



PODER DE DIRECCIÓN EMPRESARIAL

Universidad de Córdoba

EMPRESA Y EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO: DERECHOS INDEMNIZATORIOS DE LOS EXCEDENTES VOLUNTARIOS

Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 2006

M.^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ *

SUPUESTO DE HECHO: El actor venía prestando servicios para Minas de Riotinto, S.A. con antigüedad de 6 de junio de 1996. El 21 de marzo de 2003, la Delegación de Empleo y Desarrollo Tecnológico de Huelva autorizó la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados por dicho expediente, entre los que se encontraba el demandante, reconociéndoles el derecho a percibir la indemnización del artículo 51.8 ET. Al encontrarse el demandante en situación de excedencia voluntaria y prestando servicios para otra empresa desde el 20 de abril de 2001, Minas de Riotinto, S.A. no hizo abono de la referida indemnización. Al no prosperar el acto de conciliación previa, el trabajador en excedencia interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social núm. 3 de Huelva, reclamando el derecho a percibir la indemnización por extinción de su contrato de trabajo. Demanda que fue desestimada por el Tribunal en sentencia de 23 de junio de 2004.

Contra la citada sentencia, el afectado interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que dictó sentencia en fecha de 5 de mayo de 2005, estimando el recurso y, en consecuencia, revocando la sentencia de instancia y declarando el derecho

* Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Córdoba.

del demandante al percibo de la cuantía indemnizatoria correspondiente (4.766 euros) y, por ende, condenando a la empresa demandada al pago de la citada cantidad.

En nombre y representación del Fondo de Garantía Salarial se interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo.

RESUMEN: El Alto Tribunal, en sentencia de 21 de octubre de 2006 declarará que la sentencia recurrida quebranta la unidad de doctrina y debe ser por ello casada y anulada y resuelve el debate planteado en suplicación con pronunciamiento desestimatorio del recurso interpuesto y la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia.

ÍNDICE

PLANTEAMIENTO PREVIO

1. EXCEDENCIAS *VERSUS* SUSPENSIÓN: PUNTO CLAVE EN LOS RAZONAMIENTOS DEL FALLO
 - 1.1. La reserva de puesto de trabajo
 - 1.2. Las causas o motivos de acceso a la excedencia voluntaria
2. INCLUSIÓN DEL EXCEDENTE VOLUNTARIO EN EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO
3. NOTA CONCLUYENTE

PLANTEAMIENTO PREVIO

Para iniciar el comentario de este pronunciamiento judicial habría que partir del planteamiento del Alto Tribunal que, basándose en la decisión tomada por la STS 25 de octubre de 2000, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, afirma que el derecho a la indemnización por despido colectivo no alcanza a los excedentes voluntarios ya que al ser la finalidad de la indemnización del despido la compensación al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo —y, por ende, de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador— este daño se produce cuando aquél está prestando servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo; sin embargo, no existe tal agravio cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso expectante, en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes.

A partir de este primer razonamiento de la sentencia habría que hacer hincapié, en primer lugar, en la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria. La diferencia con la excedencia forzosa o la suspensión propiamente dicha en cuanto a algunos de sus efectos —particularmente en cuanto a la



no reserva de plaza— se erigen en punto de partida para el Supremo para justificar su decisión.

Otro de los argumentos esgrimidos en apoyo del no reconocimiento de la indemnización estriba en el motivo que llevó al excedente a esa situación. El desempeño de otras actividades profesionales durante la excedencia es otra de las razones que se argumentan en la sentencia para justificar el fallo.

Basándonos en estos dos aspectos fundamentales —y, a pesar, de que paradójicamente, en ninguno de ellos se entra a fondo— trataremos en las próximas líneas de indagar en el discurso del Alto Tribunal en su sentencia de 26 de octubre de 2006.

1. EXCEDENCIAS *VERSUS* SUSPENSIONES: PUNTO CLAVE EN LOS RAZONAMIENTOS DEL FALLO

Tras la lectura de la sentencia deducimos, como ya hemos adelantado, que una de las cuestiones básicas controvertida estriba en determinar si la situación de excedencia voluntaria es o no una causa de suspensión del contrato.

El artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores relaciona diversas causas de suspensión del contrato de trabajo. Característica común de todas ellas es que el contrato no se extingue, sino que suspende sus efectos básicos de prestar el trabajo y pagar los salarios —además de que puedan existir efectos adicionales según sea la causa de la suspensión—.

Aunque el artículo 45.1 k) únicamente prevé de modo expreso como causa de suspensión la excedencia forzosa, gran parte de la doctrina considera que también lo es la excedencia voluntaria, si bien sus efectos adicionales son distintos en cuanto que aquella determina la reserva del puesto de trabajo y ésta sólo un derecho preferente a las vacantes que se produzcan en la empresa (artículo 46.5)¹.

¹ La STS de 25 de octubre de 2000, base de la que analizamos, contiene un voto particular del magistrado Fernández López, al que se adhiere el del magistrado García Sánchez, en el que se muestra la discrepancia del criterio mayoritario de la Sala, basándose en la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria, equiparable a la suspensión contractual. Los razonamientos esgrimidos son varios: a) De carácter sistemático, puesto que la excedencia voluntaria se regula dentro de la misma sección del Estatuto de los Trabajadores que lleva por epígrafe «suspensión del contrato»; b) El hecho de que el excedente voluntario no tenga derecho como el forzoso a reserva del puesto de trabajo, no obsta a esa calificación suspensiva puesto que la reserva es sólo un efecto normal, pero no esencial de la suspensión (además, el artículo 48, contempla la posibilidad de que la citada reserva pueda faltar también en otras causas de natu-

1.1. La reserva de puesto de trabajo

Resulta ser éste un tema especialmente complejo si tenemos en cuenta que en el término de excedencias, en general, quedan incluidas diversas subclases o tipos reconducibles todas ellas a dos fundamentales: la excedencia forzosa y la voluntaria.

Del propio tenor literal del artículo 45.1 deducimos que la excedencia forzosa se considera como un supuesto de suspensión del contrato, siéndole aplicable el régimen jurídico y los efectos propios del régimen suspensivo².

Las dudas más acuciantes se plantean, pues, en torno a la distinción entre suspensión y excedencia voluntaria dada la dificultad en determinar la naturaleza de esta última, que además se ve agravada por la no inclusión de la misma dentro del artículo 45 de la LET³.

Tres líneas doctrinales surgen al respecto⁴. Aquella integrada por los que abogan por la naturaleza suspensiva de la excedencia, los que mantienen su naturaleza extintiva y una tercera de menor difusión formada por aquellos que la consideran como una situación peculiar y autónoma, que no es causa de suspensión ni tampoco de extinción.

Existen argumentos que nos incitan a rechazar la postura defensora de la naturaleza extintiva de la excedencia voluntaria. En primer lugar habría que tener en cuenta un aspecto fundamental que es la intención que las par-

raleza claramente suspensiva); c) Numerosos convenios colectivos imponen al excedente voluntario el cumplimiento de ciertos deberes de buena fe (no hacer competencia desleal, etc.); imposición que carecería de sentido si el contrato no estuviese suspendido. d) Otra razón que ratifica el anterior criterio es la reiterada doctrina del Supremo expresiva de que constituye despido —figura que sólo es predicable de un contrato de trabajo que esté vivo— la negativa expresa, categórica e incondicionada de la empresa, a readmitir a un excedente voluntario una vez concluida esta situación, siempre y cuando no esté basada en la inexistencia de vacantes o siempre que se acredite la realidad de las mismas.

² En este sentido la doctrina parece ser unánime. *Vid.*, como ejemplos, VIDA SORIA, «Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», en *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del ET*. Tomo II. EDERSA. MADRID, 1994, pág. 104; PALOMEQUE LÓPEZ y ALVAREZ DE LA ROSA, así como MARTÍN VALVERDE y RODRÍGUEZ SAÑUDO y el profesor SALA FRANCO, tratándola dentro de las causas de suspensión en sus estudios sobre *Derecho del Trabajo*; también, PÉREZ ALONSO, *La excedencia laboral*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995, pág. 13, con cita de sentencias al respecto.

