



Roj: **STSJ CL 4983/2013 - ECLI:ES:TSJCL:2013:4983**

Id Cendoj: **47186340012013101885**

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

Sede: **Valladolid**

Sección: **1**

Fecha: **13/11/2013**

Nº de Recurso: **1691/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **RAFAEL ANTONIO LOPEZ PARADA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIAL

VALLADOLID

SENTENCIA: 01879/2013

T.S.J.CASTILLA-LEON SOCIALVALLADOLID

-

C/ANGUSTIAS S/N (PALACIO DE JUSTICIA) 47003.VALLADOLID

Tfno: 983413204-208

Fax:983.25.42.04

NIG: 24089 44 4 2012 0003166

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0001691 /2013 R.L.

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0001049 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 003 de LEON

Recurrente/s: Coro

Abogado/a: BEATRIZ LLAMAS CUESTA

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: AYUNTAMIENTO DE LEON AYUNTAMIENTO DE LEON, COMISION NEGOCIADORA DEL EXPEDIENTE DE REGULACION DE EMPLEO DEL AYUNTAM DE LEON

Abogado/a: JOSE RAMON MARTIN VILLA,

Procurador/a: JOSE LUIS MORENO GIL,

Graduado/a Social: ,

Rec. 1691/2013

Ilmos. Sres.

D. Emilio Álvarez Anllo

Presidente Sección

D. José Manuel Riesco Iglesias

D. **Rafael A. López Parada** /



En Valladolid a trece de Noviembre de dos mil trece.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid, compuesta por los Ilmos. Sres. anteriormente citados ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación núm. 1691 de 2.013, interpuesto por Coro contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Tres de León (Autos:1049/12) de fecha 18 de Marzo de 2013, en demanda promovida por referida actora contra EL AYUNTAMIENTO DE LEON, COMISION NEGOCIADORA DEL EXPEDIENTE DE REGULACION DE EMPLEO DEL AYUNTAMIENTO, sobre DESPIDO, ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. DON **Rafael A. López Parada**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 25 de Octubre de 2012, se presentó en el Juzgado de lo Social de León Número Tres, demanda formulada por la parte actora en la que solicitaba se dictase sentencia en los términos que figuran en el Suplico de la misma. Admitida la demanda y celebrado el juicio, se dictó sentencia en los términos señalados en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- En referida Sentencia y como Hechos Probados constan los siguientes:" **PRIMERO.-** La demandante, Coro , D.N.I. NUM000 , ha venido prestando servicios laborales para la empresa codemandada, Excmo. Ayuntamiento de León, perteneciente al sector de Administración Local, en el centro de trabajo de León, desde el 19 de noviembre de 1991, con la categoría profesional de monitor de las Escuelas Deportivas Municipales, ocupándose de la actividad de balonmano como trabajadora indefinida discontinua, y con un salario bruto diario de 19,25 euros, incluida la prorrata de pagas extraordinarias. Actualmente se encuentra en situación de desempleo.

SEGUNDO .- La actora solicitó, en octubre de 2010, la excedencia por razones de incompatibilidad laboral, petición aceptada por el Ayuntamiento, que en la resolución por la que concede la excedencia específica (folios 60 y 79 de los autos): "solicitado el reingreso dentro del plazo, el excedente ocupará el puesto de trabajo que corresponda a su categoría profesional que figure como vacante, dentro de los días siguientes a la presentación de su solicitud. Caso de no existir vacante, quedará en expectativa de destino y en idénticas condiciones previstas para la excedencia."

TERCERO .- Con fecha 23 de julio de 2012 y efectos de 7 de agosto siguiente, la empresa demandada comunicó por escrito a la actora su despido objetivo en los términos que se reflejan en el folio 55 de los autos, que se dan por íntegramente reproducidos. Dicha decisión se basa en las causas económicas que allí se especifican, y que son las expuestas a los representantes de los trabajadores durante el periodo de consultas celebrado entre el 27 de abril y el 25 de mayo últimos, que concluyó con acuerdo entre el Ayuntamiento de León y la Comisión Negociadora de los Representantes de los trabajadores en aquél de fecha 25 de mayo de 2012, sobre despido objetivo colectivo. En la comunicación se indica que, al estar la interesada en situación de excedencia voluntaria, no tendría derecho a percibir indemnización como consecuencia de la decisión extintiva.

CUARTO.- Tras la práctica de la prueba, han quedado esencialmente acreditadas, en lo sustancial, las causas económicas que dieron origen al acuerdo que concluyó el ERE. Concretamente, los resultados presupuestarios de 2010 arrojan un déficit de 15.254.332 euros en 2010 y de 2.911.558,57 euros en 2011 (folio 68), teniéndose aquí por reproducidos los datos contables relativos a las medidas propuestas en el plan obrante al folio 67.

QUINTO .- El Ayuntamiento demandado ha seguido los trámites exigibles en el momento de su realización para los despidos objetivos colectivos, como consta en el expediente.

SEXTO.- No consta que en la consecución del procedimiento de negociación haya concurrido dolo, fraude de ley o abuso de derecho, ni que haya sido objeto de impugnación por los cauces del despido colectivo ante la Sala competente.

SÉPTIMO.- En comunicación de fecha 15 de mayo de 2012, obrante al folio 80 de los autos, que se tiene por reproducido, el Ayuntamiento requirió a la actora para que "confirme por escrito si desea o no prestar servicio en la próxima temporada."

OCTAVO.- La ahora demandante, en instancia presentada el 21 siguiente (folio 81), manifestó: "Deseo prestar servicio en la próxima temporada como trabajador fijo discontinuo de escuelas deportivas". La actora no llegó a reincorporarse después de la excedencia y con anterioridad a la comunicación extintiva, ni ha sido sustituida por otro trabajador.



NOVENO.- La demandante no ocupa ni ha ocupado durante el último año cargo electivo sindical, ni está amparada en las garantías sindicales dimanantes del ejercicio del mismo ni de las relativas a los representantes de los trabajadores.

DÉCIMO. - Agotada la vía previa, el día 10 de octubre de 2012 se presentó la demanda.

