

# REINCORPORACIÓN TARDÍA TRAS EXCEDENCIA VOLUNTARIA: DEL DESPIDO TÁCITO A LA DISCUSIÓN SOBRE EL *DIES A QUO* PARA GENERAR LA INDEMNIZACIÓN DEBIDA

[Comentario a la STS de 3 de diciembre de 2009, Sala de lo Social, rec. núm. 4016/2008] \*

**JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

## **Extracto:**

**E**L presente comentario aborda la situación del excedente voluntario que, habiendo solicitado en tiempo y forma su reincorporación a la empresa, conoce que han sido contratados, con posterioridad a su petición, otros trabajadores para ocupar su antiguo puesto u otro equivalente. Analiza la reacción procesal oportuna a través de la acción declarativa (cuando no la de despido tácito) y valora la indemnización debida a partir del día en que se genera la mora.

**Palabras clave:** excedencia voluntaria, despido tácito, acción declarativa, mora e indemnización.

---

\* El texto íntegro de esta sentencia puede consultarse en *RTSS*. CEF, núm. 326, mayo 2010. El presente estudio se inscribe dentro del Proyecto de Investigación DER 2009-13024, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, bajo el título «Medidas de empleo ante la crisis empresarial».

# LATE RETURN TO WORK AFTER A DISCRETIONARY LEAVE OF ABSENCE: FROM THE TACIT DISMISSAL TO THE DISCUSSION ABOUT THE *DIES A QUO* IN ORDER TO GET THE PROPER COMPENSATION

[Comentario a la STS de 3 de diciembre de 2009, Sala de lo Social, rec. núm. 4016/2008] \*

**JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

## **Abstract:**

**T**HIS commentary is about that one in a discretionary leave of absence who, having requested for his rejoined in the proper way of time and form, knows that other workers have been hired after his request in order to fill his previous job or equivalent. It analyzes the reaction by appropriate procedural declarative action (if not tacit dismissal) and values the compensation payable from the date on which generates the delay.

**Keywords:** discretionary leave of absence, tacit dismissal, declaratory judgement action, delay and compensation.

---

\* El texto íntegro de esta sentencia puede consultarse en *RTSS*. CEF, núm. 326, mayo 2010. El presente estudio se inscribe dentro del Proyecto de Investigación DER 2009-13024, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, bajo el título «Medidas de empleo ante la crisis empresarial».

# Sumario

1. Presentación.
2. La negativa a la reincorporación del trabajador excedente: entre el despido y la indemnización.
3. Indemnización por reincorporación tardía y día en que la empresa incurre en mora.
4. Conclusión.

## 1. PRESENTACIÓN

El pronunciamiento ahora comentado contempla un supuesto habitual ya desde hace tiempo, pero cuya solución por los Tribunales, sin variar sustancialmente la norma, ha ido evolucionando, pasando por distintas etapas que dejan al intérprete con un azumbre final de cierta incertidumbre.

Trátase, como en tantos otros casos (pero con variantes capaces de forzar a un análisis casi cartesiano de sus variantes) de un excedente voluntario que, en un tramo prudencial antes de finalizar la situación de suspensión contractual, insta, conforme previene el convenio destinado a regularla, la reincorporación a su antiguo puesto de trabajo [u otro equivalente –«de una categoría igual o similar a aquélla en la cual prestaba servicio antes de pasar a esta situación»–, según previene aquella norma siguiendo cuanto establece con carácter general el art. 46.5 del Estatuto de los Trabajadores (ET)]. Ante la respuesta de la empresa informándole de que no era factible acceder a su solicitud por coexistir el mentado puesto desocupado, e indicándole la posibilidad de solicitar una prórroga de la excedencia, ocho meses después de agotada la ahora debatida, el empleado vuelve a pedir su integración, que de nuevo le es negada.

Entre la fecha de finalización de la excedencia y antes de la segunda solicitud se declara probada la contratación de dos trabajadores con idéntica categoría profesional y la transformación de dos contratos temporales en indefinidos con idéntica cualificación subjetiva; después de aquélla, y con anterioridad a la presentación de la papeleta de conciliación consta un nuevo contrato para igual categoría, la transformación de otro temporal en indefinido destinado a un puesto, así como un contrato sometido a término de parejas características.

