallorca)

NOVENO.- El 26-9-12 se abrió un Hipermercado Alcampo en La Zenia de Orihuela (Alicante), al que se trasladaron, procedentes de hipermercados de otras ciudades, y con efectos de 1-6-12, 21 Jefes de Sección.

DECIMO.- El día 17-7-12 el actor presentó papeleta de conciliación ante el SMAC., celebrándose el acto sin avenencia el día 6- 8-12.

TERCERO: En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Que desestimando la excepción de caducidad y desestimando la demanda formulada por D. Héctor contra ALCAMPO, S.A., debo absolver y absuelvo a la parte demandada de los pedimentos formulados en su contra".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte demandante, formalizándolo posteriormente; tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social de Madrid, tuvieron los mismos entrada en esta Sección Primera en fecha 3 de julio de 2013, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación forma.

SEXTO: Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de autos al mismo para su conocimiento y estudio en fecha 30 de octubre de 2013, señalándose el día 13 de noviembre de 2013 para los actos de votación y fallo.

SEPTIMO: En la tramitación del presente recurso de suplicación no se ha producido ninguna incidencia.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al Sr. Héctor , jefe de sección de la empresa "Alcampo SA", le fue concedida excedencia voluntaria desde 16 de mayo de 2007 hasta 15 de mayo de 2012. En febrero de 2012 solicitó su reincorporación laboral, que le fue denegada basándose en carecer de vacante en el grupo profesional al que pertenecía el trabajador. En abril de 2012 se reiteró la solicitud de reingreso y la empresa le ofreció una vacante en Orihuela, provincia de Alicante, que aquél no aceptó, si bien insistió en que tal decisión implicaba mantenerse en expectativa de destino hasta tanto surgiese una vacante que pudiese ocupar en alguno de los centros de Madrid. A ello le respondió la empresa que, caso de mantenerse el rechazo a la oferta correspondiente a la citada plaza de Orihuela, entendería que renunciaba al derecho de reingreso preferente propio de la situación de excedencia. Como quiera que el trabajador mantuvo su decisión, presentó demanda de despido contra la decisión empresarial que se ha mencionado, la cual fue resuelta por sentencia del juzgado de lo social nº 17 de Madrid de 15 de marzo de 2013 , de signo desestimatorio.

Recorre el actor en suplicación

SEGUNDO.- Plantea en él dos motivos. El primero invoca los arts. 46.5 y 40.1 ET , deduciendo del juego conjunto de ambos que, si bien el primero de ellos sólo establece, en su apdo. 5, el derecho preferente del excedente voluntario al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría que hubiera o se produjeran en la empresa, el término "empresa" debe entenderse "como marco geográfico concreto en el que el trabajador desempeñe su trabajo, y no en el sentido amplio considerado por la juzgadora de instancia de unidad económica de producción comprensiva de toda organización". Por tanto, si la oferta de reincorporación laboral no se efectúa en aquellos términos, la negativa del trabajador a su aceptación no implica la renuncia al reingreso, sino sólo



el mantenimiento de la situación de expectativa hasta que exista una vacante adecuada, según resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1988 .

El segundo motivo reitera la petición de mantenimiento en excedencia voluntaria que se acaba de indicar, pues lo contrario supone un traslado sin preaviso para planificar el correspondiente cambio de residencia, lo que resulta contrario al mandato de buena fe en las relaciones laborales que establece el art. 20.3 ET .

La empresa se opone, invocando en su favor la doctrina que contiene la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1999 , que se dice ha superado el criterio mantenido por la resolución de 12 de diciembre de 1988 que invoca la parte recurrente. Del mismo modo, cita distintas sentencias de diversos Tribunales Superiores de Justicia, entre ellos el de Madrid (sentencia de 16/11/07).

TERCERO.- El art. 46 ET regula la situación de excedencia y sus diversas modalidades, disponiendo respecto a la de carácter voluntario: En el apartado 2 de aquel precepto, que " *El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia* ". En el apartado 5 de la misma norma, que " *El trabajador excedente conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa* ". Y en el apartado 6 que " *La situación de excedencia podrá extenderse a otros supuestos colectivamente acordados, con el régimen y los efectos que allí se prevean* " .

Por tanto, en principio, el derecho del trabajador excedente voluntario a reincorporarse laboralmente se entiende referido al ámbito de la empresa, sin perjuicio de lo que pueda establecer en la materia el convenio colectivo aplicable.

