

Excedencia voluntaria e indemnización por despido colectivo: puntos críticos (a propósito de la STS 25 octubre 2000 (RJ 2000, 9676))

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUMARIO

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. SUPUESTO DE HECHO Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA STS 25 OCTUBRE 2000
2. EXCEDENCIA VOLUNTARIA V. EXCEDENCIA FORZOSA. CARACTERES ESENCIALES DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA, EN ESPECIAL SOBRE SU NO CAUSALIDAD EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
3. EL COMPLEJO E INAGOTADO PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA—3.1. *Posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica*—3.1.1. La tesis mayoritaria: carácter suspensivo de la excedencia voluntaria—3.1.2. La tesis extintiva—3.1.3. Las tesis intermedias: la excedencia voluntaria como «tertium genus», figura con sustantividad propia—3.2. *La Sentencia de 25 octubre 2000 (RJ 2000, 9676) ¿Termina con la casi unánime doctrina judicial de la naturaleza suspensiva de la excedencia voluntaria?*
4. EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO Y EXCEDENCIA VOLUNTARIA—4.1. *Consideraciones preliminares*—4.2. *Diferencia sustancial entre cese total y parcial de la actividad de la empresa*—4.3. *Inclusión en expediente de regulación de empleo y derecho a percibir la correspondiente indemnización por despido colectivo*—4.4. *Conclusiones*

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. SUPUESTO DE HECHO Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA STS 25 OCTUBRE 2000

La confusa y complicada regulación¹ de que es objeto la «suspensión del contrato de trabajo» en la sección tercera del capítulo III del Estatuto de los Trabajadores², en cuyo seno se ubica tanto la excedencia voluntaria como la forzosa, ha suscitado numerosas cuestiones polémicas tanto en sede doctrinal como jurisprudencial. Con especial virulencia se ha debatido sobre la distinción entre las diversas figuras encuadrables dentro de aquella amplia acepción y, esencial a los objetivos de nuestro estudio, el complejo problema de la naturaleza jurídica de la excedencia. De este modo, la casuística judicial se ha enfrentado con interesantes dilemas y, entre ellos, el suscitado en la STS 25 octubre 2000 (RJ 2000, 9676) relativo al derecho del trabajador (en excedencia voluntaria) a percibir una indemnización en supuesto de despido colectivo. No es ésta, ni mucho menos, una cuestión que se resuelva de modo pacífico como atestiguan los dos votos particulares que acompañan a la resolución judicial objeto de estas reflexiones. Todo ello lleva a desarrollar el siguiente trabajo, centrado en mostrar el estado de la cuestión, resaltando los aspectos de interés a los efectos del concreto problema suscitado y alejado de cualquier propósito, inadecuado a sus características y extensión, de realizar un estudio en profundidad de toda la problemática relacionada con la figura de la excedencia, muchos de cuyos aspectos han sido abordados monográficamente por la doctrina, deteniéndonos en tres focos de atención. En primer lugar, una sucinta diferenciación entre excedencia forzosa y voluntaria, tras ello, la polémica cuestión de la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria, paso imprescindible para examinar el aspecto central debatido en la sentencia comentada, que no es otro que «determinar si los trabajadores que se encuentran en la situación de excedencia voluntaria común prevista en el artículo 46.4 ET (RCL 1995, 997) tienen derecho a la indemnización por despido económico o extinción del contrato de trabajo por causas económicas cuando tal extinción ha sido autorizada en expediente de regulación de empleo» (en palabras de la STS 25 octubre). Ante la existencia de contradicción en la doctrina sostenida por la Sala de lo

1. Sobre la confusión y falta de precisión técnica de esta sección del ET y los problemas interpretativos que ello acarrea existe una patente unanimidad doctrinal, por todos, vid. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines», en *La suspensión del contrato de trabajo*, en AA VV (MARÍN CORREA, J. M. [dir.]), CGPJ. Madrid, 1994, pg. 12. PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, Montecorvo. Madrid, 1983, pg. 144 se refiere a la técnica jurídica harto deficiente empleada por el legislador en la redacción de esta sección del ET; ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, Aranzadi. Pamplona, 1997, pg. 121; MUÑOZ CAMPOS: «Jurisprudencia y excedencia laboral: ideas a debate», en *AL*, 1985-I, pgs. 1555 y 1558. Para VIDA SORIA, J.: «Suspensión del contrato de trabajo», en *Comentarios a las Leyes Laborales*, (BORRAJO DACRUZ, E. [dir.]), El Estatuto de los Trabajadores, tomo IX, vol. 1º, Edersa. Madrid, 1983, pg. 115, ciertamente los preceptos del ET son defectuosos, están mal concebidos, acusan desidia intelectual en su elaboración y dan lugar a diversos equívocos en su interpretación.
2. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (RCL 1995, 997), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 29 marzo 1995). En adelante, ET.

Social del TSJ de Cataluña en distintas ocasiones, el Tribunal Supremo afirma (en Unificación de Doctrina) que la respuesta más ajustada a Derecho es la que niega tal derecho.

Partiendo de distintas circunstancias concurrentes en el caso planteado (F. 1º) (Existencia de un expediente de regulación de empleo que afectó al Hospital de la Cruz Roja de Tarragona –en funcionamiento hasta los primeros meses de 1996–, donde se autoriza la extinción de todas las relaciones individuales de trabajo existentes en el mismo, figurando entre la lista de afectados los demandantes –en situación de excedencia voluntaria–), construye la argumentación judicial sobre una serie de datos (F. 3º):

1. La regulación separada en el ET de «las causas y efectos de la suspensión» del contrato de trabajo (art. 45 ET, que contiene una enumeración tasada o exhaustiva de causas de suspensión) y de las «excedencias» (art. 46 ET) y las consiguientes diferencias entre las mismas. Siendo la principal, en el razonamiento judicial, el derecho del trabajador a «conservar el puesto», elemento esencial en la suspensión e inexistente en la excedencia voluntaria que tiene un régimen jurídico netamente diferenciado (justificado en los distintos intereses en juego) que la sentencia concreta en los siguientes aspectos:

a) No se especifica la causa de la misma en el artículo 46.2 ET, legitimando esta situación (una vez cumplido el requisito de antigüedad en la empresa) cualquier interés personal o profesional del trabajador (siempre que sea compatible con las exigencias de la buena fe contractual), sirviendo en buena parte de los casos como medio legítimo de promoción o experiencia profesional en otro trabajo por cuenta propia o ajena.

b) El núcleo principal de su régimen jurídico (art. 46.5 ET) radica en 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», sin duda, como afirma con acierto la Sentencia, que justifica las diferencias entre ambas figuras (destacadas por la jurisprudencia) así como la afirmación de que el derecho que corresponde al excedente voluntario común como un derecho potencial o expectante y no como un derecho ejercitable en el acto o momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso.