Descubierto por el interesado el proceder de la mercantil, que claramente denegaba su derecho de manera implícita (nunca explícita), formula acción destinada a su reconocimiento más la perti-

nente indemnización destinada a restituir un *danum emergens* y eventual *lucro cesans* más que evidente, al menos en apariencia.

La sentencia de instancia afirma el derecho a la reincorporación y concede la indemnización rogada con *dies a quo* desde la fecha de la conversión del primer contrato temporal de su categoría en fijo (y no, curiosamente, en el de la primera contratación directa de empleados para un puesto equivalente) frente a esta tesis, que en algún momento fue «clásica» en el Tribunal Supremo (cuando no consideró que mediaba un despido tácito), éste recuerda cómo apenas cinco meses antes de la sentencia aquí analizada había unificado su doctrina fijando aquel *dies a quo* para la indemnización en el día de presentación de la papeleta de conciliación.

A su calor, se abren varias cuestiones de enjundia, susceptibles de ser compendiadas en las reflexiones a renglón seguido acometidas.

## 2. LA NEGATIVA A LA REINCORPORACIÓN DEL TRABAJADOR EXCEDENTE: ENTRE EL DESPIDO Y LA INDEMNIZACIÓN

La petición de reingreso tras una excedencia forzosa que resulte denegada formalmente o por vía de hecho constituye un supuesto arquetípico de despido tácito, abriendo el cómputo del plazo de caducidad de veinte días para ejercitar la pertinente acción el día siguiente a aquél en el cual la reintegración hubiera debido tener lugar de manera efectiva <sup>1</sup>.

Igual ocurre cuando el trabajador ostente un derecho incondicionado a la reincorporación, conforme sucede, por ejemplo, con las excedencias por cuidado de hijos y familiares (en regulación que las aproxima más a la forzosa que a la voluntaria <sup>2</sup>), pero también algunas otras con diferente origen normativo [«híbridas (...) pero válidas legalmente» <sup>3</sup>]—incluida la denominada excedencia por incompatibilidad <sup>4</sup>—, u otras «especiales» con origen en convenio <sup>5</sup>, acuerdo alcanzado en consultas en un expediente de regulación de empleo <sup>6</sup> o contrato que incluyan tal garantía de estabilidad laboral.

Mayores cuestiones ha suscitado en la práctica tal negativa al reingreso tras una excedencia voluntaria, por cuanto, salvo aquella mejora convencional o contractual reseñada <sup>7</sup>, «no es en sentido

<sup>1</sup> STCo 15/1985, 5 febrero, o STSJ Comunidad Valenciana 14 julio 2006.

<sup>2</sup> SSTSJ Castilla y León/Valladolid 6 septiembre 2004, Cataluña 29 noviembre 2004 o Madrid 25 febrero 2007.

<sup>3</sup> STSJ Comunidad Valenciana 14 julio 2006. Exponiendo su justificación, el ya clásico ensayo de PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, Madrid (Montecorvo), 1983, págs. 325 y ss.

<sup>4</sup> SSTSJ Canarias/Las Palmas 21 octubre 2004 o Castilla y León/Valladolid 11 abril 2005.

<sup>5</sup> SSTSJ Extremadura 2 abril 2004 o Castilla-La Mancha 18 noviembre 2004.

<sup>6</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 2 mayo 2007.

<sup>7</sup> Según apuntan distintos pronunciamientos, para destacar la capacidad de convenio o contrato de mudar el régimen del artículo 46 del ET y otorgar cuanto éste no concede; entre otros, SSTS 5 diciembre 1984 y 5 mayo 1987 o SSTSJ Asturias 12 julio 2006 y País Vasco 16 enero 2007.

estricto una causa de suspensión»<sup>8</sup>, por cuanto el empleado únicamente conserva un derecho preferente («derecho potencial»<sup>9</sup>) sobre vacante de igual o similar categoría que hubiera o se produjera en la empresa.