³ *Vid.*, en este sentido MONTOYA, GALIANA, SEMPERE, RIOS, *Comentarios al ET*. Aranzadi. Pamplona, 1995, pág. 245.

⁴ *Vid.*, la referencia a esta cuestión en RODRÍGUEZ COPÉ, «Derecho al reingreso del excedente voluntario y posición del empresario ante el incumplimiento del plazo de preaviso fijado en convenio colectivo. (Comentario a la STS de 18 de septiembre de 2002)», en *Temas Laborales* 69/2003, págs. 173 a 175.



tes tuvieron al acordar la excedencia, que no fue otra sino la de mantener el vínculo para la posterior reanudación de la relación, para lograr, de este modo, la conservación y permanencia de la relación entablada; y prueba de esta continuidad del vínculo es que durante la excedencia voluntaria, aunque se interrumpe la ejecución de las prestaciones fundamentales derivadas del contrato se mantienen otros derechos y deberes, de manera que cuando el trabajador reingresa no lo hace «*ex novo*» sino manteniendo los derechos adquiridos hasta el comienzo de la excedencia; además la negativa empresarial injustificada al reingreso sería considerada como un despido⁵.

No obstante, sí es cierto que, al contrario de lo que ocurre con la excedencia forzosa, la excedencia voluntaria no comparte el mismo régimen jurídico ni produce los mismos efectos que la suspensión contractual. Uno de los efectos considerados esenciales para gran parte de la doctrina —tanto científica como judicial— como es el derecho a la reserva de plaza no es predicable de la excedencia voluntaria.

Desde esta perspectiva, el punto de partida para iniciar una diferenciación entre suspensión y excedencia voluntaria se encuentra en sus efectos, y se concreta en uno de ellos: la reserva de puesto de trabajo⁶. Es uno de los efectos más controvertidos de la excedencia voluntaria: el trabajador no tendrá reservado su puesto de trabajo, con lo cual sólo podrá reincorporarse si existiese vacante en el momento de finalizar la situación de excedencia⁷. Se trata con toda seguridad de un derecho profesional distinto al que se reconoce en las situaciones suspensivas del artículo 45 del ET. 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.

El que el derecho preferente al reingreso del excedente no resulte ser un derecho cierto, efectivo y actual, consolidado en el patrimonio jurídico del sujeto, sino que constituya tan sólo un derecho hipotético y eventual, pendiente del cumplimiento de una doble requisito —solicitud temporánea

⁵ Otros argumentos tales como el mantenimiento de la obligación de buena fe por parte del trabajador, o la posibilidad de que éste ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo por incumplimiento grave de las obligaciones contractuales previstas en el artículo 50.1 de la LET son, a juicio de PÉREZ ALONSO, *La excedencia laboral*, cit., pág. 23, concluyentes para entender que la excedencia voluntaria no representa una extinción del contrato de trabajo.

⁶ *Vid.*, ARGÜELLES BLANCO, *La excedencia laboral voluntaria*. Aranzadi. Pamplona, 1997, pág. 298. Para la autora es ésta la característica que mayor singularidad aporta al régimen jurídico de esta figura, frente al propio de la excedencia forzosa y de las restantes causas de suspensión del contrato para los que dicha reserva de plaza es un efecto común.

⁷ Recordemos que el núcleo principal del régimen jurídico de la excedencia voluntaria común se encuentra en el precepto del artículo 46.5 del ET, 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».

de reingreso por parte del excedente y existencia de vacantes de igual o similar categoría profesional— y, por ello, de realización incierta, parece que, para algunos⁸, es un argumento más que suficientes para descartar la defensa de que durante la excedencia voluntaria el vínculo jurídico-laboral permanece.

En muchas ocasiones, la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha 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 —que es suspensión, propiamente dicha— (STS 6-11-1997), y ha 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 reingreso⁹.