2. Esta diferencia esencial, de todo punto existente entre ambas figuras, lleva al Tribunal a sostener que puesto que la indemnización por despido (art. 51.8 ET) cumple la finalidad de compensar al trabajador por el daño derivado de la pérdida de su puesto de trabajo y de los medios de vida que su desempeño proporciona al trabajador, este daño no existe o al menos no es comparable al anterior, cuando el trabajador no está en activo o conserva el derecho al puesto de trabajo sino que ostenta un mero derecho de reingreso «expectante», en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes. De este modo, como veremos infra, aunque se podría haber construido la solución final sobre aquel aserto: que no son daños comparables (por tanto, que sería suficiente una compensación menor) de inmediato este dato es olvidado y se concluye en que no tiene derecho a indemnización alguna el trabajador que se hallaba en excedencia voluntaria (pese a que, como vimos, el trabajador se hallaba incluido en la lista de los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo); aspecto que suscita enormes dudas y en el que habremos de detenernos infra.

La Sentencia se acompaña, como ya señalamos, de dos votos particulares: el primero de ellos³, no tiene reparos, pese a la previsión expresa únicamente como causa de suspensión [art. 45.1 k) ET] de la excedencia forzosa, en adherirse a la doctrina mayoritaria que afirma que también lo es la excedencia voluntaria (criterio también acogido por el TC -S. 262/1994, de 3 de octubre [RTC 1994, 262]-, si bien en «obiter dicta»). Ahora bien, resalta la esencial diferencia relativa a sus efectos adicionales, pues mientras aquélla determina la reserva del puesto de trabajo, ésta sólo un derecho preferente a las vacantes que se produzcan en la empresa; tesis apoyada en una serie de argumentos, como veremos, admitidos mayoritariamente entre los iuslaboralistas⁴. Centrándose ya en el supuesto concreto enjuiciado, se pone de manifiesto un aspecto esencial para dar solución al problema planteado: la distinción entre el cese parcial o el cese total de la actividad productiva; de los hechos probados de la sentencia de instancia deriva que el expediente afectó a numerosos contratos de la empresa Cruz Roja (véase que no a la totalidad) entre los que quedan incluidos los de las codemandantes (en situación de excedencia). Esta decisión empresarial hace ilusorio, al entender de los magistrados disidentes, el derecho de los actores al reingreso una vez concluido el plazo de su excedencia voluntaria, en el caso que existiesen vacantes de su categoría ya en el mismo centro de trabajo, ya en otros de la misma empresa.

En segundo lugar, se pone de manifiesto la obligación de pagar la indemnización prevista en el artículo 51.8 ET (o la superior pactada) a los trabajadores cuyos contratos se extingan en virtud de expediente de regulación de empleo, sin distinguir entre los que estén en activo o los que estén con contrato en suspenso (máxime cuando la empresa se quietó a la resolución administrativa).

Para concluir, la Sentencia viene acompañada de un voto particular concurrente⁵, donde se acepta la solución de la sentencia si bien condicionada a dos circunstancias: 1.-los actores en este procedimiento estaban en situación de excedencia efectivamente voluntaria; 2.-se trata de una extinción por cese en la actividad del hospital al que venían referidos los servicios de los demandantes .

Consideran que en tales condiciones, cuando la excedencia responde al exclu-

3. Formulado por el Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Juan Francisco García Sánchez.
4. Argumentos que en síntesis son los siguientes: a) de carácter sistemático (las excedencias se regulan dentro de la misma sección del ET intitulada «suspensión del contrato»); b) la consideración de a reserva de puesto como un efecto normal pero no esencial de la suspensión siendo el básico el contenido en el art. 45.2 ET (RCL 1995, 997); c) la frecuente exigencia convencional del cumplimiento de ciertos deberes de buena fe (no hacer competencia desleal) al excedente voluntario; d) la reiterada doctrina judicial relativa a que constituye despido (figura que sólo es predicable del contrato de trabajo que esté vivo) la negativa expresa, categórica e incondicionada de la empresa a readmitir a un excedente voluntario; e) negativa tanto a la consideración de la excedencia como mera interrupción de la relación laboral (donde se mantiene la obligación retributiva del empresario) y a la tesis extintiva, tanto porque esta causa no figura en la lista del art. 49 como, y este aspecto nos parece esencial porque es una de las principales quiebras en que incurre la sentencia de la mayoría, aspecto en el que habremos de incidir infra, porque entonces no tendría sentido la nueva extinción decidida por la autoridad laboral en el referido expediente de regulación de empleo; f) acoge, asimismo, un argumento teleológico (referido a la intención de las partes del contrato) en la medida en que considera patente que los trabajadores que solicitan y obtienen una excedencia voluntaria no son conscientes que por ello su contrato se haya extinguido.
5. Formulado por el Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, al que se adhieren el Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina, Excmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan y Excmo. Sr. D. Bartolomé Ríos Salmerón.

sivo interés del trabajador, no puede reclamar indemnización pues no ha sufrido perjuicio alguno, el derecho expectante, y con ello su posible derecho a la readmisión, desaparece al producirse el «cierre total de la entidad», por causa legalmente justificada.

Inciendo en tales aspectos, introduce seguidamente la necesidad de fijar determinados criterios distintivos que llevan a soluciones diferentes. En primer lugar, centra la atención en la existencia de situaciones que, pese a calificarse formalmente de excedencia voluntaria, se hallan más cerca de una auténtica situación de suspensión del contrato de trabajo. Apreciación que suscita un problema esencial derivado del excesivo casuismo⁶, totalmente innecesario al ser perfectamente posible aportar reglas solutorias de carácter general, basado además en una diferenciación fáctica sin apoyo legal en la medida en que, como veremos, la excedencia no viene sometida a exigencia de causa concreta alguna, que además no tiene por qué exteriorizarse, siendo suficiente con el cumplimiento de los requisitos de antigüedad legalmente exigidos.

Incide en un aspecto sustancial que, sin embargo, no aparece bien resuelto, al considerar que la solución de la sentencia mayoritaria no sería aplicable a supuestos de extinción parcial de las relaciones laborales, en tanto subsistan en la empresa empleos «de igual o similar categoría» que los de los demandantes, pues se está privando al trabajador interesado de la expectativa de vuelta a su trabajo legalmente reconocida, sin causa que lo justifique (aunque la haya para amortizar concretos puestos de trabajo), lo que determina su derecho a indemnización. A su entender, esta situación (amortización de determinados puestos de trabajo) en nada afecta a los trabajadores excedentes, a los que, por consiguiente, no habrá que incluirlos en la relación de trabajadores afectados por el expediente que, por ello, seguirán conservando las expectativas que tuvieren y que resolverán en el futuro, bien con la extinción justificada de la relación laboral si la empresa desaparece, bien con la readmisión si la empresa sigue funcionando y se dan los condicionantes de la readmisión.