En el caso presente el art. 40 del convenio colectivo estatal de grandes almacenes vigente en el momento en que el recurrente dice tuvo lugar su despido (BOE 5 octubre 2009) establecía:

"Artículo 40. Excedencias.

Podrán solicitar la excedencia voluntaria todos los trabajadores y trabajadoras de la empresa siempre que lleven, por lo menos, un año de servicio.

La excedencia voluntaria se concederá por un plazo no inferior a cuatro meses ni superior a cinco años. Este derecho solo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador/a si transcurriesen cuatro años desde el final de la anterior excedencia; a ningún efecto se computará el tiempo que los trabajadores/as permaneciesen en esta situación.

Al término de la situación de excedencia el personal tendrá derecho preferente al reingreso en la primera vacante que se produzca en la empresa de su mismo grupo profesional, si no hubiese trabajadores/as en situación de excedencia forzosa.

Se perderá el derecho de reingreso en la empresa si no es solicitado por el/a interesado/a con una antelación de quince días a la fecha de finalización del plazo que le fue concedido".

Como vemos, la referencia del derecho de reincorporación laboral no establece ninguna mejora respecto a la regulación estatutaria, sino que también toma como referencia la empresa, por lo que debemos precisar qué alcance se atribuye a este término, de acuerdo con la jurisprudencia, teniendo en cuenta que cada parte recurrente invoca en su favor una determinada sentencia del Tribunal Supremo, de modo que se trata de ver si la doctrina de una y otra resultan compatibles.

CUARTO .- La sentencia de fecha 12 de diciembre de 1988 invocada por la parte recurrente mantuvo la siguiente doctrina:

*"El punto nuclear objeto de debate queda así reducido al tema suscitado en el segundo de los motivos del recurso en el que, por adecuado cauce procesal, se denuncia la interpretación errónea del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores , en relación con el artículo 40.1.º del mismo texto legal , motivo que debe ser estimado en razón a que, si bien el derecho al reingreso en caso de excedencia voluntaria, a que se refiere el precepto denunciado como infringido, no lleva aparejada reserva de plaza en la norma estatutaria, lo que propicia el que se configure con grandes diferencias en cuanto a su alcance e intensidad en la normativa sectorial, aunque no en el Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorros que es el aplicable al supuesto enjuiciado, y hace difícil determinar, en ocasiones, dada la parquedad de su regulación legal, el concreto puesto de trabajo en que debe reingresar el excedente, **la solución interpretativa más ajustada a Derecho parece ser la de que el reingreso debe producirse en un puesto de trabajo de la misma localidad en la que prestaba sus servicios, ya que la pretensión unilateral de la empresa de que aquél reingrese en localidad, distinta obstaculizaría gravemente el ejercicio del derecho del***



excedente a su reincorporación, alterando sustancialmente su situación original y posibilitando la asignación a éste de un puesto en el lugar que le fuera más gravoso a fin de hacerle desistir de su propósito de reingreso.

Tercero: De lo expuesto no puede deducirse que la negativa del actor a optar por ninguno de los puestos de trabajo que le fueron ofrecidos que implicaban un cambio de residencia lleve implícita una renuncia al Derecho que le corresponde como excedente voluntario, ni produzca, en consecuencia, la extinción del contrato de trabajo por dimisión del trabajador, al amparo del artículo 49.4.º del Estatuto de los Trabajadores, cómo erróneamente entendió el Magistrado sentenciador, sino que aquel queda, ante la inexistencia de vacante, en una situación de expectativa hasta que la vacante procedente se produzca, situación que equilibra las posiciones de empleado y empresario, ya que el primero no se ve obligado a trasladar su domicilio con los perjuicios que ello siempre acarrea y el segundo no se encuentra obligado a readmitir, de momento, al excedente que quedaría en situación expectante por tiempo indeterminado, y determina la prosperabilidad del cuarto y último de los motivos que acusa la indebida aplicación del precitado artículo 49.4.º, con estimación únicamente del pedimento subsidiario del escrito de formalización del recurso de reconocimiento del Derecho a obtener el reingreso en un puesto de trabajo de igual o similar categoría a la que ostentaba cuando se origine la correspondiente vacante".