TERCERO.- Interpuesto Recurso de Suplicación contra dicha sentencia por la parte demandante, fue impugnado por la parte demandada. Elevados los autos a esta Sala, se designó Ponente, acordándose la participación a las partes de tal designación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con carácter previo ha de rechazarse la admisión de los documentos que se acompañan con el recurso al amparo del artículo 233 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social. De acuerdo con el texto de dicho artículo cabe admitir documentos nuevos en el recurso en los supuestos siguientes:

- a) Sentencias o resoluciones judiciales o administrativas firmes, debiendo haber sido dictadas, notificadas o conocidas en fecha posterior al momento en que se pudieron alegar en el juicio laboral de instancia;
- b) Documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables,
- c) Documentos de aquéllos que pudieran dar lugar a posterior recurso de revisión conforme al artículo 236 de la Ley 36/2011 y al artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil
- d) Documentos necesarios para evitar la vulneración de un derecho fundamental.

En todo caso debe tratarse de documentos que, por su fecha o por ser desconocidos u ocultos, no pudieran presentarse en el acto del juicio, condición que no cumplen los que aquí se acompañan, al tratarse de nóminas de la propia actora de fechas muy anteriores al acto de la vista y que pudieron aportarse en éste.

SEGUNDO.- Al amparo de la letra b del artículo 193 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, el recurrente pretende modificar la relación de hechos probados de la sentencia de instancia para modificar el salario de la trabajadora, modificación que se ampara en documentos que acompaña con el recurso y que han sido rechazados, por lo que la modificación pretendida es rechazada.

TERCERO.- Con el mismo amparo procesal se esgrime otro motivo de revisión de hechos probados que ha de ser rechazado por incumplir los requisitos esenciales de un motivo de esta índole en el seno de un recurso de suplicación. El recurso de suplicación tiene naturaleza extraordinaria y no constituye una apelación o segunda instancia, dado que en el proceso laboral solamente existe una instancia, de manera que es el Magistrado de instancia el competente para la práctica y valoración de las pruebas con arreglo a los principios de inmediación, oralidad y concentración. Una de las consecuencias de esta configuración es que la sentencia de instancia solamente puede ser impugnada por motivos tasados, que son los consignados en el artículo 193 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social. Aunque el apartado b del artículo 193 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, permite la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia a través de los correspondientes motivos de suplicación, esta posibilidad de revisión es limitada, dada la naturaleza extraordinaria del recurso y el principio de instancia única. De acuerdo con una conocida y reiterada doctrina jurisprudencial, proveniente de la establecida por el Tribunal Supremo en el supuesto análogo de la casación (así, sentencias de 11 de junio de 1993, 15 y 26 de julio y 26 de septiembre de 1995, 2 y 11 de noviembre de 1998, 2 de febrero de 2000, 24 de octubre de 2002 ó 12 de mayo de 2003), para que dicha revisión pueda prosperar es preciso que el motivo de recurso amparado en la letra b del artículo 193 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, cumpla los siguientes requisitos formales:

- a) Debe concretar exactamente el ordinal de la relación fáctica de instancia que haya de ser objeto de revisión;
- b) Debe señalar el sentido en que ha de ser revisado, es decir, si hay que adicionar, suprimir o modificar algo; y
- c) Debe proponer, mediante un texto alternativo al contenido en la sentencia de instancia, la nueva redacción que debe darse al hecho probado, salvo se pida la supresión total del correspondiente ordinal del relato fáctico.

Estos requisitos se concretan hoy en el artículo 196.3 de la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción Social, que exige que cada motivo de revisión de los hechos probados debe indicar la formulación alternativa que se pretende, lo que significa que debe decir qué ordinal debe modificarse y cuál ha de ser el nuevo texto.

El incumplimiento de estos requisitos determina el fracaso del motivo de revisión fáctica, sin necesidad de entrar en su análisis. Si tales requisitos se cumpliesen, la revisión podría prosperar siempre y cuando:



- a) Se apoye la pretensión en prueba documental o pericial;
- b) Dicha prueba obre en autos o haya sido aportada en trámite de suplicación válidamente conforme al artículo 233 de la Ley 36/2011 , reguladora de la Jurisdicción Social.
- c) Se concrete con exactitud el documento o pericia en el que se funda la revisión fáctica pretendida;
- d) Se evidencie el error del Juzgador de instancia de la prueba documental o pericial señalada por el recurrente y no se limite a conjeturas o hipótesis realizados a partir de la misma; y
- e) La revisión tenga trascendencia para provocar la anulación de la sentencia o la revocación del fallo mediante la estimación del recurso de suplicación.

Estos requisitos se concretan hoy en el artículo 196.3 de la Ley 36/2011 , reguladora de la Jurisdicción Social, que exige que cada motivo de revisión de los hechos probados, al indicar la formulación alternativa que se pretende, señale, de manera suficiente para que sean identificados, el concreto documento o pericia en que se base.

Ha de hacerse notar que en ningún caso puede pretenderse en suplicación es una nueva valoración por parte del Tribunal Superior del conjunto de la prueba practicada en instancia, ni la práctica de nuevas pruebas (con la excepción en este caso de lo dispuesto en el artículo 233 de la Ley 36/2011 , reguladora de la Jurisdicción Social).

Pues bien, en este caso aunque se identifican los ordinales tercero, cuarto y octavo como objeto de la modificación fáctica pretendida, no se propone redacción alternativa alguna, ni se señalan concretos documentos o pericias obrantes en autos sobre los que se apoye la modificación, por lo que el motivo es rechazado. Y lo mismo ocurre con el motivo tercero, también de revisión de hechos probados, que ha de rechazarse igualmente por las mismas causas.

CUARTO.-En el siguiente motivo de recurso, amparado en la letra c del artículo 193 de la Ley 36/2011 , reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia la infracción del artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 8 del Real Decreto 801/2011 y con el artículo 14 de la Constitución Española y 1089 y 1091 del Código Civil , con cita del acuerdo alcanzado entre las partes el 25 de mayo de 2012. Lo que se dice es que, con cita de sentencias anteriores de esta Sala, en el citado despido colectivo el Ayuntamiento omitió la fijación de criterios objetivos de selección de los trabajadores afectados y después en el siguiente motivo, numerado como quinto, se reitera que el Ayuntamiento no entregó a la comisión negociadora ni la lista de trabajadores afectados, ni los criterios de selección de los mismos, sino un mero listado de criterios genéricos cuya aplicación no permite determinar qué trabajador ha de ser despedido, razonándose además que ello debe suponer la nulidad del despido.