Para concluir, se hace una observación de especial trascendencia que deja traslucir uno de los fallos esenciales en que incurre la sentencia de la mayoría, pues acertadamente señalan el desacierto de incluir a los trabajadores excedentes en un expediente de regulación de empleo para no reconocerles derecho a indemnización, defendiendo que, mientras existan puestos de trabajo a los que pueda acceder, debe de respetarse su expectativa legal al reingreso por remota que ella sea. Aspecto donde debería haberse situado el argumento central para resolver el caso debatido.

2. EXCEDENCIA VOLUNTARIA V. EXCEDENCIA FORZOSA. CARACTERES ESENCIALES DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA, EN ESPECIAL SOBRE SU NO CAUSALIDAD EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Aun cuando con anterioridad al Estatuto de los Trabajadores del año 1980 (RCL

6. Como ponen de manifiesto los propios firmantes del voto particular con ello "Lo que se quiere señalar con ello es 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, aun en supuestos de cierre total de la empresa".

1980, 607 y ApNDL 3006) la distinción entre excedencia voluntaria y forzosa⁷ en el ámbito laboral no había recibido una atención detenida por parte de la doctrina que no aportó criterios básicos y definitivos de diferenciación entre ambas, a raíz del tratamiento dado por el legislador estatutario a la figura, partimos de una realidad normativa distinta pues aunque no se aporta una definición para cada una de tales modalidades «sí proporciona ciertas pautas que permiten alcanzar una diferenciación suficiente entre excedencia voluntaria y forzosa respecto a aquellos supuestos regulados expresamente en el mismo»⁸. Pues bien, a efectos de delimitar ambas figuras y partiendo de las aportaciones doctrinales sobre el tema, podemos sistematizar los principales puntos de separación en los siguientes⁹:

1. La diferencia sustancial, a nuestro juicio, ha de situarse en los efectos jurídicos dimanantes en cada supuesto; de este modo, si efectos típicos de la excedencia forzosa (en su configuración actual en el texto del ET) son la reserva de plaza y el cómputo a efectos de antigüedad de su duración (no predicable de la excedencia voluntaria en una interpretación «sensu contrario» del art. 46.1), en la excedencia voluntaria el trabajador conserva «sólo un derecho preferente al reingreso» (art. 46.5 ET [RCL 1995, 997]). Por contra, es de destacar (por su importancia en el desarrollo posterior del estudio) que unánimemente es admitido que ambas comparten el efecto sustancial de exoneración temporal de las obligaciones del contrato por aplicación del artículo 45.2 ET¹⁰. La caracterización jurídica de la excedencia voluntaria pasa por «un intenso debilitamiento del vínculo laboral», que a pesar de conservarse, queda reducido a la mínima expresión, ya que el excedente no podrá restablecer sus plenos efectos hasta que no exista o se produzca una vacante de igual o similar categoría a la del puesto que ocupaba con anterioridad¹¹.

2. Mientras que para la obtención de la excedencia forzosa encontramos un elenco de causas determinantes del paso a aquella situación expresamente previstos por la Ley, en la voluntaria es suficiente el cumplimiento del requisito legal de antigüedad en la empresa exigido por el artículo 46 ET, sin que se concreten causas o motivos específicos para fundamentar la «solicitud», por lo que no es precisa la alegación de causa, siendo suficiente la existencia de un interés particular del trabajador¹².

3. Por último, se ha considerado la voluntariedad de las partes en la producción de la excedencia como aspecto diferenciador entre ambos supuestos; descartadas las diferencias en cuanto a la voluntariedad empresarial en la concesión, pues el

7. El mantenimiento de esta terminología típicamente funcionarial en el ET carece de plena significación en la medida en que la distinción se basa en el papel que juega la voluntad de las partes afectadas, aspecto que apenas es relevante en el ámbito laboral, PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 229.

8. PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 227.

9. Seguimos básicamente en este punto al profesor PEDRAJAS MORENO, vid. su excelente trabajo *La excedencia laboral...*, cit., pg. 228.

10. MONGE RECALDE, J. L.: *La excedencia laboral en la jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1987, pg. 65.

11. ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pg. 89.

12. En la misma línea, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «Naturaleza y fines de la suspensión...», en *Cit.*, pg. 25. Lógicamente, la situación sería otra si se accede a una regulación más favorable prevista en convenio colectivo que esté sometida a la alegación de una causa concreta (p. ej. estudios, situaciones familiares y otras similares), de la misma opinión, vid. PÉREZ ALONSO: *La excedencia laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pg. 18. Para el profesor MONTÓYA «El trabajador no ha de justificar la razón de su excedencia, sobreentendiéndose que el hecho de solicitarla es suficientemente expresivo de su conveniencia para él», vid. MONTÓYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 21^a ed., 2000, pg. 438.

empresario ante la concurrencia de los requisitos legales viene obligado en los dos casos (previa solicitud del trabajador), la distinción únicamente puede situarse en la posibilidad empresarial (en limitados supuestos de excedencia forzosa) de imponer la excedencia al trabajador, facultad nunca admisible en la voluntaria.

En conclusión, pueden sintetizarse en dos los aspectos diferenciales entre la excedencia forzosa y la voluntaria, de un lado, los efectos, pues los característicos de la excedencia forzosa (reserva de puesto de trabajo y cómputo de su duración a efectos de antigüedad) no concurren en la excedencia voluntaria (en la que se conserva únicamente un derecho preferente al reingreso) y, de otro, la causa, pues si con relación a la excedencia voluntaria la ley guarda silencio y responde a la necesidad de dar satisfacción (interrumpiendo la prestación durante un determinado lapso temporal) a un interés particular del trabajador que no requiere exteriorización ni acreditación, la configuración de la excedencia forzosa es causal¹³. Un aspecto importante a tener en cuenta, cuando en el voto particular segundo que acompaña a la sentencia se hace alusión a las verdaderas intenciones del trabajador a la hora de solicitar la excedencia es que «el artículo 46.5 ET establece un derecho del trabajador, viniendo obligado el empresario a conceder la excedencia pedida sin entrar a valorar los motivos del trabajador al respecto, que además no parece necesario que deba alegarlos»¹⁴. Los verdaderos problemas en cuanto a la determinación de la naturaleza jurídica de la excedencia se han planteado en relación con la excedencia voluntaria, única con un régimen jurídico singular, aspecto en el que hemos de centrar la atención infra, pues a juicio de solvente doctrina realmente la excedencia forzosa no es sino una manera de denominar un caso de suspensión¹⁵, un supuesto, entre otros, de suspensión del contrato de trabajo, que de forma técnicamente incorrecta el ET tilda de «causa» suspensiva.