Constituye, ésta, una prerrogativa «que no entraña una mera expectativa [aun cuando así haya sido calificada, añadiéndole el dato temporal de su ausencia de límite temporal<sup>10</sup>], sino un derecho completo aunque potestativo de futuro, y sujeto a término, dado que ha de ser ejercitado antes de finalizar el plazo establecido»<sup>11</sup>, a riesgo de perderla<sup>12</sup>, con todas las consecuencias anejas a tal negligencia<sup>13</sup>. Como tal no acarrea reserva alguna de puesto de trabajo<sup>14</sup>, aun cuando el empresario está obligado a reincorporar el excedente voluntario siempre que éste haya ejercitado su derecho preferente en el plazo y la forma oportunos, y que, a su vez, medie en la unidad productiva una vacante con las características que determina el art. 46.5 del ET»<sup>15</sup>. Por tal motivo, «si la apreciación por la empresa de que no existe vacante es falsa, o cuando menos [es] errónea, los apartados 2.º y 5.º del art. 46 del ET no le otorgan una facultad discrecional para administrar o denegar la readmisión según su criterio, conveniencias o necesidades»<sup>16</sup>.

En tanto el derecho del trabajador y la obligación del empleador penden del cumplimiento de la condición descrita<sup>17</sup>, muchos y diferentes son los problemas derivados de intentar aquilatar si concurre o no, si bien, como se declara aquí, aun cuando «el contenido de dicha categoría es difuso, en nada puede perjudicar al actor en cuanto a su expectativa». Indefinición de funciones, modificación de las mismas o exigencia de traslado<sup>18</sup> pueden servir de tamiz para una criba que ha de estar siempre atenta a las variables en presencia<sup>19</sup>, pero que ha de estar escrupulosamente atenta a no intentar soslayar por una espuria cuanto el ordenamiento concede<sup>20</sup>.

<sup>8</sup> En contundente afirmación de la STS 25 octubre 2000.

<sup>9</sup> Según lo califica GARCÍA QUIÑONES, J.C.: «Excedencia voluntaria común y derecho a indemnización derivada de expediente de regulación de empleo», *RL*, T.I, 2001 pág. 1.102.

<sup>10</sup> «Expectativa sine die»; bajo la perspectiva de SEMPERE NAVARRO, A.V.: «La prórroga de la excedencia voluntaria», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 2, 2004 (recurso electrónico).

<sup>11</sup> Recogiendo doctrina firme, STSJ Comunidad Valenciana 21 febrero 2006; sobre sus límites temporales STSJ Cantabria 30 julio 2004.

<sup>12</sup> STS 18 agosto 2002 o STSJ Comunidad Valenciana 25 septiembre 2007.

<sup>13</sup> ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia voluntaria*, Pamplona (Aranzadi), 1997, págs. 353 a 366.

<sup>14</sup> Sobre sus implicaciones últimas, RUANO ALBERTOS, S.: *La excedencia voluntaria no causal en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (Colex), 1995, págs. 13 y ss.

<sup>15</sup> STSJ Comunidad Valenciana 21 Febrero 2006. El planteamiento teórico del problema aparece sintetizado de manera notable en PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, págs. 30 y ss.

<sup>16</sup> STSJ Andalucía/Sevilla 15 agosto 2007; sobre las consecuencias, RIVAS VALLEJO, P.: *La suspensión del contrato de trabajo. Naturaleza jurídica y supuestos legales*, Albacete (Bomarzo), 2007, págs. 216 y ss.

<sup>17</sup> El discurso en este punto puede reconstruirse a partir de la obra de GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en el Derecho del Trabajo*, Granada (Comares), 1998, págs. 3 y ss.

<sup>18</sup> MEGINO FERNÁNDEZ, D.: «Ingreso tras excedencia voluntaria y traslado del trabajador», *AL*, núm. 12, 2009, págs. 1.396 y ss.

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ COPE, M.L.: «El derecho preferente al reingreso del excedente voluntario: cobertura de la vacante apropiado con trabajadores ¿con mejor derecho?», *AS*, 2006 (recurso electrónico).

