

La declaración extemporánea sobre la decisión de reingreso en la excedencia voluntaria no supone la pérdida del derecho a la reincorporación.

Francisco A. Vila Tierno

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga.

Resumen: *Excedencia voluntaria. Reingreso que se solicita incumpliendo el plazo de preaviso establecido en el convenio colectivo aplicable. El incumplimiento del plazo de preaviso establecido convencionalmente para solicitar la reincorporación no determina la pérdida del derecho al reingreso, a pesar de la dicción del convenio que así lo establece por tratarse de una previsión contraria a ley. La negativa empresarial a la reincorporación constituye un despido improcedente.*

Palabras clave: *Excedencia voluntaria. Reingreso. Despido improcedente.*

Abstract: *Aspettativa volontaria. Reintegrazione richiesta in violazione del periodo di preavviso stabilito dal contratto collettivo applicabile. Il mancato rispetto del periodo di preavviso stabilito dal contratto per la richiesta di reintegrazione non determina la perdita del diritto alla reintegrazione, nonostante l'accordo preveda che si tratti di una disposizione contraria alla legge. Il rifiuto del datore di lavoro di reintegrare il dipendente costituisce un licenziamento ingiusto.*

Keywords: *Aspettativa volontaria. Reintegro. Licenziamento ingiustificato.*

I. Introducción

La regulación convencional de determinadas materias o instituciones laborales está especialmente indicada respecto de aquellas cuestiones que responden, como en el caso de la excedencia voluntaria, a una ordenación escueta y que plantea una llamada implícita a ser completada.

Ello no puede suponer, sin embargo, un desarrollo por parte de los negociadores más allá de los límites que la propia jerarquía normativa permite (siguiendo la escala del art. 3.1 ET).

En este sentido, la norma de rango superior puede suponer la expulsión automática del ordenamiento de la de menor rango que se le opone. O bien, en el supuesto que entendamos que no se produce una concurrencia conflictiva (como lo descrito anteriormente), puede producirse una relación entre la norma legal y la convencional de manera que la primera dispone unos mínimos de derecho necesario, establece una norma mínima, en virtud de la que, como es sabido, únicamente cabe una relación de suplementariedad o mejorabilidad sobre aquel umbral, sin que, por el contrario, se pueda establecer unas condiciones *in peius* para la persona trabajadora

[i]. Sea en un caso o en otro no cabría una situación menos favorable para la ésta por la aplicación del convenio colectivo frente a la ley.

No obstante, a veces es tan escasa la previsión legal que no se sabe, a ciencia cierta, si ha establecido ese mínimo inderogable o cómo éste se puede ver afectado por una disposición de menor rango jerárquico. Y este es precisamente, el asunto que nos ocupa, en tanto que la redacción que el Estatuto de los Trabajadores (art. 46.5) da a la excedencia voluntaria es tan reducida que el campo para su interpretación y desarrollo es tan amplio como complejo.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 726/2024, de 22 de mayo.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUd núm. 1317/2023.

ECLI:

ECLI:ES:TS:2024:2798

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Antonio Blasco Pellicer.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión que se pretende resolver en el supuesto de hecho que ahora es objeto de análisis y comentario se resume de un modo simple en dos aspectos interrelacionados:

1. Excedencia forzosa y derecho de reingreso

En este punto es preciso señalar que el precepto estatutario se limita a concretar que las personas trabajadoras tienen, en el caso de una excedencia voluntaria, el derecho al reingreso preferente. Y nada más al respecto. Esto es, que ni impone plazos para ello, ni lo condiciona a nada en absoluto.

2. Preaviso para el reingreso por regulación convencional

Ante la falta de más detalle, en convenio colectivo se dispone que el derecho a reingreso viene vinculado a un período de preaviso, pero establece, de un modo directo, los efectos de la falta de aquél y que no son otros que la pérdida de tal derecho.

En este contexto, se analiza un supuesto de hecho en el que, en primer término, un trabajador con contrato indefinido (y a tiempo parcial), que viene prestando servicios para una empresa, solicita una excedencia voluntaria de seis meses que con posterioridad solicita se le prorrogue otros seis meses más. A lo que accede la empresa.