3. EL COMPLEJO E INAGOTADO PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA

3.1. Posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica

Las consideraciones realizadas en el epígrafe anterior ponen de manifiesto la complejidad del tema planteado y la necesidad de indagar sobre la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria, aspecto nuclear para resolver la cuestión suscitada. En la sucinta diferenciación expuesta supra entre la excedencia forzosa (que es, sin

13. Dirección en la que se mueven, asimismo, PÉREZ ALONSO: *La excedencia laboral*, cit., pg. 18; ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pg. 62.

14. BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Derecho a la excedencia voluntaria y consentimiento empresarial», en *Comentario a la STS 5 julio 1990*, Revista Jurídica Española La Ley, 1991-I, pg. 435.

15. VIDA SORIA, J.: «Suspensión del contrato de trabajo», en *Cit.*, pgs. 104-5, de esta forma, la excedencia voluntaria es la única que está dotada de singularidad en su régimen jurídico. Caracterización de la que deriva lógicamente la aplicación de los efectos suspensivos «ex» art. 45.2 ET (exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo) que puede verse, asimismo, en PÉREZ ALONSO, M. A.: *La excedencia laboral*, cit., 1995, pgs. 14 y ss. La equiparación entre excedencia forzosa y suspensión, que comparten naturaleza jurídica, es unánimemente admitida en la doctrina, por todos, vid. ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pg. 37. Para MUÑOZ CAMPOS: «Jurisprudencia y excedencia laboral: ideas a debate», en *AL*, 1985-I, pg. 1558, la excedencia voluntaria produce también la suspensión del contrato de trabajo.

duda, un supuesto de suspensión –vid. artículo 45 k) ET [RCL 1995, 997]–¹⁶ y la voluntaria, queda de manifiesto que nos encontramos ante figuras que, aunque comparten denominación, tienen importantes notas distintivas, y ello no es más que la consecuencia del innecesario traslado de una figura de origen funcional (la excedencia) cuyo cometido podía ser cubierto con la tradicional suspensión del contrato de trabajo¹⁷. De lo dicho deriva que para la doctrina la excedencia forzosa no tiene entidad jurídica propia, siendo la excedencia voluntaria una situación distinta de pendencia en la relación laboral, a juicio de un sector doctrinal, irreductible al régimen jurídico de la suspensión del contrato¹⁸.

Si en relación a la distinción excedencia voluntaria-excedencia forzosa pusimos de manifiesto que ésta era más sencilla tras la configuración legal realizada por el artículo 46 ET no es ésta sino la contraria la situación que se plantea en torno a la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria, que se complica aún más si cabe. Como ya pusiera de manifiesto en su momento el profesor PEDRAJAS, la redacción del artículo 46 ET es el desafortunado resultado de la síntesis entre dos posiciones doctrinales divergentes (excedencia como situación suspensiva de la relación laboral y como «tertium genus», más próximo a la extinción del contrato) que complica en el orden dogmático la configuración y naturaleza jurídica de la figura¹⁹.

Compleja donde las haya es la cuestión relativa a la averiguación de la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria, indagación que debe hacerse en el marco de la regulación positiva vigente, pues de otro modo es sumamente difícil alcanzar resultados satisfactorios²⁰ y que no viene movida por un puro afán teórico o dogmático sino por su incidencia en el enfoque y solución correcta de los problemas prácticos que suscita²¹.

Pueden sintetizarse en tres las posiciones doctrinales²² en torno a la naturaleza de la excedencia voluntaria, pues junto al tradicional binomio²³ extinción-suspensión

16. La doctrina ha puesto de relieve (pese a la desafortunada expresión empleada por el legislador) que «la excedencia no es la causa de la suspensión, sino la denominación que se da a la situación suspensiva producida cuando ocurren determinados supuestos fácticos», PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 188.
17. No hemos de perder de vista que, como ha puesto de relieve la doctrina, en la normativa laboral no existía la excedencia sino que para solucionar las situaciones a que aquélla respondía se utilizaba la figura jurídica de la suspensión, aunque las normas sectoriales comenzaron a trasladar la figura funcional como si se tratara de algo diferente llegando en la práctica a una importante confusión terminológica. Vid. PÉREZ ALONSO, M. A.: *La excedencia laboral*, cit., 1995, pg. 12. Más ampliamente vid. PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., en especial, pgs. 158 y ss. Sobre este trasaso de la función pública al trabajo asalariado y las diferencias entre las excedencias funcionariales y laborales, ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pgs. 26 y ss.
18. VIDA SORIA, J.: «Suspensión del contrato de trabajo», en *Cit.*, pg. 28.
19. PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 238.
20. Como pone de manifiesto ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pg. 129, el análisis de la naturaleza jurídica depende del concreto régimen jurídico que le da la norma que la establece.
21. En la misma línea, MONGE RECALDE, J. L.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 62.
22. Un resumen de estas posiciones doctrinales puede verse en ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pgs. 128 y ss. Asimismo, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, Comares. Granada, 1998, pgs. 25 y ss.
23. A juicio de J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ la doctrina se encuentra dividida entre quienes mantienen que interrupción, suspensión y excedencia –incluida la voluntaria– no constituyen sino una institución suspensiva única y quienes sostienen que suspensión y excedencia constituyen instituciones autónomas, no ya tanto porque sus efectos fueran distintos (reserva de puesto-reingreso en vacante), sino

(su inclusión en la figura suspensiva es aún tesis mayoritaria²⁴) aparecen cada día con más fuerza las tesis que predicán la autonomía de la excedencia.

3.1.1. La tesis mayoritaria: carácter suspensivo de la excedencia voluntaria

La postura doctrinal²⁵ y jurisprudencial²⁶ hasta la fecha mayoritaria parte de la identificación de la excedencia voluntaria con un supuesto de suspensión del contrato de trabajo, donde no se produce, por tanto, la ruptura del vínculo contractual²⁷, aunque se mantiene debilitado²⁸ al desaparecer durante la misma las obligaciones o prestaciones principales del contrato²⁹.