QUINTO. - Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1999 (RCUD 3967/1998) indica: *"... la Sentencia recurrida (como la de instancia) no considera que existan vacantes en la localidad origen o donde se produjo la excedencia, sino que condiciona el reingreso a que se produzca allí alguna vacante «bien por la extinción de cualquiera de los contratos en vigor, bien por la conclusión de alguno de los contratos eventuales o interinos actualmente en vigor, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración». Estos términos del fallo contrarían de modo frontal el instituto de la excedencia voluntaria y la necesidad de que alguna de las partes inste a la otra a poner fin a la situación de suspensión del contrato. La solicitud de reingreso una vez concluida la causa de suspensión del contrato debe ser atendida en los términos del ordenamiento, y así lo ha hecho la empresa, ofreciendo vacantes existente y sin que se haya alegado y menos acreditado la existencia de otras. Quiere decirse que, transcurrido el plazo por el que se concedió la excedencia, solicitado el reingreso y ofrecida la vacante adecuada a la categoría (o a una similar) del excedente, se agota el derecho de éste, por lo que el pronunciamiento condenatorio en que se condena a la empresa a readmitirle cuando se produzca una vacante en una determinada localidad carece de toda base legal e infringe el invocado artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores".*

SEXTO.- Aun cuando aparentemente pueda pensarse que ambas sentencias mantienen criterios contradictorios, en realidad no es así, ya que, al observar el supuesto de hecho al que se refieren una y otra, se advierte que la situación que contemplan es muy diferente.

En la primera de las sentencias parcialmente transcrita la empresa ofreció al trabajador su reincorporación laboral en una localidad que, distando de forma relevante de aquélla donde estaba destinado cuando pasó a excedencia, requería su traslado de domicilio; por ello se concluyó que no estaba obligado a aceptar el destino que se le ofrecía. En la segunda sentencia la distancia geográfica entre ambas localidades de referencia era escasa y no requería traslado alguno del trabajador, siendo ésta la razón por la se entendió que el trabajador debía aceptar el puesto que se le ofrecía. Por tanto, hemos de ver en cuál de esos dos casos tiene encaje el supuesto del presente litigio.

SÉPTIMO.- No cuestionada la inexistencia de vacantes en Madrid acordes con la categoría del Sr. Héctor, como tampoco que la distancia entre Madrid (localidad de destino al pasar a excedencia) y Orihuela (local que se ofrece como plaza de reincorporación) distan más de 300 kms y requieren ineludiblemente el traslado del trabajador, es de plena aplicación la doctrina de la sentencia de 12 de diciembre de 1988. De ella resulta que la negativa de la empresa a incorporar laboralmente al recurrente en Madrid no es despido, pero tampoco la negativa del trabajador a incorporarse a Orihuela supone renuncia ni dimisión alguna a su puesto de trabajo, sino que mantiene el derecho expectante a incorporarse en las condiciones que establece el convenio. Lo contrario supondría una vía para que la empresa hiciese irrealizable el derecho de vuelta al trabajo que tiene legalmente reconocido el trabajador excedente.

Por lo demás, la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de noviembre de 2007 citada por la empresa no es localizable con estas referencias y tampoco podemos saber qué circunstancias de hecho concurrían en ese supuesto.

Por tanto, el recurso se estima parcialmente.

OCTAVO.- No procede la imposición de costas, dado que la parte vencida de la que habla el art. 235.1 LRJS es la recurrente que carece del beneficio de justicia gratuita y ve íntegramente desestimada su pretensión.



NOVENO.- La presente sentencia puede ser recurrida en casación para unificación de doctrina en los términos establecidos en el art. 218 LRJS .

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por D. Héctor contra la sentencia de fecha quince de marzo de dos mil trece, dictada por el Juzgado de lo Social número 17 de MADRID , en sus autos número 953/12, seguidos a instancia del citado recurrente frente a "ALCAMPO SA", en reclamación por despido. En su consecuencia, revocamos la sentencia de instancia, declarando que la negativa de la empresa a incorporar laboralmente al recurrente en Madrid no es despido, pero tampoco la negativa del trabajador a incorporarse a Orihuela supone renuncia ni dimisión alguna a su puesto de trabajo, sino que mantiene el derecho expectante a incorporarse en las condiciones que establece el convenio. Sin costas.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social de Madrid dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con lo establecido, más en concreto, en los artículos 220 , 221 y 230 de la LRJS .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, deberá acreditarse ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso el ingreso en metálico del depósito de 600 euros conforme al art. 229.1 b) de la LRJS y la consignación del importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente, en la cuenta corriente número 2826000000 nº recurso que esta Sección Primera tiene abierta en el Banco Español Crédito, sucursal número 1026, sita en la calle Miguel Ángel 17, 28010 de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen recurso de casación para la unificación de doctrina contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, modificado por el RDL 3/13, de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma; tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012, de 13 de diciembre.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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