A estos efectos el convenio colectivo aplicable, como hemos advertido, establece que para ejercer su derecho de reingreso preferente, la persona trabajadora debe preavisarlo con una antelación de un mes a la fecha de finalización del plazo.

Sin embargo, el actor solicita, de manera extemporánea respecto a la previsión convencional, su reingreso en la empresa, si bien, antes de que concluyera el período de excedencia solicitado (finalizaba el 14/12/2021 y la solicitud se presentó el 24/11/2021, siendo recepcionada el 26/11/2021). Con fecha de 9/12/2021 recibe

notificación el trabajador en la que se le indica que el plazo para solicitar tal reincorporación venció el 14/11/2021 y que, en consecuencia, se entiende perdido el derecho que tenía para ello.

No se especifica de manera concreta en la descripción fáctica de la sentencia de instancia, pero atendiendo al fallo de la misma, decayó la relación laboral, lo que dio lugar a la reclamación por despido del trabajador, cuya pretensión se desestima en el Juzgado de lo Social y en Suplicación.

IV. Posición de las partes

La posición que ostenta cada una de las partes en el proceso resulta evidente a la vista de los antecedentes descritos:

Recurrente: entiende que se ha vulnerado el derecho al reingreso previsto en el art. 46 ET y, por tanto, la extinción no está justificada, debiendo ser, en consecuencia, calificada como improcedente. Y ello lo hace al amparo de la STS 61/2022, de 25 de enero y la doctrina fijada en ésta (y sobre la que más adelante se volverá).

Recurrido: téngase en cuenta que el Magistrado a quo, resolvió que la recientemente citada STS 61/2022, de 25 de enero, no era aplicable al caso, en primer lugar, porque se refiere a un convenio colectivo distinto y, en segundo lugar, y al hilo de lo anterior, que en la misma se resolvía sobre un precepto convencional que establecía el mismo plazo de preaviso para solicitar la reincorporación, pero no fijaba consecuencias como en el que ahora se analiza. Esto es, en aquel convenio colectivo no se establecía, como en el de Grandes Almacenes que ahora se estudia, que el efecto era la pérdida del derecho a la reincorporación.

Ello motiva que el recuso se impugne de contrario al considerarse que hay falta de contradicción, siendo así informado también por el Ministerio Fiscal.

V. Normativa aplicable al caso

Las referencias normativas básicas para resolver el presente supuesto son esencialmente dos, una de carácter legal y otra convencional:

- Art. 46.5 ET:
 - “El trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”
- Art. 38.4 Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (en la sentencia se cita el art. 48.4, pero en las redacciones anteriores se trata del art. 38.4 y en la actualmente vigente el 39.4)
 - [ii]:
 - “De acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, podrán solicitar la excedencia voluntaria todas las personas 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 la misma persona trabajadora si transcurriesen cuatro años desde el final de la anterior excedencia; a ningún efecto se computará el tiempo que las personas trabajadoras permaneciesen en esta situación.

Al término de la situación de excedencia la persona trabajadora tendrá derecho preferente al reingreso en la primera vacante que se produzca en la empresa de su mismo grupo profesional, si no hubiese personas trabajadoras en situación de excedencia forzosa o con derechos a reserva de puesto de trabajo.

Se perderá el derecho de reingreso en la empresa si no es solicitado por el/a interesado/a con una antelación de un mes a la fecha de finalización del plazo que le fue concedido” (el subrayado es nuestro).

No obstante, para la resolución del supuesto de hecho y la valoración de si concurren los requisitos del art. 219 LRJS, debe señalarse que el convenio colectivo analizado por la reiterada STS 61/2022, de 25 de enero y que se toma como referencia, en su art. 93 dispone, de manera diferencial al que ahora se analiza, que “El trabajador en excedencia, conservará un derecho preferente al reingreso en las vacantes, de igual o similar categoría a la suya, que hubieran o se produjeran en la empresa, siempre que lo solicite con, al menos, un mes de antelación al término de la excedencia”. De manera evidente, no fija la consecuencia prevista en el convenio colectivo de Grandes Almacenes y de ahí las dudas en cuanto a su aplicabilidad o no a este caso.