En consecuencia, la excedencia voluntaria viene caracterizada por compartir con la suspensión su efecto típico: el cese temporal de las obligaciones principales derivadas del contrato³⁰, ahora bien, existe una diferencia sustancial entre ambas en relación con otros efectos, pues en la suspensión el trabajador conserva el derecho a la reserva de puesto de trabajo mientras que en la excedencia únicamente ostenta un mero derecho

porque en un caso se mantiene, y en otro no, el vínculo contractual; vid. su trabajo, «Naturaleza y fines de la suspensión...», en *Cit.*, pg. 15.

24. Como es sabido, la excedencia voluntaria fue excluida de las causas de suspensión en los debates parlamentarios sobre la Ley del Estatuto de los Trabajadores, vid. «in extenso», MONGE RECALDE, J. L.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 59. Exclusión criticada por la doctrina que considera que la letra k) del art. 45.1 debió referirse simplemente a la excedencia, que es, en todos los casos, manifestación de una situación suspensiva, vid. PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., pgs. 188-9.
25. Máximos exponentes de esta posición, entre otros, MONGE RECALDE: *La excedencia laboral...*, cit., pgs. 59 y ss.; PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., pgs. 146 y ss. y 420 y ss.; Por esta posición «suspensiva» se inclinan sin ambages, MIÑAMBRES PUIG, C. y N. GARCÍA PIÑERO: «La reincorporación tardía del excedente voluntario: la compensación procedente por los perjuicios causados», en *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Homenaje al Profesor Juan Antonio Sagardoy Bengochea*, Universidad Complutense. Madrid, 1999, pg. 372.
26. La jurisprudencia de forma casi unánime ha estimado que la excedencia voluntaria no es una extinción, sino una suspensión del contrato, tesis conforme a la cual ha dado solución a los problemas aplicativos suscitados por la regulación legal, en este sentido, vid. ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pg. 123; ahora bien, en la doctrina judicial se la configura como una *suspensión del contrato con efectos específicos*, por cuanto el vínculo contractual se mantiene aun cuando debilitado. Por todas, SSTS 23-12-1997 (RJ 1997, 9559), 15-2-1991 (RJ 1991, 840), 13-2-1991 (RJ 1991, 832), 7-12-1990 (RJ 1990, 9761), 3-10-1990 (RJ 1990, 7526), 27-9-1990 (RJ 1990, 7055), 22-2-1990 (RJ 1990, 1136), 6-10-1989 (RJ 1989, 7123), 14-6-1988 (RJ 1988, 5295), 16-3-1988 (RJ 1988, 1951), 22-9-1987 (RJ 1987, 6263), 20-9-1984 (RJ 1984, 4440), 7-5-1984 (RJ 1984, 2972), 8-10-1983 (RJ 1983, 5080). STSJ Asturias 22 diciembre 2000 (RL 2001-I, TSJ núm. 1613), STSJ Navarra 14-5-1999 (AS 1999, 1272), STSJ Comunidad Valenciana 24-3-1998 (AS 1998, 1684), STSJ Castilla y León (Valladolid) 30-4-1996 (AS 1996, 1994), STSJ Cataluña 28-2-1994 (AS 1994, 604), STSJ Cataluña 29-1-1993 (AS 1993, 482).
27. La doctrina ve en los supuestos suspensivos modalidades defectivas de ejecución del contrato; o, lo que es lo mismo, «una vicisitud contractual en que el legislador admite la ejecución del contrato de otra manera, de una manera defectuosa, no completa». Encontrándose como vicisitud contractual «a mitad de camino entre una ejecución normal y una inejecución que permitiría la extinción; sería, cabe añadir, una inejecución o ejecución defectuosa tolerada por el ordenamiento jurídico», opiniones de RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «Naturaleza y fines de la suspensión...», en *Cit.*, pg. 20.
28. A juicio de ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pg. 125, la relación de trabajo se debilita de tal manera que es lógica la tentación de asimilarla a las extinciones contractuales, no obstante, si el reingreso tuviera lugar una vez finalizada, el estado de las obligaciones y derechos de las partes no será el mismo que si se tratase de una nueva relación de trabajo; no obstante, resulta patente que, aunque el régimen jurídico aplicable a la suspensión y a la excedencia voluntaria es diverso, ésta queda bastante lejos de poder equipararla sin más a un supuesto extintivo de la relación laboral.
29. PÉREZ ALONSO, M. A.: *La excedencia laboral*, cit., pg. 13.
30. ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: «La suspensión en el Estatuto de los Trabajadores», en *REDT*, núm. 5, 1981, pg. 23. Además, para MONGE RECALDE: *La excedencia laboral...*, cit., pgs. 59-60 los efectos específicos, distintos en la excedencia voluntaria respecto a la suspensión sería el tema de la antigüedad y la no subsistencia de deberes éticos, quedando los derechos reducidos a un ingreso preferente si existe o se produce vacante.

preferente al reingreso condicionado a la existencia de vacantes³¹. El elemento clave en la interpretación realizada por los valedores de esta tesis consiste en estimar que la reserva del puesto de trabajo no es un elemento consustancial a la institución suspensiva³². Para PEDRAJAS³³ podrán existir ciertos matices diferenciadores especialmente a la hora de la instrumentación práctica entre las tradicionales figuras suspensivas y las excedencias, pero los rasgos esenciales, definitorios, son siempre idénticos.

Sucintamente podemos recopilar los distintos argumentos³⁴ en los que suele venir apoyada esta tesis:

1. Un argumento de tipo histórico³⁵: la excedencia laboral tomó de la funcionarial la finalidad protectora de la relación, siendo configurada en la normativa sectorial como figura suspensiva, tratamiento que siempre recibió.

2. Una interpretación sistemática del ET³⁶, pues la excedencia aparece incluida dentro del capítulo III, sección 3ª (intitulado suspensión del contrato de trabajo) aunque, de modo sorprendente para un sector doctrinal, no aparece como causa de suspensión en el artículo 45 ET³⁷.

3. Elenco abierto de causas suspensivas: Frente a quienes vienen a considerar que la enumeración de las causas de suspensión contenida en el artículo 45 ET es de carácter tasado o cerrado (a excepción de las letras a y b que, dado su carácter abierto, permiten ampliar o mejora las causas suspensivas)³⁸ no faltan opiniones contrarias que estiman que no nos hallamos ante un elenco de causas «*numerus clausus*»³⁹; esta última interpretación permite considerar la excedencia voluntaria como causa de suspensión del contrato de trabajo⁴⁰.