<sup>20</sup> Conforme muestra, de manera ejemplar, la STS 4 diciembre 1987.

Tomando como referente la conducta empresarial cuando media la petición de reingreso del excedente voluntario (en tiempo y forma, pues de no constar tal siempre será factible vislumbrar la figura de un desistimiento tácito), cabría, en principio, una división taxonómica entre dos situaciones perfectamente diferenciadas <sup>21</sup>: «una primera en la que (ante) la petición de reincorporación, el titular de la unidad productiva se opone de manera abierta, clara, terminante e indubitada, y lo hace en términos que en realidad equivalen a un rechazo del derecho básico del trabajador excedente a una actual o futura reinserción, y, con ello, lo está excluyendo o extrañando de la plantilla, en actitud que debe hacerse equivaler a un despido (...) y, una segunda situación, en la que el empresario da por supuesto o sobreentendido el derecho del trabajador, que como dependiente suyo sigue tratando, pero a quien niega, de momento, la reincorporación so pretexto de que no existe vacante» <sup>22</sup>.

La construcción anterior parte del principio de buena fe como elemento basal en cualquier relación jurídica, rector de las contractuales (art 1.258 CC) y especialmente exigible al amparo del ordenamiento laboral. «Tal principio de buena fe fuerza a entender que las ambiguas respuestas de la empresa, como la de "tomar nota", o "en su momento resolverá" y cualquiera de análoga significación, o las no ajustadas a la verdad, como la de manifestar inexistencia de vacante cuando en realidad existen, o cuando tal inexistencia se produce [a partir de una forma atípica], por fuerza de causas legales, amortización de puestos de trabajo [, etc.], en realidad están impidiendo el ejercicio normal de las acciones correspondientes, al ignorar el trabajador si, efectivamente, tiene que esperar a que se produzca la vacante o, producida ésta, cuanto acontece es que la empresa no quiere admitirlo» <sup>23</sup>.

En consecuencia, «y ante la negativa empresarial a la petición de reingreso del excedente voluntario, se atraen a éste dos vías impugnatorias contra tal decisión, las cuales no son optativas en cada caso procedente: el proceso de despido cuando dicha negativa o desatención, por las circunstancias en las que se produce, manifiesta en términos inequívocos una voluntad extintiva [aun cuando sea tácita]; y el proceso ordinario en los que la referida negativa o desatención sólo denota la falta de reconocimiento del eventual derecho al ingreso» <sup>24</sup>. Incierta ponderación de circunstancias separadas por un límite difuso, frente a la cual los órganos judiciales son descaradamente claros: la utilización equivocada de una y otra vía, al margen de las consecuencias procesales que puede llevar consigo, dificulta en todo caso la viabilidad de la pretensión, pues mal podría clasificarse como improcedente un despido que no ha existido y mal podría accederse al reconocimiento del derecho al reingreso con respecto a una relación extinguida por despido no impugnado dentro del plazo de caducidad establecido al efecto» <sup>25</sup>.

Bajo tal tesitura, se sigue sosteniendo cuanto en su momento constituyó (y no se conoce recificación) jurisprudencia <sup>26</sup>, al considerar (no sin fisuras <sup>27</sup>) que es «al empresario a quien hay que

<sup>21</sup> Su exposición en BOTANA LÓPEZ, J.M.: «Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral», RMTAS, núm. 38, 2002, pág. 276.

<sup>22</sup> Con fundamento en la STS 30 junio 2000, el textual de las SSTSJ Madrid 13 julio y 11 septiembre 2006.

<sup>23</sup> Sobre un extenso acervo, STSJ Aragón 7 febrero 2006.

<sup>24</sup> Con abundantes precedentes, baste el literal contenido en las SSTSJ Comunidad Valenciana 9 mayo 2006 y Andalucía/Sevilla 15 agosto 2007.

<sup>25</sup> Recogiendo fragmentos que también recogen (pero sólo parcialmente) la STS 21 diciembre 2000 o las SSTSJ Madrid 6 noviembre 2006 y Andalucía/Sevilla 15 agosto 2007, STSJ Comunidad Valenciana 9 mayo 2006.