Por último, para la resolución de este asunto, la Sala Cuarta invoca otro precepto que resulta transcendental, el art. 3.1 ET:

“1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

a) Por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado.

b) Por los convenios colectivos.

c) Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

d) Por los usos y costumbres locales y profesionales”.

VI. Doctrina básica

La doctrina básica que puede extraerse de la presente sentencia consolida la ya planteada por la reiterada STS 61/2022 de 25 de enero y por la STS 376/2023, de 24 de mayo. Con base en éstas, se puede afirmar que:

- La excedencia voluntaria es una suspensión atípica del contrato de trabajo;
- Su efecto principal, junto al mantenimiento de la relación laboral y de la inexistencia de salarios, es que, no existe la obligación de reserva de puesto de trabajo, sino la de derecho de reingreso preferente;
- Su escasa regulación normativa da pie a su desarrollo convencional, si bien, éste viene condicionado por el respeto a los preceptos legales, en este caso, al contenido del art. 46 ET. Precepto que reconoce, sin condiciones, el derecho al reingreso preferente. Hacer depender tal derecho a un trámite formal de preaviso, supone extralimitar los efectos que se deben reconocer a esta obligación de comunicación en plazo, dejando vacío de contenido el referenciado derecho de reingreso, que se plegaría frente a unas consecuencias que no serían las propias de una falta de preaviso;
- El plazo convencional de preaviso debe ser interpretado de manera restringida en cuanto que introduce una norma limitativa de derechos;
- Y, finalmente, que no puede el convenio colectivo fijar unos efectos que la ley ni ha previsto ni permite, porque no cabe una disminución convencional de derechos que la ley reconoce.

VII. Parte dispositiva

La sentencia comentada termina concluyendo que “procede la estimación del recurso y la casación anulación de la sentencia recurrida para resolver el debate en suplicación estimando el de tal clase, por lo que previa estimación de la demanda,

implica declarar que la comunicación empresarial constituyó un despido que se califica de improcedente”.

A partir de tal conclusión, resuelve:

- Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina;
- Casar y anular la sentencia dictada el 12 de enero de 2023 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso de suplicación núm. 917/2022.
- Resolver el debate en suplicación estimando el de tal clase y anular la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 42 de Madrid, de fecha 25 de abril de 2022, autos núm. 105/2022.
- Estimar la demanda declarando la improcedencia del despido del actor y condenar a la mercantil demandada a readmitir con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta aquella en la que la readmisión se lleve a cabo, o a que indemnice de conformidad con la normativa vigente, sin que haya condena en costas.

VIII. Pasajes decisivos

Hemos de reseñar como más relevantes, las siguientes argumentaciones recogidas en los Fundamentos Jurídicos segundo y tercero:

- “(...) la STS 61/2022 de 25 de enero (Rcud. 4927/2018) dictada por esta Sala, que se pronuncia sobre las consecuencias del incumplimiento del plazo de preaviso para la reincorporación tras una excedencia voluntaria según el art. 93 del convenio colectivo general del sector de la construcción (...) La Sala Cuarta estima el recurso del demandante y declara improcedente su despido, razonando que "La trascendencia que cabe otorgar a la previsión convencional de que la persona que solicita el reingreso, tras un periodo de excedencia voluntaria, formule su solicitud con una antelación prefijada en la norma colectiva, rechaza que del incumplimiento del plazo de preaviso se derive la pérdida del derecho al reingreso”.
- “Tal como señalamos en la STS 376/2023, de 24 de mayo (Rcud. 2355/2020), La excedencia voluntaria es una manifestación atípica de la suspensión del contrato de trabajo. Una vez concedida produce el efecto típico de toda suspensión: mantenimiento del vínculo contractual y suspensión de las obligaciones mutuas de trabajar y remunerar el trabajo. El trabajador causa baja en la empresa, se le da de baja en Seguridad Social, pero mantiene su vínculo contractual con la empresa. Sin embargo, no existe derecho a reserva del puesto de trabajo cuando finalice la situación de excedencia (...)
- El régimen jurídico legal de la excedencia es parco (se limita a configurar los requisitos de acceso a dicha situación) y a regular mínimamente el reingreso, cuestión que se limita a proclamar el aludido derecho preferente al reingreso. Por esta razón estamos ante un campo fértil para que pueda ser regulado por la negociación colectiva y, en su caso, por la autonomía individual.