31. Ello no elimina, por sí mismo, el posible carácter suspensivo de la excedencia pues la doctrina no ha dudado en poner de manifiesto que «en todos los supuestos suspensivos hay exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y pagar el salario, pero la reserva de puesto de trabajo no es genérica», vid. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «Naturaleza y fines de la suspensión...», en *Cit.*, pg. 15. A juicio de MARÍN CORREA, J. M.: «Las causas de suspensión del contrato de trabajo extrañas a los arts. 45 y 46 del Estatuto de los Trabajadores, y las causas de los apartados "a" y "b" del número 1 de dicho precepto», en *La suspensión del contrato de trabajo*, en AA VV (MARÍN CORREA, J. M. [dir.]), cit., el efecto esencial de la suspensión es la exoneración de la obligación (del trabajador) de prestar servicios, pg. 56.

32. PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, Montecorvo, Madrid, 1983, pg. 239. Vid., por contra, las consideraciones sobre este aspecto realizadas por vid. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «Naturaleza y fines de la suspensión...», en *Cit.*, pgs. 27-28 y sus conclusiones absolutamente pesimistas acerca de los resultados de indagar en la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria.

33. PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 151.

34. Muchos de estos argumentos los encontramos en el voto particular primero de la STS 25 octubre 2000 (RJ 2000, 9676).

35. Entre otros, PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 151.

36. Entre otros, ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pg. 157.

37. vid. PÉREZ ALONSO, M. A.: *La excedencia laboral*, cit., pg. 17; ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: «La suspensión en el Estatuto ...», en *Cit.*, pgs. 30-31. Argumento sistemático también traído a colación por PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 152. Por contra, se ha resaltado el acierto del legislador al reputar como causa de suspensión contractual únicamente a la excedencia forzosa, en una interpretación que se inclina por una consideración de la excedencia voluntaria muy próxima a la extinción del contrato (aunque con un derecho condicionado a la readmisión), vid. MONTIYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, cit., pg. 437. La STS 20-11-1989 (RJ 1989, 8201) afirmaba que la excedencia suspende el contrato sea voluntaria o forzosa según interpretación extensiva de la Sala del art. 45 h) ET.

38. PÉREZ ALONSO, M. A.: *La excedencia laboral*, cit., pg. 14.

39. «In extenso», MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Las causas generales de suspensión: ¿*numerus clausus*?», en *La suspensión del contrato de trabajo*, en AA VV: (MARÍN CORREA, J. M. [dir.]), cit., pgs. 39 y ss.

40. ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «¿Equivale al despido la no readmisión del trabajador tras la excedencia forzosa?», en *RPS*, núm. 132, 1981, pg. 278.

4. Argumento teleológico: Suele traerse a colación a la hora de apoyar la tesis suspensiva que resulta patente que la intención de las partes con la excedencia no es extinguir el contrato, sino más bien un deseo de mantener la relación, finalidad latente en la regulación legal⁴¹.

5. Interpretación no literal del artículo 46.5 ET sino conjunta con el resto de apartados del precepto: De este modo, se ha entendido que la referencia estatutaria a que el trabajador «sólo» conserva un derecho preferente al reingreso en vacantes (art. 46.5 ET) no viene referida a la desaparición de cualquier otro derecho o deber secundario durante la excedencia sino a que no se tiene derecho al cómputo de antigüedad ni a la reserva de puesto (en una lectura conjunta con lo dispuesto en el art. 46.1 ET en relación con la excedencia forzosa)⁴²; la falta de reserva, como apuntemos supra, no es determinante para afirmar la no subsistencia del vínculo contractual⁴³.

Para MONGE RECALDE⁴⁴ «nos encontramos pues ante una suspensión acentuada, cuyos efectos van, en la línea de limitar los derechos del excedente, más allá de los producidos en la suspensión genérica, todo ello se produce de manera inexcusable como deducción correcta del término «conserva sólo» en que el legislador se manifiesta (art. 46.5 ET)».

En este punto y dejando a salvo las matizaciones que realizaremos infra puede coincidirse sin dificultad con afirmaciones vertidas por un importante sector doctrinal en el sentido de que la excedencia no es un supuesto extintivo (no encaja en ninguna de las causas de extinción contractual) y, por ello, constituye más bien una situación suspensiva, sin que la falta de reserva de puesto determine la ruptura del vínculo contractual⁴⁵.

6. Efectos de la reincorporación del trabajador: Caso de producirse ésta tras la excedencia voluntaria no tendrá la consideración de ingreso «*ex novo*», como si se

41. Vid. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «Naturaleza y fines de la suspensión...», en *Cit.*, pg. 31; PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., pgs. 151-2 y 431.

42. Vid. RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «Naturaleza y fines de la suspensión ...», en *Cit.*, pg. 31. Vid. igualmente PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 440, vid., asimismo, pgs. 287-288. Interpretación que también realiza ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pgs. 154 y 289-290, para quien el vínculo laboral se mantiene sin ruptura, nos hallamos más bien ante un paréntesis en la relación laboral. Una interpretación, por contra, literal del precepto es la realizada por VIDA SORIA defensor a ultranza de la tesis extintiva, vid. su trabajo VIDA SORIA, J.: «Suspensión del contrato de trabajo», en *Cit.*, pg. 115.

43. Para MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Las causas generales de suspensión...», en *Cit.*, pg. 44 la existencia de un mero derecho preferente al reingreso no obsta la calificación suspensiva, pues la reserva de puesto es sólo un efecto natural, no esencial, de la suspensión del contrato. También para PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 436, estamos ante un elemento accidental siendo el esencial el mantenimiento de la relación laboral. Como afirma ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pgs. 158-159, que la excedencia voluntaria no lleve aparejado un derecho de reserva no es obstáculo para los defensores de la tesis suspensiva, que lo consideran un rasgo accidental frente a lo realmente significativo que es el mantenimiento de la relación de trabajo, demostrado por la pervivencia de los derechos y obligaciones de carácter accesorio.

44. *La excedencia laboral...*, cit., 1987, pg. 61.

45. Entre otros, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «Naturaleza y fines de la suspensión...», en *Cit.*, pg. 33, quien continúa afirmando que «Es un género institucional, caracterizado por el mantenimiento del vínculo, independientemente de los distintos efectos atribuidos a cada una de las especies suspensivas».

tratase de alguien ajeno a la empresa, sino pura y simplemente la de una continuación de la preexistente, al cesar la razón que justificaba la interrupción de la ejecución de ciertas obligaciones⁴⁶.

7. Además, ésta es, como es sabido, la doctrina jurisprudencial consolidada del TS. Hemos de tener en cuenta la reiteradísima doctrina judicial consistente en equiparar la negativa al reingreso en determinadas condiciones con el despido⁴⁷ (pese a los reparos técnicos que esta solución pueda plantear) reconociendo al trabajador la posibilidad de reclamar por esta vía⁴⁸; equivalencia que únicamente es admisible partiendo de una situación en la que el vínculo laboral está vivo.