<sup>26</sup> STS 21 enero 1997.

<sup>27</sup> STSJ Castilla y León/Valladolid 24 febrero 2006.

exigir una respuesta explícita, inequívoca y ajustada a la verdad, sin que pueda pedirse al trabajador [que esté fuera de la unidad productiva, por su condición excedente] un proceso de investigación [a veces] difícil y complicado sobre la realidad y situación de las plantillas»<sup>28</sup>; sin embargo, se relaja al extremo la premisa mayor hasta el punto de desvirtuar la consecuencia lógica cuando mayoritariamente (siempre media alguna excepción<sup>29</sup>) viene a ser considerado que al empleador siempre le reste la posibilidad de, sencillamente, no atender –de modo explícito o tácito– la petición de reintegración, y, en principio, ese silencio observado ante la misma, «sólo es interpretable como mera negativa al reconocimiento del eventual derecho al reingreso»<sup>30</sup>.

Ante la duda sobre qué reacción adoptar, en verdad son muy pocos los supuestos de excedencia voluntaria «pura» (la legal) en la cual quede margen para apreciar un despido, pues, en cuanto ofrece el panorama del foro, fallará esa posición expresa o inequívoca a la reentrada, y cuanto existirá será un simple desconocimiento del derecho al reingreso, pero sin negar la persistencia de la relación laboral (conforme aquí ocurre<sup>31</sup>); entre otras poderosas razones «la caducidad es una medida extraordinaria que protege el interés de la certidumbre de determinadas situaciones jurídicas que no pueden ser objeto de interpretaciones extensivas, ni beneficiar a quien, incumpliendo el principio de buena fe, no informa al trabajador sobre la existencia de vacantes o no contesta a sus solicitudes de reincorporación»<sup>32</sup>. Y ello incluso en supuestos que podrían crear serias dudas, como, por ejemplo: que tras la petición de reintegración se proceda a contratar a trabajadores distintos, solventándose con la afirmación de conformidad con la cual, en la mayor parte de las ocasiones, tal dato no puede significar que dichos contratos se correspondan con la categoría y puesto ocupados por el excedente<sup>33</sup> (no como aquí ocurre, cuando se consigue acreditar la coincidencia en la clasificación profesional); el hecho de que la empresa contrata, con clara «proximidad temporal» a la fecha del reingreso, para ocupar ese puesto con carácter indefinido a otra persona, lo cual –bajo criterio judicial– no constituye una clara y patente decisión extintiva de la relación laboral»<sup>34</sup>; o, por no seguir, cuando tras una primera comunicación del empleador acordando su reingreso por existencia de vacante se le envía otra afirmando lo contrario, pues «con ello no se pone de manifiesto una voluntad extintiva del contrato, sino que, al contrario, se está reconociendo expresamente su vigencia y el mantenimiento de la suspensión del vínculo laboral»<sup>35</sup>.

So pena de desconocer tal empírico, y en la mayor parte de los casos, la acción a ejercitar será la de reingreso (de lo cual toma ejemplo la sentencia analizada), y ello sin perjuicio de unirla o no –reser-

<sup>28</sup> STSJ País Vasco 21 diciembre 2004.

<sup>29</sup> Conviene remitir, para apreciar la importancia del debate y la pésima suerte final de quienes en la instancia recordaron la premisa, a ALEGRE NUENO, N.: *La impugnación del despido*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2007, págs. 470 y 471; en el recuerdo los ensayos «clásicos» de CRUZ VILLALÓN, J.: «La doctrina jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria», *RPS*, núm. 45, 1985, págs. 231 a 234 y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria», *RL*, T. II, 1987, pág. 10.

<sup>30</sup> Así, en cuanto no deja de ser menos «clásico» (SSTS 5 mayo 1987 o 5 diciembre 1989), pero a la vez moderno (SSTSJ Asturias 12 julio 2006, País Vasco 16 enero 2006 o Madrid 7 febrero 2007).