Lo primero que ha de hacerse es recordar el criterio sostenido por esta Sala en las sentencias que se citan y en muchas otras respecto a este supuesto. En las mismas comenzamos por hacer alusión a la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, ejemplificada en su sentencia de 15 de octubre de 2012 en el procedimiento 162/2012, en la que recordaba lo siguiente en relación con la fijación de los criterios de selección por la empresa al comienzo del periodo de consultas, con carácter suficientemente preciso:

"A juicio de la Sala, esta información es absolutamente capital, pues la identificación de los criterios de selección en el período de consultas no es sólo una exigencia formal destinada a garantizar la negociación de buena fe (STSJ Cataluña núm. 13/2012, de 23-5-12 ; STSJ Madrid núm. 601/2012, de 25-6-12) y permitir el cumplimiento en sus propios términos de las previsiones del art. 51.9 ET (STSJ Madrid núm. 601/2012, de 25-6-12), sino un presupuesto imprescindible para apreciar la adecuada justificación de los despidos, puesto que está directamente relacionado con el fondo de la decisión extintiva. Lo explicamos a continuación:

El art. 51 ET habilita el despido colectivo justificado por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, ofreciendo seguidamente criterios para apreciar su concurrencia. En lo que respecta a las causas económicas, se ofrecen dos ejemplos concretos de situación económica negativa: las pérdidas actuales o previstas, y la disminución persistente del nivel de ingresos ordinarios o ventas. Y en cuanto a las restantes causas, se señala el tipo de innovación que, nuevamente a modo de ejemplo, cabe entender cubierto por las mismas. Básicamente, pues, el legislador identifica la concurrencia de la causa con la comprobación de unos hechos, lo que viene a corroborarse en las Exposiciones de Motivos del Real Decreto-Ley 3/2012 y de la Ley 3/2012 , de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: "ahora queda claro que el control judicial de estos despidos debe ceñirse a una valoración de la concurrencia de unos hechos: las causas". Sin embargo, no debe confundirse esta pretensión de objetivar en alguna medida los criterios de apreciación,



con su automaticidad; extremo que la propia regulación del art. 51.1 ET impide cuando renuncia a definir claramente las causas, valiéndose en cambio de ejemplos de concurrencia ("entre otros...").

Por otro lado, esos "hechos" con los que se identifican las causas, de ningún modo pueden valorarse aisladamente. En virtud de lo dispuesto en el art. 4 del Convenio 158 OIT, de 22-6-82, ratificado por España mediante Instrumento de 26-4-85, "No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada (...) basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio", de modo que si el despido ha de encontrar su justificación en una necesidad de la empresa, parece evidente que su finalidad tiene que ser atenderla.

En relación con esto, según doctrina del Tribunal Supremo (sentencias de 14-6-96 -RCUD 3099/1995 - y de 29-9-08 -RCUD 1659/2007 -) que consideramos que sigue siendo aplicable, la justificación del despido pone tres elementos sobre la mesa:

a) el supuesto de hecho que determina el despido: la situación económica negativa, los cambios productivos, técnicos u organizativos. "En todo caso es al empresario a quien corresponde probar la realidad de las causas o factores desencadenantes de los problemas de rentabilidad o eficiencia de la empresa, lo que supone -de un lado- la identificación precisa de dichos factores, y - de otro- la concreción de su incidencia en las esferas o ámbitos de afectación señalados por el legislador (en este sentido, la STS 14/06/96 -rcud 3099/95 -)" (STS 29-11-10 -rcud 3876/09).

b) la finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada: atender a la necesidad de amortizar puestos de trabajo con el fin de afrontar la situación económica negativa o los cambios técnicos, organizativos o productivos.

c) la conexión de funcionalidad o instrumentalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna. Según ha dicho el Tribunal Supremo refiriéndose a la causa económica, no se puede presumir "que la empresa, por el solo hecho de tener pérdidas en su cuenta de resultados, pueda prescindir libremente de todos o de alguno de sus trabajadores". (...) Lo que se debe exigir son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación [económica negativa] y la medida de despido" (SSTS 29/09/08 -rcud 1659/07 -; 27-4-10 -rcud 1234/09 -).

Evidentemente, con la redacción actual del art. 51.1 ET , ya no se trata de adoptar medidas que contribuyan a superar la situación económica negativa o a mantener el empleo, pero sí que sigue siendo necesario, en virtud de esa conexión de funcionalidad que deriva en última instancia del Convenio 158 OIT, que tales medidas extintivas permitan ajustar la plantilla a la coyuntura actual de la empresa. Así, como dijimos en nuestra sentencia de 28-9-12 , citando a A. Desdentado Bonete, "el legislador "ha desvinculado la causalidad del mantenimiento de la empresa y del empleo. Ya "no se trata de lograr objetivos futuros, sino de adecuar la plantilla a la situación de la empresa"; "la justificación del despido ahora es actual".

El despido estará justificado si, existiendo una situación económica negativa o una innovación técnica, organizativa o productiva, esto tiene un efecto actual sobre los contratos de trabajo, haciéndolos innecesarios por haber perdido su función económico-social, porque "el trabajo que pudiera continuar prestándose carece ya de utilidad patrimonial para la empresa" (A. Desdentado Bonete).

Por tanto, la empresa no sólo debe acreditar la concurrencia de la causa propiamente dicha, sino que también ha de argumentar acerca de sus efectos sobre los contratos de trabajo; efectos que justifican su extinción.

Y aquí es donde cobran especial protagonismo los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido, puesto que su identificación tiene que estar relacionada con la pérdida de utilidad de sus contratos a raíz de la concurrencia de la causa alegada"

Dijo esta Sala de Valladolid que, en este caso, al tratarse de causa económica constituida por insuficiencia presupuestaria de naturaleza genérica (y no de una causa de insuficiencia concreta relativa a puestos de trabajo concretos financiados con ingresos específicos vinculados o afectados), la necesidad de precisión para valorar la causalidad no sería especialmente exigente, puesto que la insuficiencia presupuestaria habilita a la Administración para reajustar sus servicios y sus plantillas, sin que le pueda ser impuesta (salvo las normas administrativas específicamente aplicables a determinadas actividades y servicios de obligada prestación) cuáles hayan de ser los criterios políticos de tal reajuste de medios personales y materiales. Pero en el caso de las Administraciones y más todavía cuando el despido colectivo incluye dentro de su ámbito potencial de afectación relaciones laborales de personal fijo, que ha ingresado por procedimientos selectivos destinados a garantizar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, se introduce una exigencia mucho más intensa, al estar relacionada con un derecho fundamental esencial, como es el de igualdad en el acceso a los empleos públicos del artículo 23.2 de la Ley fundamental, derecho que forma parte de la configuración



básica y esencial que hace reconocible un Estado como democrático. Y ese derecho fundamental, que opera en el momento del acceso al empleo público, ha de operar, por estricta lógica, también en el momento de salida del empleo público. De ahí que en el caso de las Administraciones Públicas los criterios de selección de trabajadores despedidos hayan de estar penetrados por esos principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, han de declararse nulos cuando se alejen de tales criterios y además deben ser lo suficientemente precisos como para permitir su aplicación directa, de manera que pueda establecerse en función de los mismos qué trabajador ha de ser despedido con preferencia a otros, excluyendo toda posible arbitrariedad.