La regulación que la negociación colectiva puede hacer al respecto está limitada, al igual que sucede en otras instituciones laborales, por lo dispuesto en el artículo 3.1 ET. Ello implica, en general que lo establecido por convenio colectivo debe respetar lo dispuesto en la ley y, en concreto, las disposiciones legales de derecho necesario absoluto o los mínimos de derecho necesario. Para la Sala resulta evidente que la regulación de la excedencia voluntaria contenida en el artículo 46 ET constituye mínimo de derecho necesario que no admite una regulación peyorativa por el convenio colectivo. Al respecto, no cabe duda de que a través de la negociación colectiva se

puede establecer un plazo determinado para efectuar la solicitud de reingreso, al igual que las consecuencias pertinentes que puedan anudarse a su incumplimiento; ahora bien, tales efectos deben ser proporcionados y atender a las circunstancias oportunas en relación al ejercicio del derecho; pero nunca podrían ser de tal magnitud que, de suyo, implicasen la pérdida del derecho ya que tal efecto no está previsto en la norma ni ésta remite para ello al pacto colectivo.

- Ya en la sentencia aquí traída como referencial, reiterada por la STS 13/2023, de 10 de enero (Rcud. 4158/2021) explicamos que suponer, como hace la sentencia recurrida, que el incumplimiento del preaviso determina la pérdida del derecho al reingreso, cuando lo que se interpreta es una norma restrictiva de derechos implica llevar ese carácter aún más lejos, lo que contradice el principio de derecho que obliga a que deba ser objeto de interpretación restringida la norma limitativa de derechos. Por otra parte, nunca una interpretación puede conducir al absurdo cual sería el de negar todo significado a la exigencia del preaviso, por lo que ha de situarse su razón de ser en las consecuencias para la empresa derivadas de la dificultad de una sorpresiva petición de reingreso, aún en el caso de contar con una vacante, traduciéndose la del incumplimiento del preaviso en una moratoria para la empresa equivalente a dicho plazo y, desde luego, siempre que la solicitud se efectúe antes de finalizar la excedencia concedida, como queda acreditado en el caso.

Pero, en modo alguno, podemos admitir que la fijación de un plazo de preaviso para solicitar el reingreso lleve aparejado que su incumplimiento pueda dar lugar a la pérdida de ese derecho y, en consecuencia, a la extinción del contrato de trabajo suspendido ya que, en ese caso, el convenio estaría estableciendo unos efectos que la ley ni ha previsto ni permite, ya que implicaría una disminución convencional en perjuicio del trabajador de los derechos establecidos legalmente”.

IX. Comentario

Tanto la sentencia de instancia como la de suplicación que anteceden a esta de casación, llegaron a la conclusión de entender que la falta de comunicación en plazo del trabajador de su voluntad de reincorporación a la empresa en el plazo convencionalmente establecido para ello, implicaban la pérdida de tal derecho.

En tal circunstancia, reconocía, de facto, una especie de nueva causa extintiva al margen de lo previsto en el art. 49 ET, ya que, por más que puedan repasarse las mismas, no se encuentra ninguna que dé cobertura

[iii] al planteamiento extintivo que se desprende de aquellos fallos judiciales. De este modo, a nuestro modo de entender, la extinción se identificaría con un despido que debería ser calificado como improcedente por falta de causa.

Pero es que esta ausencia de causa, se refuerza, fundamentalmente, por los argumentos que recoge la sentencia de casación fijando una doctrina determinante, que no es otra que independientemente de que el convenio establezca o no unos efectos por la falta de preaviso en el plazo fijado en el mismo, no puede justificarse que lo que se produce es una pérdida del derecho de reincorporación puesto que ello va más allá de lo que la ley le permite.