Para concluir, hemos de señalar que, a nuestro juicio, el aspecto sustancial es la interrupción de las principales prestaciones de la relación laboral con subsistencia del vínculo jurídico (efecto definitorio de la suspensión en nuestra normativa laboral «ex» art. 45.2 ET [RCL 1980, 607 y ApNDL 3006]) que se da también en la excedencia voluntaria⁴⁹; ahora bien, existe una diferencia sustancial en cuanto a los efectos: reserva de puesto (suspensión) «versus» derecho preferente (excedencia voluntaria), efectos distintos que marcan netamente la diferencia entre ambas figuras en nuestro ordenamiento⁵⁰. Partiendo de tal premisa, la calificación definitiva de la figura dependerá de la consideración que se tenga de la reserva de puesto de trabajo; de estimar que nos hallamos ante un elemento esencial de la suspensión, habremos de posicionarnos en línea con los defensores de la excedencia voluntaria como figura jurídica autónoma (aunque cercana a aquélla), opción que, como veremos, tiene cada día más seguidores. Sólo la consideración de la reserva como elemento accidental permite el sostenimiento de su equiparación a la suspensión del contrato de trabajo. En todo caso, si es un supuesto suspensivo se caracteriza por venir sometido a un régimen jurídico específico⁵¹.

46. PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 435.

47. Entre otras, SSTS 21-2-1992 (RJ 1992, 1047), 4-4-1991 (RJ 1991, 3250), 19-7-1988 (RJ 1988, 6188), 21-4-1986 (RJ 1986, 2213) que parten todas ellas lógicamente de la consideración de que el contrato está vivo aun cuando en suspenso. Vid. la distinción perfilada por el TS entre los supuestos en que procede la acción de despido y los supuestos en que procede la acción declarativa en Auto 24-3-1997 (RJ 1997, 3041) y SSTS 22-10-1997 (RJ 1997, 7548), 23-1-1996 (RJ 1996, 122), 14-3-1995 (RJ 1995, 2170), 19-10-1994 (RJ 1994, 8254). La negativa empresarial tácita no equivale a despido, STS 27-2-1996 (RJ 1996, 1513). Como es sabido, la exigencia en la mayoría de las sentencias enunciadas de una voluntad rotunda e incondicionada de dar por extinguido el vínculo jurídico (no impuesta en otros supuestos de despido tácito) viene a encubrir el deseo de proteger al trabajador contra la caducidad de la acción de despido.

48. Sobre las acciones que corresponden al trabajador tras la negativa al reingreso y la perfilada doctrina judicial acerca de cuándo procede una u otra, puede verse PÉREZ ALONSO, M. A.: *La excedencia laboral*, cit., pgs. 38 y ss. A la tendencial equiparación de una negativa injustificada a readmitir con el despido hace referencia M. RODRÍGUEZ PIÑERO: «El reingreso del trabajador en excedencia voluntaria», en *RL*, 1987-II, pg. 13. Puede verse, A. R. ARGÜELLES BLANCO, «Ejercicio de la acción de despido por el trabajador excedente voluntario», AS 1997-V, pgs. 557 ss. Para M. R. ALARCÓN CARACUEL: «¿Equivale al despido...?», cit., pg. 280, existe «una larga serie de pronunciamientos judiciales que han dado carta de naturaleza entre nosotros con excesiva magnanimidad a la figura del despido tácito». Como es sabido, la doctrina del Tribunal Supremo ha sufrido una paulatina evolución hacia posiciones más restrictivas de modo que para aquella equiparación se exige una negativa rotunda e incondicionada al reingreso, siempre que conste una manifestación de voluntad (expresa o implícita) claramente extintiva. Vid. este argumento, asimismo, en J. MARTÍNEZ GIRÓN: *Las causas generales de suspensión...*, cit., pg. 44.

49. Como ha sostenido la doctrina, durante la excedencia permanece latente el vínculo contractual, por todos, vid. M. CAMPS RUIZ: «Derecho del Trabajo (Fuentes y Contrato individual)», en *I. ALBIOL MONTESINOS Y OTROS*, Tirant lo Blanch. Valencia, 1999, pg. 633.

50. Idéntica conclusión alcanza ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pg. 37.

51. La excedencia voluntaria tiene un régimen jurídico distinto a otras causas suspensivas si bien com-

3.1.2. *La tesis extintiva*

Ha sido doctrina cualificada de la talla del profesor VIDA SORIA⁵² la principal valedora de esta tesis. El fundamento de la misma se halla en la consideración de que la excedencia voluntaria produce la extinción de la relación contractual existente, que desaparece por completo y es sustituida por una nueva consistente en un derecho peculiar a favor del trabajador para, llegado el caso, acceder preferentemente a una plaza vacante de su categoría profesional en la empresa, con la consiguiente obligación empresarial de volver a contratarlo. Entre los argumentos empleados para defender esta tesis hallaríamos el referente a que si llegado el término límite el trabajador no solicita el reingreso no existe necesidad de declarar expresamente extinguido el contrato (lo único que existe es el decaimiento automático de aquel derecho del excedente); como ha puesto de manifiesto doctrina posterior, este dato realmente no es significativo, pues como es sabido, es un tratamiento similar al otorgado a los supuestos de abandono del trabajador⁵³.

El casi unánime rechazo doctrinal a esta tesis no sólo se ha construido en base a algunos de los argumentos enunciados supra que apoyan su consideración suspensiva sino especialmente en consideración a que no concurre ninguna de las causas de extinción del contrato de trabajo previstas en el artículo 49 ET, a lo que se une la asentada doctrina jurisprudencial que afirma que el derecho preferente al reingreso nace porque la relación laboral está viva aunque adormecida⁵⁴.

3.1.3. *Las tesis intermedias: la excedencia voluntaria como «tertium genus», figura con sustantividad propia*

No faltan, por último, valedores de una tercera tesis que parte de la consideración de que la excedencia voluntaria es una situación peculiar, intermedia entre la suspensión y la extinción del contrato de trabajo. Ello es así en la medida en que no encajaría en la suspensión del contrato por no figurar en el artículo 45 ET y tampoco en la extinción al omitirse en la redacción de causas extintivas contenidas en el artículo 49 ET, situación que justifica que el trabajador sólo ostente un derecho preferente al reingreso condicionado a la existencia de vacante⁵⁵. En este sentido, ya hace algún tiempo que el profesor RODRÍGUEZ PIÑERO consideró que ninguna de las dos tesis extremas parece aceptable, pues la excedencia voluntaria no se puede equiparar sin más a la figura de la suspensión del contrato, pero tampoco puede ser reducida o limitada a un mero derecho preferente al reingreso, aunque sea este derecho y su especial problemática lo más peculiar y particular de esta situación⁵⁶.