No es correcto por ello, como hace la sentencia de instancia, aplicar el criterio que permite a la dirección de la empresa seleccionar libremente entre los trabajadores de la plantilla aquéllos que serán despedidos, bajo condición de no aplicar criterios discriminatorios ilícitos, puesto que ese criterio, aplicable en las empresas privadas, no opera con las Administraciones Públicas, sujetas a un estricto deber de igualdad y de interdicción de la arbitrariedad en sus actuaciones e incluso, cuando se trata de empleo público, a una obligación estricta de atenerse a criterios basados en el mérito y la capacidad. En definitiva, tal y como resulta de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (sala primera) en su sentencia 161/1991, de 28 de julio de 1991, la Administración Pública "en sus relaciones jurídicas no se rige, precisamente, por el principio de la autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 de la Constitución Española), con una interdicción expresa de arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución Española)" y, "como sujeto público que es, está sujeta la principio de igualdad ante la Ley que... constitucionalmente concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato idéntico para supuestos iguales". Por ello no cabe admitir que la doctrina jurisprudencial referida en la sentencia de instancia sobre la libre elección empresarial de los sujetos despedidos en el marco de un despido colectivo o de los antiguos expedientes de regulación de empleo sea de aplicación a las Administraciones Públicas. Éstas está obligadas a fijar unos criterios de selección concretos y específicos, que permitan determinar quiénes perderán el empleo público y además tales criterios, por exigencia de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, deben fundamentarse en los principios de mérito y capacidad. El artículo 51.2 del Estatuto de los Trabajadores exige además que tales criterios de selección ("criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos") sean objeto de negociación colectiva previa con los representantes de los trabajadores en el seno del periodo de consultas, de manera que la falta de la precisión exigible de los criterios propuestos por la empresa, precisión que habrá de valorarse según las circunstancias, determinará el incumplimiento de la obligación de negociación establecida legalmente.

Con carácter general la omisión de unos criterios suficientemente específicos de selección de los trabajadores afectados (a falta de una lista nominativa) es causa de nulidad del despido colectivo, Así, por ejemplo, la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 26 de julio de 2012 (procedimiento 124/2012) nos dice:

"Se ha demostrado también, que la empresa no precisó inicialmente los criterios de selección de los trabajadores afectados, incumpliendo, por consiguiente, lo dispuesto en el art. 51. 2 ET, en relación con el art. 8.c RD 801/2011, lo que constituye un vicio grave, como destacó STSJ Madrid de 25-06-2012, demanda 21/2012, puesto que impide que el período de consultas alcance sus fines, ya que si los representantes de los trabajadores desconocen los criterios de selección, no solo se les hurtan los derechos de información, que les corresponden legalmente, sino que impiden negociar razonablemente la retirada o la limitación de efectos del despido colectivo, que constituye la finalidad primordial del período de consultas, como viene sosteniéndose por la doctrina comunitaria, por todas STJCE 10-09-2009, TJCE 200963. En efecto, la eficacia de los procedimientos de información y consulta, reguladas en la Directiva 1998/59/CE, cuyo objeto es que sea posible, "...por una parte, la formulación de propuestas constructivas, al menos, sobre las posibilidades de evitar o de reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias y, por otra parte, la presentación de eventuales observaciones a la autoridad pública competente", quedaría vacía de contenido, como resalta la STJCE 16-07-2009, TJCE 200937, porque haría inviable el objetivo del período de consultas, que consiste en evitar, reducir o atenuar las consecuencias del despido colectivo, impidiendo, por otra parte, realizar observaciones por la autoridad laboral, cuando no se sabe, siquiera, por qué el despido colectivo afecta a unos trabajadores y no a otros. Del mismo modo quedaría quebrado el derecho a la negociación, predicado del período de consultas, como subraya la STJCE 27-01-2005, TJCE 20051, cuyo sentido desaparecería si su objetivo principal - evitar o reducir el despido colectivo - no cuenta con las razones de afectación de trabajadores, privando también la razón de ser de la notificación a la Autoridad laboral, regulada en el art. 4.2 de la Directiva y en el art. 51.2 ET, cuya finalidad es permitir a la autoridad competente buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados, debiendo tenerse presente, en cualquier caso, que el deber de negociar, establecido por el ET, exige que se hayan cumplido las exigencias de dicho precepto, tratando efectivamente sobre causas, efectos y modo de paliar los mismos sobre los trabajadores afectados, no siendo exigible un formalismo enervante al respecto, por todas TS 30-06-2011, rec. 173/2010.



De hecho, la jurisprudencia comunitaria ha subrayado el valor de las herramientas de información, consulta y participación de los representantes de los trabajadores a tal punto que no se excusa el cumplimiento de los art. 2, 3 y 4 de la Directiva, aunque se hubiere decidido la disolución y liquidación de la sociedad por mandato judicial, siendo exigible su cumplimiento al empleador mientras la empresa mantenga su personalidad jurídica, por todas STJCE 3-03-2011 , EDJ 2011/8346. Es cierto y no escapa a la Sala, que la empresa explicó los criterios de selección, cuando se le requirió por la Autoridad Laboral, pero no es menos cierto que se trata de una subsanación extemporánea, puesto que los representantes de los trabajadores no la conocieron durante la totalidad del período de consultas, habiéndose acreditado, en todo caso, que los criterios alegados - trabajadores de los centros que se pretendía cerrar - no se respetó, puesto que al menos en un centro de trabajo ... (hecho probado séptimo) se trasladó a los trabajadores de ese centro y se despidió a los que estaban en el centro no cerrado, quebrándose nuevamente los principios de buena fe, puesto que se propuso un sistema de selección y se aplicó arbitrariamente otro"