Según afirma el Supremo en su sentencia de 25 de octubre de 2000, «el tratamiento legal diferenciado de la suspensión del artículo 45 del ET y de la excedencia voluntaria común del artículo 46.2 del ET encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otra».

Veamos, pues, este aspecto.

1.2. Las causas o motivos de acceso a la excedencia voluntaria

El interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario¹⁰, bastando en principio para hacerlo valer con la vo-

⁸ Al respecto, SIRVENT HERNÁNDEZ, «Naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria y derecho preferente al reingreso. Comentario a la STS de 25 de octubre de 2000», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 8/2005. La autora defiende la postura de que con la excedencia voluntaria común tiene lugar una novación extintiva entendiendo por tal la extinción de la relación jurídico-laboral anterior y el nacimiento de otra que la sustituye que ya no es propiamente laboral y que viene representada por el derecho preferente a la contratación. Si se considera que con la novación extintiva (también llamada propia) lo que se consigue es que a partir de un único negocio jurídico se produzca una eficacia dual, esto es lo que sucede con la excedencia voluntaria común, según SIRVENT, dado que el pase a dicha situación supone la terminación de la relación jurídico-laboral anterior y la constitución de una nueva, que la sustituye, encarnada por la situación expectante de reingreso del *ex*-trabajador.

⁹ Entre derecho y no derecho existe el derecho que deviene o en su estadio de formación. Este estadio evolutivo se caracteriza por una incertidumbre o pendencia: no se sabe todavía si el hecho jurídico constitutivo del derecho llegará a reunir todos sus elementos y si, consiguientemente, surgirá o no el derecho. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo I, Volumen II, Reus, Madrid, 1971, pág. 37.

¹⁰ ALONSO OLEA, *El Estatuto de los Trabajadores. Texto y comentario breve*, pág. 154. Civitas. Madrid, 1980, p. 54, que determina como en la terminología estatutaria la excedencia

luntad del propio trabajador excedente ¹¹. Los motivos que han movido al trabajador para situarse en excedencia voluntaria difieren de las causas justificadoras de la suspensión: aquellos estrictamente personales, éstos como consecuencia, en la mayor parte de los casos, de una imposibilidad sobrevenida o del ejercicio de derechos especialmente valorados.

Los motivos de la excedencia voluntaria no están previamente tasados; el trabajador puede colocarse en excedencia en su empresa por razón de estudios, por exigencias familiares, personales e incluso profesionales ¹². Esto

voluntaria es la que se pide por el trabajador sin alegación de causa especial o en virtud de causas genéricas, mientras que la forzosa es la que se pide por el trabajador en virtud de las causas taxativas que en esta caso sí se expresan, y la que, aún sin mediar petición puede ser declarada por el empresario por estas mismas causas. GORELLI HERNÁNDEZ, *Las excedencias en Derecho del Trabajo*. Comares. Granada, 1998, pág. 18, considera que, a diferencia de la excedencia forzosa el fundamento de la voluntaria reside en intereses personales del trabajador.

¹¹ Conviene aclarar que no sólo en los casos de excedencia voluntaria sino también en los de excedencia forzosa, el trabajador se coloca en la situación de excedencia por su propia voluntad sin que el calificativo *voluntario-forzoso* empleado tenga relación alguna con la participación volitiva del sujeto trabajador. Para realizar esta afirmación nos basamos en que el motivo o el supuesto de hecho que puede dar lugar a la excedencia forzosa es tan voluntario como el que provoca la excedencia voluntaria del trabajador. El ejercicio de un cargo público, motivo por el que el trabajador accederá a la situación de excedencia forzosa, lejos de ser impuesto por el empresario, proviene de la propia voluntad del trabajador que se ha colocado en esta situación porque así lo ha querido. Otra cosa es que la imposibilidad de compatibilizar esta función con el trabajo en la empresa obligue al empresario a situarlo en excedencia. La colocación en dicha situación vendría impuesta por el empresario, pero como consecuencia de un acto totalmente libre y voluntario del trabajador que al aceptar el cargo público era consciente de la necesidad de acceder a este tipo de excedencia por la incompatibilidad acarreada por el propio cargo.