<sup>31</sup> En imprescindible, STS 23 abril 1993 o STSJ Comunidad Valenciana 9 mayo 2006 o Madrid 13 julio 2006. Aconsejable resulta consultar la STSJ Madrid 11 noviembre 2006.

<sup>32</sup> STSJ Madrid 13 julio 2006.

<sup>33</sup> SSTSJ Comunidad Valenciana 4 abril 2006, Madrid 11 septiembre 2007 o Canarias/Las Palmas 28 febrero 2007.

<sup>34</sup> STSJ Comunidad Valenciana 9 marzo 2007.

<sup>35</sup> STSJ Asturias 3 marzo 2006.

vándola para una posterior demanda— a otra destinada a reclamar los daños y perjuicios sufridos<sup>36</sup>. Será menester, de este modo, acudir al proceso ordinario<sup>37</sup>, donde no pagará ningún plazo de caducidad, sino el de prescripción general de un año<sup>38</sup>, cuyo cómputo sólo comenzará en la fecha en la cual el trabajador tiene conocimiento de una vacante a la que, pudiendo y debiendo acceder, no ha podido ocupar debido al comportamiento de la empresa<sup>39</sup>, motivo por el cual, mientras este derecho no decaiga, la acción podrá ejercitarse con posterioridad<sup>40</sup>.

No obstante ser tal el patrón, no cabe descuidar que, ante la duda sobre la claridad o carácter terminante o indubitado del comportamiento patronal, al final el órgano judicial ejerce un despido tácito proveniente de unos actos que entiende concluyentes<sup>41</sup>, con la consiguiente aplicación del plazo de caducidad de veinte días<sup>42</sup>. Así ocurre, en ejemplos que pudieran ser considerados paradigmáticos, cuando la empresa niega la propia condición de trabajador suyo del excedente<sup>43</sup>; si al pretender el ingreso, sin que nunca se le hubiere negado el derecho expectante, encontrara la empresa cerrada<sup>44</sup>, salvo de mediar expediente de regulación de empleo que afecte a todos los trabajadores y en el cual no fue incluido el excedente<sup>45</sup>, se responde negativamente a la solicitud de prórroga de la excedencia el último día «para que el trabajador no pudiera solicitar la reintegración»<sup>46</sup>; media una negativa, recordando el interesado «que pagaría» el hecho de haber sido miembro del comité de huelga<sup>47</sup>; fue admitida la existencia de vacante y media oposición expresa a la reincorporación<sup>48</sup>; en fin, y por no seguir, cuando instado el reingreso, y como reacción, el empleador contrata a un interino para sustituirlo<sup>49</sup>.

Por la razón reseñada, preciso será atender a cuanto encarecidamente recomienda algún pronunciamiento judicial y, ante la duda (y la imposibilidad de acumular ambas acciones, en cuanto probablemente cabría reconsiderar *de lege ferenda*), plantear dos demandas: una por despido y otra de declaración de derechos más reclamación de cantidad<sup>50</sup>. En verdad, y desde un plano estrictamente dogmático, tal solución dista de ser ortodoxa; sin embargo, y dada la falta de un norte legal firme y la propia advertencia contenida en la doctrina jurisdiccional, mejor será pecar por exceso que por defecto, aun a sabiendas de que una de las dos pretensiones será desestimada.

<sup>36</sup> STS 22 marzo 1990 o STSJ Andalucía/Sevilla 5 agosto 2007.

<sup>37</sup> Aclarando el extremo, SSTJ Comunidad Valenciana 21 febrero 2006, 9 marzo 2007, Madrid 11 septiembre 2006 o Andalucía/Sevilla 15 agosto 2007.

<sup>38</sup> STS 22 mayo 1996.

<sup>39</sup> STS 21 febrero 1992.

<sup>40</sup> SSTSJ Galicia 6 junio 2003 o País Vasco 7 octubre 2003.

<sup>41</sup> STS 4 abril 1991.

<sup>42</sup> SSTSJ Cataluña 8 mayo 2006 y Asturias 12 junio 2006.

<sup>43</sup> STS 21 diciembre 2000 o STSJ Canarias/Las Palmas 4 febrero 2005.