Este mismo criterio que condena a la nulidad el despido colectivo cuando la empresa ha hurtado a la negociación colectiva los criterios de selección de los afectados, bien por no especificar los mismos, bien por proporcionar exclusivamente criterios genéricos e imprecisos, no susceptibles de control posterior, ha sido seguido por Salas de lo Social de otros Tribunales Superiores de Justicia, como las de Cataluña (sentencia de 23 de mayo de 2012 , procedimiento de instancia 10/2012), Andalucía -Granada- (sentencia de 29 de noviembre de 2012 , procedimiento 8/2012), Murcia (sentencia de 9 de julio de 2012 , procedimiento 3/2012) ó Madrid (sentencias de 25 de junio de 2012 , procedimiento 21/2012, y de 8 de noviembre de 2012, procedimiento 37/2012). Si en el caso de las empresas privadas se produce una vulneración del derecho a la negociación colectiva, que debe extenderse a tales criterios, de acuerdo con la doctrina que se ha citado, en el caso de las Administraciones Públicas a la vulneración de la negociación colectiva se suma otra vulneración sin duda más importante, como es la que proscribía la arbitrariedad en el acceso al empleo público (artículos 9.3 y 23.2 de la Constitución), la cual ha de extenderse también al momento de la pérdida de la condición de empleado público, puesto que de otra manera el derecho se vaciaría de contenido. De ahí que una fijación puramente genérica, no susceptible de precisión y control judicial en su concreta aplicación (control judicial de la Administración que forma parte de un ineludible mandato constitucional al amparo del artículo 106.1 de la Constitución), haya de reputarse ilícita y determinante de la nulidad de los despidos.

La exigencia de determinación de los criterios de selección de los trabajadores despedidos se proyecta en varios momentos: En un primer momento en relación con la negociación colectiva, en el marco de la cual debe someterse a la negociación los criterios de selección que han de aplicarse y, en caso de proporcionar a los representantes de los trabajadores un listado de afectados, los criterios que se han aplicado para su formación. Durante la negociación podrá variarse, en función de la evolución de la misma, tanto el listado de afectados como, en su caso, los criterios fijados para su posterior formación. En el caso de las Administraciones Públicas habrá un segundo momento, al final del periodo de consultas, a la hora de fijar los criterios o listados definitivos en la decisión empresarial o en el acuerdo que pone fin al periodo de consultas, en cuanto tales criterios deben ser suficientemente específicos para permitir una aplicación susceptible de control judicial de la determinación de los afectados, teniendo en cuenta que tales criterios deben estar basados, conforme al mandato constitucional, en los principios de mérito y capacidad. Cuestión distinta será, y ello pertenece a un último momento, que la selección del concreto trabajador despedido se haya producido aplicando correctamente tales criterios o introduciendo otros distintos, eventualmente discriminatorios, lo que ha de decidirse, cuando así se sostenga, en el marco de un proceso estrictamente individual.

En el supuesto del despido colectivo practicado por el Ayuntamiento de León los criterios propuestos por la empresa en el primer momento de inicio del periodo de consultas tenían carácter genérico y no respetaban tales exigencias. Es cierto, no obstante, que a lo largo de la negociación en el periodo de consultas, al alcanzar el acuerdo final que redujo el número de afectados, dicho acuerdo contiene en este punto dos partes: la reproducción de los criterios genéricos propuestos por la empresa y aceptados por la representación de los trabajadores y, como anexo, un listado de trabajadores que serían los finalmente despedidos. Ahora bien, no existe correlación automática entre el listado de trabajadores y los criterios admitidos, dado el carácter genérico y no jerarquizado de los mismos, como denuncia la parte recurrente. Aunque se pacte una lista de trabajadores concretos, ello no exime a la empresa de aportar los "criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos", información que es exigible en todo caso conforme al artículo 51.2.e del Estatuto de los Trabajadores y además desde el inicio del periodo de consultas. No puede decirse que realmente existan tales criterios cuando lo que se proporciona es un mero listado de circunstancias que pueden tenerse en cuenta o no y que se ignora cómo se han de aplicar. Y ello es causa de nulidad del despido colectivo, que se proyecta sobre la nulidad del despido individual, máxime en el caso de Administraciones Públicas donde además tales criterios han de respetar necesariamente, como hemos dicho, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.



Ha de reseñarse que estamos todavía dentro de las dos primeras fases de selección de los trabajadores afectados, que recordamos que son:

- a) El inicio del periodo de consultas, cuando el empleador ha de proporcionar a los representantes legales de los trabajadores con los que va a negociar el despido colectivo, entre otras informaciones, los criterios que propone sean tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos. Como hemos visto, según doctrina concordante de las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia de Madrid, Cataluña, Andalucía -Granada- y Murcia, incluso en el caso de empresas privadas la omisión de unos criterios suficientemente precisos en este momento inicial ya es por sí mismo constitutivo de causa de nulidad del despido colectivo, si bien a juicio de esta Sala tal conclusión habría de moderarse cuando esa omisión se subsane a lo largo del periodo de consultas fijando tales criterios de forma pactada con los representantes de los trabajadores, razón por la cual el defecto producido en este caso en el inicio del periodo de consultas se podría entender subsanado por el acuerdo final producido;
- b) El final del periodo de consultas, cuando finalizado el mismo el empleador adopta su decisión final sobre el despido colectivo o bien se pacta la misma con los representantes legales de los trabajadores, momento en el cual también deben fijarse los criterios que van a ser tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados por los despidos, con las modificaciones que en su caso se hayan adoptado a lo largo del periodo de consultas.

Esa obligación de fijar los criterios no se puede entender subsanada por la fijación de una lista de trabajadores afectados, puesto que incluso cuando se fije dicho listado el mismo puede ser revisable en los litigios individuales promovidos por los trabajadores afectados contraponiendo el mismo a los criterios determinantes de la elección de los trabajadores afectados, tal y como resulta, según hemos dicho, del artículo 51.2.e del Estatuto de los Trabajadores . Esa posibilidad individual de revisión del criterio de inclusión en el listado de trabajadores despedidos por contraposición a los criterios de selección fijados por la empresa o pactados con los representantes de los trabajadores forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del concreto trabajador despedido mediante su demanda individual.