Los errores a la que nos puede llevar el empleo de esta terminología nos pone en evidencia el propio origen funcionarial de la excedencia laboral. La adopción por la normativa laboral de la figura de la excedencia «*funcionarial*» y de los calificativos empleados para distinguir a cada una de ellas no se llevó a cabo de una manera rigurosa. Se empleó la denominación de forzosa y voluntaria propia de las normas administrativas pero sin que la figura jurídica que tomaba esa denominación respondiese a los caracteres que desde el derecho funcionarial se le había asignado. La confusión, pues, que al respecto se creó se debió a que el trasvase del Derecho Administrativo al Derecho Laboral fue sólo de términos (muchos tecnicismos del Derecho de Funcionarios se aplicaron y continúan aplicándose al Derecho Laboral: inamovilidad, derecho al cargo, plantillas, etc...) pero no de conceptos. Se hizo uso de una terminología que respondía perfectamente a los caracteres atribuidos por las normas administrativas a la figura en el ámbito funcionarial y fueron acogidas esas mismas expresiones por unas normas laborales que atribuyeron a esa misma figura otros caracteres diferentes, convirtiéndola, de este modo, en una figura distinta, adaptada a las propias necesidades del Derecho Laboral.

¹² En Los casos de suspensión contractual, la obligación del deber de buena fe mientras actúa la causa de suspensión se concreta en la prohibición de prestar trabajo mientras que esa causa persiste; solución congruente con las causas y finalidad específica a la que se destina el período suspensivo. En el caso de la excedencia voluntaria, la prohibición no radica en la pres-

equivale a decir que cualquier interés, ya personal, ya profesional, del trabajador puede justificar esta modalidad de excedencia, siempre que sea compatible con las exigencias de la buena fe contractual. En base a estos argumentos, 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.

En muchos casos, 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. En el supuesto concreto que nos ocupa, el excedente se encontraba prestando sus servicios para otra empresa por su propio y exclusivo interés. Según el Supremo, se trata de una excedencia «auténticamente voluntaria», lo que resulta decisivo en el no reconocimiento del derecho a indemnización, por cuanto lleva a entender que con el despido no ha sufrido ningún perjuicio.

Ante esta categórica postura de la sentencia de 26 de octubre de 2006 habría que hacer alguna matización¹³. En la vida real se dan situaciones que, aunque formalmente se califican de excedencia voluntaria, se hallan más cerca de una fidedigna situación de suspensión del contrato de trabajo; esto ocurre en algunas excedencias que obedecen en realidad a un pacto propuesto por la empresa, a posibles excedencias derivadas de pactos colectivos, a excedencias por razones de necesidad, o a situaciones de excedentes con el reingreso solicitado y con plaza expectante, etc.

Con ello se quiere señalar que, en cada caso, habrá que ver si la excedencia es auténticamente voluntaria o si, por el contrario, el trabajador se halla en realidad, más allá de una excedencia formal, en una auténtica situación de excedencia no querida y por ello ante una suspensión de su contrato que sí le daría derecho a indemnización.

2. INCLUSIÓN DEL EXCEDENTE VOLUNTARIO EN EL EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO

Un dato esencial a tener en cuenta en el análisis de este supuesto es que el actor figuraba en la relación de trabajadores afectados por el expediente de

tación de otro trabajo, sino que se concreta en prestar un trabajo que pudiese competir *deslealmente* con la actividad que se realiza en la empresa donde ha cesado momentáneamente en la prestación de servicios. Así pues, según vienen reiterando nuestros tribunales el excedente, durante la situación de excedencia, puede dedicarse a la actividad que tenga por conveniente, siempre que no se trate de una competencia desleal con su propia empresa de origen.