Se está poniendo en duda, el mismo principio de jerarquía normativa constitucionalmente consagrado: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa (...)” (art. 9.3 CE). Lo que supone que si el art. 3.1 ET ordena jerárquicamente las fuentes de la relación laboral y en ella se reconoce la supremacía de la norma legal frente a la convencional, no cabe que ésta contradiga o se extralimite respecto de lo que aquella le permite.

De este modo, una regla convencional que resulta más restrictiva que lo que fija el texto legal que regula en origen el derecho, debe ser interpretada de manera restrictiva

y, por tanto, no puede, el incumplimiento del plazo de preaviso de un convenio colectivo oponerse al derecho reconocido en un precepto estatutario.

Recuérdese, a estos efectos la previsión general y determinante del art. 85.1 ET: Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo (...).

X. Apunte final

Como apunte final es preciso recordar que el art. 90.5 ET dispone que “Si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción social, la cual resolverá sobre las posibles deficiencias previa audiencia de las partes, conforme a lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social”.

La pregunta que nos formulamos a partir de aquí es si el precepto legal podía, en efecto, estar vulnerando la legalidad vigente, porque, en tal caso, debería haber seguido el camino que el citado art. 90.5 ET le señala. Y es que, si así fuera, tendría que verse que virtualidad podría haber tenido su posible falta de validez.

Lo cierto es que ello no se hizo, conforme al procedimiento previsto en el art. 163.1 LRJS

[iv], pero ello no excluye la actuación por parte de un afectado por su aplicación: “La falta de impugnación directa de un convenio colectivo de los mencionados en el apartado 1 de este artículo no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho (...)” (art. 163.4 LRJS). Pero es que, además, la misma previsión legal dispone que “El juez o tribunal que en dichos procedimientos apreciara la ilegalidad de alguna de las referidas disposiciones lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos”.

Si el precepto convencional se opone claramente a lo previsto en el art. 46 ET podría seguir este camino ¿o no supone una contradicción evidente?

Bueno, y si no lo fuera, no es descartable que sobrevengan nuevos procesos con una doctrina ya clara, pero que no es tampoco ilógico que puedan seguir algunas de las vías introducidas por las modificaciones que sobre la LRJS introduce el Real Decreto-ley 6/2023, pero cuya reflexión excede ya el contenido de este comentarios jurisprudencial.

[i] [i][i] De manera clásica pueden citarse los estudios de referencia en esta materia que siguen revistiendo absoluta actualidad y que nos enseñan las formas de relacionarse entre las distintas fuentes de la relación laboral: MARTÍN VALVERDE, A., “Concurrencia y articulación de normas laborales”, *Revista de Política Social*, núm. 119 (1978); GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.

[ii] Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes («BOE» núm. 242, de 7 de octubre de 2017); Resolución de 31 de mayo de 2021, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo

del sector de grandes almacenes («BOE» núm. 139, de 11 de junio de 2021); Resolución de 30 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del sector de grandes almacenes («BOE» núm. 137, de 9 de junio de 2023).

[iii] Artículo 49. Extinción del contrato.

1. El contrato de trabajo se extinguirá:

a) Por mutuo acuerdo de las partes.

b) Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.

c) Por expiración del tiempo convenido. A la finalización del contrato, excepto en los contratos formativos y el contrato de duración determinada por causa de sustitución, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación.

Los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los contratos formativos, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios.

Expirada dicha duración máxima, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación.

Si el contrato de trabajo de duración determinada es superior a un año, la parte del contrato que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación mínima de quince días.

d) Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.

e) Por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2.

f) Por jubilación del trabajador.

g) Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante.

En los casos de muerte, jubilación o incapacidad del empresario, el trabajador tendrá derecho al abono de una cantidad equivalente a un mes de salario.

En los casos de extinción de la personalidad jurídica del contratante deberán seguirse los trámites del artículo 51.

h) Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el artículo 51.7.

i) Por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

j) Por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario.

k) Por despido del trabajador.

l) Por causas objetivas legalmente procedentes.

m) Por decisión de la persona trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género”.

[iv] “La impugnación de un convenio colectivo de los regulados en el Título III del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o de los laudos arbitrales sustitutivos de éstos, por considerar que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, podrá promoverse de oficio ante el juzgado o Sala competente, mediante comunicación remitida por la autoridad correspondiente”.