Y, en cuanto a la precisión exigible a los criterios de selección (tanto a los inicialmente propuestos por la empresa, como a los finalmente fijados), habría que diferenciar tres grados:

- a) Una de menor intensidad, en el caso de los despidos fundados en causa económica genérica que afecte a la empresa en general, siendo la empresa puramente privada y exenta del ámbito de aplicación del artículo 23.2 de la Constitución . En ese caso la relación de causalidad entre la causa económica y el despido se establece con carácter general respecto del conjunto de la plantilla de la empresa, por lo que no son precisos criterios demasiados específicos para poder controlar tal relación de causalidad, bastando con que se establezcan criterios que permitan controlar la ausencia de discriminaciones o diferenciaciones por motivos ilícitos;
- b) Una de intensidad media, en el caso de los despidos fundados en causa organizativa, productiva o tecnológica, o en una causa económica muy específicamente referida a algún sector de la empresa, siendo la empresa puramente privada y exenta del ámbito de aplicación del artículo 23.2 de la Constitución . En ese caso los criterios han de ser lo suficientemente precisos para poder establecer la relación de causalidad entre la causa del despido colectivo y el concreto trabajador afectado, además de permitir controlar la ausencia de discriminaciones o diferenciaciones por motivos ilícitos;
- c) Una de intensidad máxima, en el caso de los despidos colectivos, cualquiera que sea la causa, que afecten a Administraciones o entes públicos incluidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 23.2 de la Constitución , muy especialmente cuando dentro del ámbito potencial de afectación de los despidos se encuentren trabajadores fijos que hayan superado procedimientos de ingreso en las Administraciones Públicas basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad. En tal caso los criterios han de ser lo suficientemente específicos para poder determinar mediante su aplicación quiénes son los trabajadores afectados y además dichos criterios deben estar fundamentados en circunstancias dirigidas a valorar el mérito y capacidad de los trabajadores.

Hay que recordar también que cuando se produzcan defectos procedimentales en la tramitación del despido colectivo en cualquiera de esas dos fases (inicio del periodo de consultas y decisión final del periodo de consultas), la consecuencia será la nulidad del despido. Cuestión distinta será que, una vez cumplimentados correctamente estos dos momentos, habiéndose fijado en la decisión final unos criterios específicos suficientes según las circunstancias y habiendo sido los mismos también objeto de una negociación colectiva suficiente en el periodo de consultas, el trabajador concreto discrepe de su selección por vulneración de tales criterios. En tal caso la posible ilicitud es de naturaleza estrictamente individual y podrá en su caso determinar tanto la nulidad como la improcedencia del despido individual, según que el criterio vulnerado afecte o no a derechos fundamentales.



Así en el presente supuesto, aunque la falta de fijación de unos criterios suficientemente precisos en el primer momento de inicio del periodo de consultas podría entenderse subsanada por el pacto colectivo posteriormente alcanzado, no se supera sin embargo el juicio relativo a la fijación de los criterios de selección con suficiente precisión en la decisión finalmente adoptada (en este caso de forma pactada) y al tratarse de un vicio imputable al periodo de tramitación del despido colectivo (y no a la posterior tramitación del despido individual en aplicación del primero), la consecuencia es la nulidad del despido. Todo ello teniendo en cuenta que el nivel de exigencia en cuanto a la precisión de los criterios de despido es el máximo, al tratarse de Administración Pública y tratarse de un despido colectivo en cuyo ámbito potencial de afectación se hallaban trabajadores fijos que habían superado procedimientos de ingreso en las Administraciones Públicas basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, dado que afectaba a todos los trabajadores laborales del Ayuntamiento de León. Y ello es así aunque posteriormente, en la tercera fase de selección de trabajadores para la fijación de la lista final de despedidos, en ese listado se haya evitado incluir a trabajadores fijos, incluyendo, por lo que parece, solamente trabajadores temporales o indefinidos no fijos.

QUINTO.-La aplicación de tal criterio anterior determinaría en principio la nulidad del despido. Dice el Ayuntamiento de León en su impugnación del recurso que se trataría de cuestión nueva que no aparecía en la demanda y que constituyó una variación sustancial introducida en el acto del juicio. Analizada la demanda resulta que en ella se plantea la ilegalidad del despido por cuanto se dice que estando la trabajadora en situación de excedencia voluntaria no podía ser despedida, debiendo tratarse su inclusión de un error, alegando además que por el propio Ayuntamiento y de forma casi simultánea a la tramitación del expediente se le había ofertado la reincorporación para el curso siguiente (era fija discontinua) y que la plaza que ocupaba continuaba existiendo después de dicho expediente.

La cuestión entonces sobre la selección de los trabajadores afectados se plantea en este proceso ab initio, pero desde un punto de vista distinto, como es la inclusión en el despido colectivo de un trabajador excedente voluntario en las condiciones de autos, por lo que no es esencialmente nueva, al plantearse en definitiva el problema de selección de los trabajadores despedidos.

La regulación de las situaciones de excedencia del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores distingue entre dos tipos, la voluntaria, que es la que tiene como única causa la voluntad libre del trabajador, y la forzosa, que es de naturaleza causal y viene provocada por una situación externa que impide el desempeño laboral o justifica la decisión del trabajador. La excedencia forzosa viene configurada como una causa de suspensión del contrato (artículo 45.1.k), a diferencia de la excedencia voluntaria, por lo que a la excedencia forzosa le es aplicable el régimen de reingreso en el puesto de trabajo del artículo 48.1 del Estatuto, mientras que en el caso de la excedencia voluntaria solamente existe un derecho de reingreso preferente (artículo 46.5). El régimen de la excedencia forzosa, inicialmente aplicable solamente para el caso de desempeño de cargos públicos, fue ampliado posteriormente a los cargos sindicales y también a los supuestos de cuidado de hijos y de otros familiares. Lo característicos de estos supuestos es, como decimos, su naturaleza causal, puesto que solamente la concurrencia de la causa justifica el privilegio de la reserva de puesto, estando el contrato en suspenso, mientras que en los casos de la excedencia voluntaria el contrato no está ni siquiera en suspenso, sino extinguido y lo que existe es un derecho del antiguo trabajador a ser empleado con preferencia a otros trabajadores, sin que quepa confundir dicho derecho de preferencia con la subsistencia del contrato en estado de suspensión, que no es el caso.