<sup>44</sup> STSJ Castilla-La Mancha 4 febrero 2005.

<sup>45</sup> STS 25 octubre 2000 o STSJ Cataluña 6 octubre 2004.

<sup>46</sup> STSJ Cataluña 3 junio 2007.

<sup>47</sup> En cuyo caso cabrá apreciar la nulidad del despido, STSJ Baleares 6 marzo 2006.

<sup>48</sup> SSTSJ Asturias 3 marzo 2006, Madrid 13 julio 2006 o Castilla y León/Burgos 14 febrero 2007.

<sup>49</sup> STSJ Galicia 30 enero 2001.

<sup>50</sup> STSJ Madrid 16 enero 2007.

### 3. INDEMNIZACIÓN POR REINCORPORACIÓN TARDÍA Y DÍA EN QUE LA EMPRESA INCURRE EN MORA

Solventada la cuestión anterior como *prius* lógico que a lo largo de todo el proceso se da por sobreentendido, de seguro al no haber sido alegado en ningún momento por el actor la existencia de despido alguno, el asunto tratado en la sentencia comentada se centra en determinar el cuántum indemnizatorio debido por la empresa al haber incurrido en mora en el cumplimiento del deber de reincorporación del excedente voluntario a su puesto de trabajo.

Con carácter previo era menester dar por probado que las contrataciones a partir de las cuales cabe seguir la postergación del empleado se referían a la categoría ostentada por el demandante, lo cual viene a ser acreditado a pesar de un condicionamiento cada vez más frecuente, situado en que «el contenido de dicha categoría es difuso»; pues bien, tal dato no puede obviar a favor del empresario que ha dado pie a tal carácter relativo, o lo que es igual, «en nada puede perjudicar al actor en cuanto a su expectativa».

A la hora de calcular la indemnización, ningún problema existe cuando, al terminar el periodo de excedencia, medie vacante adecuada que no se ofrezca al excedente, habida cuenta de que en tal caso los daños y perjuicios consistirán en el valor de los salarios dejados de percibir (salvo de probar que son superiores o inferiores) desde el día en el cual acabó la excedencia voluntaria <sup>51</sup>. Si acaso procedería reflexionar sobre si existe o no vacante cuando el puesto estaba cubierto por un empleado con contrato sometido a término o condición –conforme ocurre en esta ocasión– pues, en función de la causa de la temporalidad, tal vez pudiera apreciarse ya la concurrencia de aquélla, sin necesidad de esperar a su finalización y, por supuesto, sin ser de recibo eventuales prorrogas de aquél.

La duda surge cuando la vacante se produjera con posterioridad a la solicitud de reincorporación. Bajo doctrina jurisdiccional firme, el *dies a quo* en tales situaciones, el *dies a quo* para generar el derecho a la indemnización sólo surge en la data en la cual fue presentada la papeleta de conciliación previa a la demanda <sup>52</sup>.

Con todo, su tesis distó de convencer a muchos Tribunales Superiores de Justicia (de hecho, la construcción de aquel criterio exigió Pleno de la Sala), los cuales mantuvieron otro parecer, «insu-misión» que trató de cortar de raíz el Tribunal Supremo en unificación de doctrina, sin conseguirlo del todo, conforme muestra el pronunciamiento que motivó la sentencia comentada.

La fundamentación esgrimida por el máximo intérprete de la Ley puede quedar perfectamente resumida en el siguiente pasaje literal: «la petición de reingreso efectuada en momento en que no existe vacante idónea disponible, aun cuando ciertamente demuestra la voluntad del excedente para el que finaliza el periodo que abarca esta situación de que queda alzada la suspensión que pesa sobre su contrato de trabajo, no constituye, sin embargo, interpelación eficaz para constituir a su empresario en

<sup>51</sup> STS 13 febrero 1998.