¹³ Siguiendo, para ello, el voto particular concurrente que formula el Magistrado Moliner Tamborero, con adhesión de otros, a las STS de 25 de octubre de 2000, tenida como base en el pronunciamiento que analizamos.



regulación de empleo —cuestión básica para determinar su derecho a las cuantías indemnizatorias previstas legal o, en su caso, convencionalmente—.

La primera cuestión que surge es si es obligación empresarial la inclusión del trabajador en el citado expediente. Los pronunciamientos doctrinales nos permiten afirmar que siempre que el excedente haya solicitado su reingreso en la empresa y, en consecuencia, exista un derecho potencial o expectante al reingreso, existe esa obligación¹⁴; y en consecuencia, también es deber del empresario la entrega al trabajador excedente de las cantidades indemnizatorias que pudieran corresponderle¹⁵.

La no inclusión provocaría que la negativa del empresario al reingreso tras el intento del trabajador de reincorporarse una vez finalizado el período de excedencia se concibiera como un despido improcedente¹⁶ con todos los efectos derivados de tal calificación¹⁷. Sin embargo, el no reingreso en la empresa del trabajador que sin manifestar aún su intención de reincorporarse no hubiera estado incluido en el expediente no podría calificarse como despido improcedente. Y ello porque la empresa no tiene certeza de que el ex-

¹⁴ Incluso existen pronunciamientos jurisprudenciales que dejan clara esta obligación sin hacer referencia explícita a la solicitud de reingreso por parte del excedente afectado. Recordemos, por ejemplo, la STS de 28 de abril de 1987 que, con remisión a otras anteriores, expone: «la necesidad de expediente de regulación de empleo para despedir no sólo lo es para los trabajadores en activo, sino también para aquellos que conservan derecho expectante de reincorporación a la empresa, cual ocurre con los excedentes voluntarios, pues otra solución haría ilusorio el derecho al reingreso y transformaría la situación de excedencia voluntaria en un cese indefinido».

¹⁵ Desde la doctrina científica, algunos autores, abogan porque la indemnización se fije calculando simplemente el valor económico que tiene la pérdida de expectativa que aquél derecho proporcionaba. Así se pronuncia ARGÜELLES BLANCO, *op. cit.*, pág. 410, apoyándose en lo dispuesto por VIDA SORIA «Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», en *Comentarios a las leyes laborales. La reforma del ET*. Tomo II. EDERSA. MADRDI, 1994, pág. 119 que afirma que, de otro modo, podría producirse un enriquecimiento sin causa del excedente. En contra PEDRAJAS MORENO, *La excedencia laboral y funcionarial*. Montecorvo. Madrid, 1983 pág. 394. Para este autor, en el expediente que se sustancie deberá figurar los trabajadores excedentes en igualdad en condiciones que el resto de los trabajadores de plantilla, también en lo que se refiere a la indemnización resolutoria.

¹⁶ No obstante, algunos autores, como VIDA SORIA, «Suspensión...», *cit.*, pág. 118, que aboga por la naturaleza extintiva de la excedencia voluntaria considerada «exagerada y técnicamente incorrecta» la doctrina jurisprudencial que equiparaba al despido la no inclusión del trabajador excedente en la lista de afectados por un expediente de regulación de empleo.

¹⁷ MONGE RECALDE, *La excedencia laboral en la Jurisprudencia*. Bosch. Barcelona, 1987, pág. 83, determina cuál es el momento adecuado para reclamar contra el despido efectuado. Para el autor, al contrario que ocurre con cualquier otro trabajador cuyo contrato está suspendido por motivos distintos a la excedencia, que podrá impugnar la decisión empresarial tan pronto como llegue a su conocimiento, el excedente solo podrá reclamar, cuando, además de haber solicitado el reingreso, haya finalizado el período de excedencia voluntaria.

cedente quiera efectivamente ejercer su derecho al reingreso. No estará, por tanto, legitimado para hacer reclamación alguna contra la decisión empresarial.

Centrándonos en el caso que nos ocupa, en la resolución del expediente se especifica que «se autoriza la extinción de las relaciones laborales de los excedentes siempre que no se haya superado el plazo temporal para el que se concedió la excedencia sin haber solicitado la incorporación y exista, por tanto, al menos un derecho expectante al reingreso».