Basándose en tal configuración el Tribunal Supremo ha establecido que en el caso de despidos colectivos, el excedente voluntario no tiene un derecho a ser indemnizado, puesto que su contrato de trabajo no está vigente y no sufre por ello la pérdida del trabajo a la que se anuda el derecho indemnizatorio. Así se dijo en la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2000, RCU 3606/98, dictada en Sala General, y ha sido reiterado posteriormente en sentencias como las de 26 de octubre de 2006, recurso 4462/05 ó 31 de enero de 2008, RCU 5049/2006). En la sentencia de 25 de octubre de 2000, fundamento jurídico tercero, se dice textualmente lo siguiente:

" El Estatuto de los Trabajadores regula en artículos separados "las causas y efectos de la suspensión" del contrato de trabajo (art. 45) y de las "excedencias" (art. 46). La enumeración de causas de suspensión es una enumeración tasada o exhaustiva, en la que figuran numerosos avatares o incidencias atinentes bien a la vida personal o profesional del trabajador, bien al funcionamiento de la empresa. El denominador común de las causas de suspensión es, con excepción de la enunciada en el primer renglón de la lista (mutuo acuerdo de las partes), el acaecimiento sobrevenido de una incompatibilidad, incapacidad, imposibilidad o impedimento para la ejecución del trabajo. El régimen legal de la suspensión del contrato de trabajo del art. 45 se caracteriza, desde el punto de los efectos o consecuencias jurídicas que se anudan a los supuestos suspensivos, por la exoneración de "las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo". De acuerdo con el significado que se ha atribuido de manera generalizada por parte de la doctrina al instituto de la suspensión,



la jurisprudencia y la doctrina judicial han venido interpretando este precepto en el sentido que sugiere su formulación literal. En consecuencia, mientras perduran las causas de suspensión se mantiene la exoneración de las obligaciones principales del contrato de trabajo, y una vez que desaparecen las situaciones o incidencias impeditivas de la ejecución del trabajo o incompatibles con la misma se reactivan automáticamente tales obligaciones. Con las debidas adaptaciones, esta doctrina es sin duda de aplicación a la suspensión por mutuo acuerdo de las partes o pacto de suspensión temporal. La suspensión del contrato de trabajo regulada en el art. 45 se configura así como una vicisitud de la relación contractual en la que el trabajador tiene derecho a conservar el puesto de trabajo y el empresario deber de reserva del mismo. A lo largo de la situación suspensiva el puesto de trabajo podrá ser desempeñado por otro trabajador de la empresa o por otro trabajador contratado para ocuparlo. Pero la relación contractual en suspenso recupera su plenitud en el momento en que desaparece la causa suspensiva. De ahí que la ley haya previsto expresamente como una de las causas justificadas de contratación de trabajadores por tiempo determinado la sustitución de "trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo" (art. 15.c.). Uno de las causas de suspensión del contrato de trabajo de la lista del art. 45 del ET es la "excedencia forzosa", inclusión que concuerda sin dificultad alguna con la regulación de la misma en el art. 46.1 del ET . La excedencia forzosa se caracteriza en este precepto como una causa de incompatibilidad material con el trabajo o imposibilidad de la ejecución del trabajo ("designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo"), y el rasgo más destacado de su regulación es el derecho del excedente forzoso "a la conservación del puesto". Netamente distintos son, en cambio, los supuestos y el régimen jurídico de la excedencia voluntaria. Ciñéndonos a lo que venimos llamando "excedencia voluntaria común", que es la que está en cuestión en el presente litigio, la causa de la misma no es objeto de especificación en el art. 46.2, que se limita a reconocer el derecho del trabajador "con al menos una antigüedad en la empresa de un año" a que "se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria". Ello equivale a decir que cualquier interés personal o profesional del trabajador puede justificar esta modalidad de excedencia, siempre que sea compatible con las exigencias de la buena fe contractual. En buena parte de los casos, como observa atinadamente la sentencia de suplicación impugnada, los períodos de excedencia se utilizan por los trabajadores como medio legítimo de promoción o experiencia profesional en otro trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena. El núcleo principal del régimen jurídico de la excedencia voluntaria común se encuentra en el precepto del art. 46.5, donde se afirma 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". Se trata con toda seguridad de un derecho profesional distinto al que se reconoce en las situaciones suspensivas del art. 45. Evidentemente no es lo mismo un derecho preferente al reingreso, condicionado a la existencia de vacantes, que un derecho incondicional a la reserva del puesto. La cobertura de éste durante el tiempo en que opera la causa de suspensión es una cobertura interina. El desempeño de un puesto de excedente voluntario común no justifica en cambio el recurso a esta modalidad de contratación temporal. De ahí que la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo haya apreciado diferencias sustanciales, a efectos del juicio de contradicción de las sentencias de unificación de doctrina, entre las situaciones de excedencia voluntaria común y excedencia forzosa (STS 6-11-1997), y haya calificado con frecuencia el derecho al puesto de trabajo del excedente voluntario común como un derecho potencial o "expectante" (por todas, STS 18-7-1986), y no como un derecho ejercitable en el acto o momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso. Este tratamiento legal diferenciado de la suspensión del art. 45 y de la excedencia voluntaria común del art. 46.2 encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otra. 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, bastando en principio para hacerlo valer con la voluntad unilateral del propio trabajador excedente. Siendo ello así, no parece razonable conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya y del propio interés de la empresa. Las situaciones de suspensión del art. 45 se refieren, en cambio, o bien a causas específicas y cualificadas de impedimento o incompatibilidad con el trabajo por parte del trabajador, o bien a causas que dependen del funcionamiento de la empresa o de la propia voluntad conjunta de trabajador y empresario".

Ha de destacarse que la sentencia de 25 de octubre de 2000, RCU 3606/98 , se dictó en reclamación de cantidad, por la cual un grupo de excedentes voluntarios solicitaban la indemnización derivada de un expediente de regulación de empleo en el que se había incluido a los excedentes voluntarios, limitándose el Tribunal Supremo a dictaminar que no tenían derecho a indemnización por despido, dado que no existía despido al no existir el contrato de trabajo vigente. Lo que no se cuestionó en aquella ocasión y sobre lo que no se pronuncia la indicada jurisprudencia es sobre la inclusión de los excedentes voluntarios en el listado de afectados por el expediente, puesto que en definitiva en aquel momento no era ni siquiera competencia del orden jurisdiccional social, sino del contencioso-administrativo.