<sup>52</sup> Así, SSTSJ 14 marzo 1995 y 21 enero 1997.

mora, dado que en tal momento el derecho al reingreso no es aún exigible, por lo cual la interpelación no debe generar los efectos resarcitorios que derivan de lo dispuesto por el artículo 1.100 en relación con el artículo 1.101 del CC. La petición de reingreso, aun cuando en función de la buena fe y lealtad recíproca, debe dar lugar a que el empresario proporcione al trabajador que recaba información la de las vicisitudes de su plantilla que le afectan –información que también puede obtener de la representación unitaria o sindical–, y no ha de producir, sin embargo, un desplazamiento de la responsabilidad en la gestión del propio interés que exima al trabajador de efectuar interpelación que fuera apta para generar la mora, por realizarse cuando la obligación es exigible, e incluir ofrecimiento de puesta a disposición para la prestación de servicios, eludiendo con esto último lo que dispone el último párrafo del tantas veces citado artículo 1.100 con relación a las obligaciones recíprocas».

A partir de tal extenso fragmento se impone la conclusión de que la interpretación del Tribunal Supremo, en su formalismo civilista (aquí hasta cierto punto enervante), dista de ser ecuaníme y distorsiona –en cierta medida– el esquema jurídico que diseña el legislador para la relación laboral por cuanto:

- A) La norma hace pesar sobre el empresario la obligación de informar sobre las vacantes existentes. Bajo la doctrina sentada, sin embargo, ninguna responsabilidad se sigue de su desconocimiento; a efectos indemnizatorios dará igual que hubiera cumplido o no cuanto exige la Ley.
- B) Por el contrario, el artículo 46 del ET y, en su desarrollo, los convenios, sólo requieren del empleado que inste su solicitud de reingreso antes (con el margen temporal que tantas veces añade el fruto de la negociación colectiva) de finalizar la situación de suspensión contractual, así como permanecer disponible para cuando el empresario requiera sus servicios en función de la existencia o acaecimiento futuro de una vacante. En ningún momento exige que dentro de cuanto se ha denominado «gestión del propio interés» deba aplicar una exactísima diligencia para seguir cuándo tiene lugar esa vacante, a riesgo de que, por una no escrita *culpa in vigilando* si, detectada algún tiempo después, ello signifique una minoración del salario debido que sólo se devengaría a partir de la reacción preprocesal consistente en presentar papeleta de conciliación o, en su caso, formular reclamación administrativa previa.
- C) Sin forzar en demasía las pautas hermenéuticas, ¿ubi la aplicación analógica del artículo 30 del ET? Es evidente que si el trabajador no presta sus servicios no es por causa que le sea imputable, sino por el hecho de que aquél a quien correspondía instar su reincorporación, no sólo no lo requiere, sino que le proporciona su puesto a otro, aun a sabiendas de cuál era su deber.
- D) Desde luego, y ni siquiera *obiter dicta* es menester delegar la responsabilidad sobre los representantes unitarios o sindicales, quienes habrán de recibir la información sobre las nuevas contrataciones, pero no están obligados a transmitir a cada uno de los trabajadores, ni a vigilar la satisfacción de los derechos expectantes de los excedentes. Podrán hacerlo (y hasta deberían, en condicional deseable, más no exigible), pero no es su obligación, ni mucho menos lo convierten en la fuente a la que el trabajador deba (aquí el pueda es una facilidad a su servicio) acudir para hacer valer su interés.

- E) En definitiva, intentar hacer nacer el *periculum in mora* de una acción preprocesal de quien simplemente reclama la declaración de un derecho que le ha sido conferido legalmente supone una *contradictio in terminis* entre lo regulado y lo interpretado. Un *pro empresario* sólo defendible con una estricta interpretación surgida del Derecho Civil (que tampoco por cuanto cabría retar un análisis más detenido del art. 1.100 CC), frente a la cual cabe propugnar la lógica subyacente en el pronunciamiento que ahora surge, y no son pocos, defendiendo que el *dies a quo* para generar el derecho a la indemnización, mediando oportuna solicitud del trabajador, sea el día en que se acredite y pruebe que mediaba una vacante, sin importar cuándo pudo aquella acaecer.

#### 4. CONCLUSIÓN

¿Por qué no leer el *Pro Marco Marcelo* y seguir aprendiendo sobre la carga de la prueba? Cicerón proporcionó, siglos ha, lecciones inestimables.