La sentencia de suplicación recurrida declaró que el actor tenía derecho a percibir la indemnización del artículo 51.8 ET en base a esa autorización del ERE. Y ello porque la propia resolución administrativa —firme y ejecutiva— pone como único límite la no superación del plazo de excedencia sin solicitar la reincorporación. En consecuencia, —y aunque no consta por cuánto tiempo se le había concedido— al no haber superado el actor los dos años que el artículo 46.2 del ET establece como período mínimo de permanencia en dicha situación —el demandante había pasado el día 18 de abril de 2001 a la situación de excedencia voluntaria y la resolución del expediente tuvo lugar el 21 de marzo de 2003— tiene derecho a la indemnización prevista en el artículo 51.8 del ET¹⁸.

A pesar de estas argumentaciones, el Alto Tribunal considera que puesto que el ERE «autorizó la extinción de todas las relaciones individuales de trabajo existentes en el grupo de empresas» ha desaparecido cualquier expectativa de reingreso para el demandante. Con razonamientos, no muy convincentes, bajo nuestro punto de vista, el Tribunal esgrime que no puede compartirse la tesis de la sentencia impugnada de no superación del plazo de dos años por el que se había reconocido al actor la excedencia voluntaria común. Sería el único supuesto en el que se mantendría ese derecho potencial al reingreso y ello es lo que da sentido a la inclusión del afectado

¹⁸ Para el juicio de contradicción se aporta una sentencia de contraste que, efectivamente, ha resuelto en sentido contrario un asunto sustancialmente igual. Se trata de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Valladolid) de 14 de mayo de 2002, recurso núm. 932/02, que, siguiendo la doctrina de la Sala del Tribunal Supremo de 25-10-2000, denegó a varios trabajadores en situación de excedencia voluntaria la indemnización correspondiente a un despido colectivo autorizado por un ERE, en cuya resolución habían sido expresamente incluidos, pese a que, según consta en la declaración de hechos probados, a la fecha de la extinción de sus contratos aún no había transcurrido el plazo de dos años que duraba la excedencia voluntaria común.

En sentido similar, la STSJ de Cataluña de 19 de junio de 1998 (Ar. 3161) que niega el derecho de los representantes de los trabajadores en excedencia voluntaria, incluidos en el expediente, al percibo de la indemnización pactada. Argumenta el Tribunal que los excedente voluntarios conservan sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera en la empresa, por lo que la pretensión de que haya pago de indemnización cuando ni siquiera han manifestado su propósito de reintegrarse a la plantilla de la empresa, es judicialmente inatendible.



en el ERE. De no ser así, es decir, de haberse superado dicho plazo sin siquiera haber instado el reingreso, el excedente voluntario común carecería incluso de aquella expectativa y por tanto tal vez hubiera sido innecesaria su inclusión formal en el ERE.

Sin embargo, este no es el caso, pues el excedente sí fue incluido en el citado expediente, en base a la existencia de ese derecho expectante que deriva de una relación laboral no extinta sino existente aún. Y si fue incluido en el expediente porque cumplía los requisitos para ello, deberá ser indemnizado como el resto de los afectados, pues, mientras que existan puestos de trabajo a los que pueda acceder, debe de respetarse su expectativa legal al reingreso por remota que ella sea.

3. NOTA CONCLUYENTE

Esta es la postura manifestada por los magistrados que emitieron voto particular en la referida STS de 25 de octubre de 2000, y es la que compartimos, y ello, a pesar de que nos movemos en el terreno de las expectativas de derecho, o lo que es igual, de los derechos hipotéticos y eventuales, diferente al de los derechos consolidados, ciertos y efectivos. Ello, sin embargo, no es obstáculo para defender que, entretanto, la relación jurídico-laboral permanece viva.