Y ello nos lleva de vuelta al problema de los criterios de selección y su configuración, puesto que el tema planteado en la demanda (la inclusión de un excedente voluntario en la lista de despedidos) nos devuelve al



más genérico de los criterios de selección. Ello determinaría en principio la estimación del recurso, puesto que difícilmente puede resolverse sobre la aplicación de unos criterios de selección cuando los mismos no existen, en el sentido ya indicado anteriormente. Pero en el caso concreto de los excedentes voluntarios, que no solamente no tienen una reserva de puesto de trabajo, sino ni siquiera un contrato laboral vigente con la empresa, el problema se sitúa más allá de lo relativo a los criterios de selección.

El despido es un negocio jurídico unilateral y recepticio por el cual la mera voluntad empresarial extingue el contrato de trabajo. Su objeto, por tanto, es un contrato de trabajo vigente, incluso si está en suspenso. Por consiguiente, si en el caso del excedente voluntario no existe contrato de trabajo vigente es imposible conceptualmente el despido, puesto que tal negocio jurídico carece entonces de objeto, que es un requisito esencial del mismo y cuya ausencia determina la inexistencia del negocio jurídico (artículo 1261 del Código Civil), inexistencia que se equipara en sus efectos a la nulidad, que es lo que debe declararse en este caso, con la matización lógica de que, al tratarse de un trabajador en situación de excedencia voluntaria, con derecho únicamente de reingreso preferente al servicio de la empresa, la inexistencia del despido únicamente implica su reposición a dicha situación de excedente y en ningún caso su readmisión. No cabe resolver en este momento sobre el derecho a una reincorporación de la situación de excedencia que nada tiene que ver con el despido colectivo que aquí se impugna.

Lo anterior no es contradictorio con el hecho de que si el excedente voluntario pide la reincorporación por existir vacante y la empresa niegue la subsistencia del derecho haya de accionarse por despido, puesto que la acción de despido no solamente se ha estimado aplicable para impugnar las decisiones extintivas, sino también para los incumplimientos de los compromisos de contratación y, en segundo lugar, porque cuando un excedente voluntario pide la reincorporación y existe plaza vacante, al cumplirse la condición nace un derecho completo a la contratación que da lugar a que la negativa absoluta a reconocer ese derecho (más allá de la discusión sobre la actualización de la condición) quede equiparada procesalmente a un despido.

Naturalmente que el derecho del excedente voluntario puede también extinguirse, pero ello no puede producirse por la institución del despido, dado que no existe contrato vigente, sino por las causas genéricas de extinción de las obligaciones de los artículos 1156 del Código Civil , entre las que cabe destacar la del artículo 1184, según el cual " también quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible". Claro está que esa imposibilidad no puede derivar de la amortización de un concreto puesto de trabajo, puesto que si el excedente no tiene reserva de puesto de trabajo, es irrelevante para la supervivencia de su derecho el que se reformen o amorticen puestos de trabajo, ya que ese derecho siempre irá referido a cualquier "vacante de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa", existente en el momento actual o en cualquier tiempo futuro. La imposibilidad podrá derivar de otras causas, inherentes a la persona del trabajador o, por ejemplo, por cierre de la empresa, pero por concepto no es posible aplicar al excedente voluntario la amortización del puesto de trabajo en los términos del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores .

SEXO.-Con lo anterior queda sin objeto el motivo sexto del recurso, donde se plantea la inexistencia de la causa económica justificativa del despido. En cuanto al motivo séptimo, en el que la trabajadora defiende que por el requerimiento del 21 de mayo de 2012 habría vuelto a ser trabajadora de la empresa, hemos de hacer notar que si admitiésemos tal razonamiento el despido sí habría sido posible, al no estar ya en situación de excedencia voluntaria. Pero, como sostiene el Ayuntamiento, esto no es así. La excedencia voluntaria es un derecho del trabajador y por tanto el reingreso en la empresa también lo es, aunque condicionado a la existencia de vacante adecuada. No puede darse por terminada la excedencia voluntaria por el hecho de que la empresa invite a la trabajadora a solicitar plaza, ni siquiera por la mera solicitud de la trabajadora si no se acredita la existencia de vacante adecuada en la fecha de efectos de la solicitud de reingreso, cuestión que es ajena a este procedimiento y queda imprejuzgada. Lo cierto es que en la fecha del despido practicado la trabajadora continuaba en situación de excedencia voluntaria, con las consecuencias antes expresadas.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación al caso

Por lo expuesto y

EN NO MBRE DEL REY

FALLAMOS

Estimar parcialmente el recurso de suplicación presentado por la letrada D^a Beatriz Llamas Cuesta en nombre y representación de D^a Coro contra la sentencia de 18 de marzo de 2013 del Juzgado de lo Social número tres de León (autos 1049/2012), revocando el fallo de la misma para, en su lugar, declarar nulo por inexistente



el despido de la actora, declarando el derecho preferente de ésta, como excedente voluntaria, al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en el Ayuntamiento de León.

Notifíquese la presente a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia en su sede de esta capital. Para su unión al rollo de su razón, líbrese la oportuna certificación, incorporándose su original al libro correspondiente.

Se advierte que contra la presente sentencia, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá prepararse dentro de los diez días siguientes al de su notificación, mediante escrito firmado por Abogado y dirigido a esta Sala, con expresión sucinta de la concurrencia de requisitos exigidos, previstos en el artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ..

Todo el que intente interponer dicho recurso sin tener la condición de trabajador o causahabiente cuyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social consignará como depósito la cantidad de 600,00 euros en la cuenta núm 2031 0000 66 1691 13 abierta a nombre de la sección 2ª de la Sala de lo Social de este Tribunal, en la oficina principal en Valladolid del Banco Español de Crédito (BANESTO), acreditando el ingreso.

Asimismo deberá consignar separadamente en la referida cuenta la cantidad objeto de la condena, debiendo acreditar dicha consignación en el mismo plazo concedido para preparar el Recurso de Casación para Unificación de Doctrina.

Si el recurrente fuera la Entidad Gestora, y ésta haya sido condenada al pago de prestaciones, deberá acreditar al tiempo de preparar el citado Recurso que ha dado cumplimiento a lo previsto en el art. 230.2.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ..

Firme que sea esta Sentencia, devuélvanse los autos, junto con la certificación de aquélla al Juzgado de procedencia para su ejecución.

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En la misma fecha leída y publicada la anterior sentencia, por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, celebrando Audiencia Pública en esta Sala de lo Social. Doy Fe.