Tengamos en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico sí reconoce protección expresa a ciertas situaciones de pendencia jurídica; es el caso de los derechos condicionales en los que entretanto se encuentra pendiente el cumplimiento de la condición se confiere a su titular una serie de facultades dirigidas a preservar su derecho y a resarcirle de los daños y perjuicios que en algunos casos ocasiona su pérdida¹⁹.

Los estudios realizados por la doctrina civilista en torno a la naturaleza y régimen jurídico de las expectativas de derecho es reconocida por el orden jurídico y produce ya efectos, si bien diversos de los que producirá el derecho definitivo; se trata de un efecto provisional, preliminar, consistente en una garantía de la expectativa misma, para asegurar el resultado final²⁰. De ahí que parte de la doctrina considere que, aunque el excedente voluntario no puede resultar titular de un derecho indemnizatorio cuyo fundamento

¹⁹ Al respecto SIRVENT HERNÁNDEZ, cit., en dónde afirma que, sobre esta cuestión, pueden consultarse, en esencia, los artículos 1121, 1122 y 1123 del Código Civil).

²⁰ En este sentido, ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil*. Tomo I, Introducción y Parte General, Edisofer, S.L., decimosexta edición, Madrid, 2004, pág. 468, en dónde manifiesta que durante el transcurso de la expectativa de derecho «el ordenamiento crea una situación en la que se protege al futuro eventual adquirente, a través de determinadas medidas».

reside en última instancia en la pérdida de un puesto de trabajo —dado que, en tal situación, no se posee un derecho cierto e indubitado de reserva de puesto— ello no es obstáculo para reconocerle también una indemnización económica por daños y perjuicios cuando ve truncada su expectativa de derecho al reingreso por causas imputables a la empresa ²¹.

La expectativa de derecho a ocupar plaza que tiene el que se ha colocado en situación de excedencia voluntaria demuestra que la relación aún pervive, aún en estado de latencia, y eso justifica la inclusión en el expediente de regulación de empleo y la generación del derecho indemnizatorio correspondiente. La cuestión, además, no merecería las más mínima duda en los casos de cierres parciales en los que, existiendo empleos de igual o similar categoría a la suya, el excedente sea incluido en el expediente de regulación de empleo, puesto que en tal caso habría que entender que la privación de la expectativa ha tenido lugar injustificadamente, por la sola voluntad maliciosa del empleador, que pretende librarse del pago.

En los supuestos como el que ahora nos ocupa ²², en los que la extinción afecta a la totalidad de la plantilla, con lo cual, el derecho expectante se convierte en ilusorio, habría que centrar la atención en la intención que demuestra tener el excedente afectado. Y la forma de vislumbrarla es mediante la formalización de su solicitud de reingreso. Si no existe tal solicitud, y aún no ha pasado el tiempo previsto para la excedencia —con lo que se presume que el trabajador excedente podría tener la intención de solicitar su reincorporación a la empresa, y puesto que se ha admitido que la expectativa de derecho resulta relevante para el ordenamiento jurídico— no queda más remedio que procurar los instrumentos jurídicos de protección necesarios tendentes a evitar que dicha expectativa pueda ser fácilmente burlada y, caso de que así sea, asegurar a su titular el resarcimiento por ello.

Ahora bien, no parece equitativo reconocer en estos casos el mismo nivel de protección entre aquellos que permanecen trabajando en la empresa y aquellos otros que se han separado voluntariamente de ella y, además no han demostrado tener intención alguna de volver a prestar sus servicios en la misma.

Compartiendo la opinión de otros estudiosos de la materia, hubiera sido ésta una buena ocasión para clarificar una de las cuestiones más debatidas entre los teóricos del derecho, en general, y de los laboristas, en particular: las expectativas de derecho y, más concretamente, del derecho expectante que aquí se pone en tela de juicio: el derecho al reingreso nacido de una situación de excedencia voluntaria no causal.

²¹ De nuevo, SIRVENT HERNÁNDEZ, cit.

²² Repárese que, en el caso analizado, el ERE autorizó la extinción de *todas* las relaciones individuales de trabajo existentes en el grupo de empresas. En este punto, existe diferencia con respecto