Hemos de tener en cuenta, como ha puesto de manifiesto solvente doctrina, que la defensa de la tesis suspensiva es, ante todo, «rechazo de la mayoría de la doctrina

parte con ella el ser una figura interruptiva, descartando, por tanto, que se produzca la extinción del contrato de trabajo.

52. L. E. DE LA VILLA GIL y J. A. SAGARDOY BENGOCHEA: «Caracterización general de la suspensión del contrato de trabajo», en *El Derecho del Trabajo en España*, Instituto de Estudios Sociales. Madrid, 1981, pgs. 284 y ss. Con más amplitud, vid., asimismo, «Suspensión del contrato de trabajo», en *Cit.*, en especial pgs. 104 y ss.

53. Vid. ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pg. 159.

54. Vid. MONGE RECALDE, J. L.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 61.

55. Planteamiento recogido por MONGE RECALDE: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 59.

56. RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «El reingreso del trabajador...», en *Cit.*, pg. 12.

laboral a considerar que tiene naturaleza extintiva⁵⁷. En esta dirección y partiendo de que un importante sector doctrinal no duda en poner de manifiesto que estamos ante un supuesto especial de suspensión (como vimos, acentuada para MONGE) la más reciente doctrina tiende a avanzar más en sus conclusiones hacia una tercera tesis defensora de la autonomía de la excedencia voluntaria respecto de la suspensión⁵⁸, con la que comparte el elemento básico de tratarse de una figura interruptiva (no extintiva) de la relación laboral⁵⁹. En línea con lo señalado supra sobre el carácter de elemento esencial o no a la suspensión de la reserva de puesto de trabajo, para este sector doctrinal en la medida en que el derecho de reserva es consustancial a la suspensión, la excedencia voluntaria no puede identificarse con esta figura⁶⁰. De todos modos, la propia doctrina que abandera esta posición⁶¹ viene en última instancia a reconocer que no existe tanta diferencia entre esta su postura y la de los defensores de que nos hallamos ante un supuesto especial de suspensión con su propio régimen jurídico. Esto es, como sostuvimos supra, que lo esencial es que comparte el rasgo distintivo de la suspensión (sus efectos «ex» art. 45.2) aunque difiere en su régimen jurídico. El sostener, como hacemos nosotros, el mantenimiento del vínculo contractual en tanto dura la situación de excedencia voluntaria, supone desterrar la tesis extintiva, que es lo fundamental a efectos prácticos, con independencia de que se quiera mantener su calificación como figura suspensiva especial, con un peculiar régimen jurídico o se prefiera sostener su autonomía, aspecto este sí, más dogmático que pragmático. Esto es, la esencia radica en la concepción de la excedencia voluntaria como no extintiva⁶², en la medida en que se mantiene la vigencia del contrato de trabajo⁶³. La posesión de un régimen jurídico propio, dimanante de las previsiones contenidas en el artículo 46.2 ET hace que o bien pueda calificarse a la figura de suspensión «sui generis»⁶⁴ o bien sea considerada como una figura jurídica autónoma (intermedia entre suspensión y extinción pero más cercana a la primera en la medida en que no se produce la ruptura del vínculo laboral), donde el elemento esencial lo constituye el derecho preferente al reingreso del trabajador.

En síntesis, podemos afirmar que si bien un sector doctrinal ha considerado que rasgo esencial de la excedencia voluntaria es el derecho preferente al reingreso

(ciertamente lo es) y ello les lleva a descartar que nos hallemos ante un supuesto suspensivo y a afirmar su naturaleza extintiva, partiendo de aquel mismo planteamiento se puede llegar a una solución distinta, considerando que es una figura con cierta autonomía y con un régimen jurídico distinto, en la medida en que rasgo esencial de la suspensión es la reincorporación automática.

3.2. La Sentencia de 25 octubre 2000 (RJ 2000, 9676) ¿Termina con la casi unánime doctrina judicial de la naturaleza suspensiva de la excedencia voluntaria?

Partiendo de lo apuntado supra sobre las distintas posiciones en torno a la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria conviene siquiera hacer una breve referencia a la argumentación de la STS 25 octubre 2000 a fin de comprobar, de un lado, que esta temática no es en absoluto pacífica y, de otro, si se ha producido un giro en la tradicional línea seguida por el Alto Tribunal, cambio que, en todo caso, suponemos no va a ser trasladado a la solución de otros problemas a los que siempre se ha aplicado la consideración suspensiva de la institución.

La sentencia no se pronuncia expresamente sobre la naturaleza atribuida a la excedencia voluntaria y ni siquiera, al menos a nuestro juicio, adopta un posicionamiento al que anude una solución coherente. De forma diáfana se detiene en argumentar la separación nítida entre la excedencia voluntaria y la suspensión (alejándose de la que hasta ahora ha sido tendencia judicial predominante) al estimar que ésta es «una vicisitud del contrato en la que el trabajador tiene derecho a conservar el puesto de trabajo»; de este modo, erige en característica esencial de la suspensión la reactivación automática de las obligaciones en suspenso y ello le lleva, lógicamente, a negar la naturaleza suspensiva de la institución. Ahora bien, en realidad, y ahí la principal incoherencia en que incurre la argumentación judicial, si del fallo de la sentencia (negativa a reconocer la indemnización por despido colectivo al excedente voluntario) parece desprenderse que se opta por la naturaleza extintiva de la figura, hemos de tener en cuenta que la sentencia parte, al menos tácitamente, de una situación en que el vínculo laboral está latente, en la medida en que admite la extinción del contrato de los recurrentes autorizada en expediente de regulación de empleo. Ello podría llevar a pensar que la doctrina del Alto Tribunal se acerca a las tesis que hemos anunciado de la consideración de la excedencia voluntaria como un tercer género, distinto y con autonomía respecto a la suspensión pero que tampoco tiene naturaleza extintiva, aunque como decimos, lejos de un pronunciamiento diáfano y coherente, el punto de partida no coincide con el resultado final.

Por contra, el primero de los votos particulares se mantiene en la línea clásica de tendencia del Tribunal Supremo considerando que es doctrina mayoritaria la que estima que la excedencia voluntaria es un supuesto de suspensión, si bien con efectos adicionales distintos (reserva «versus» derecho preferente), acogiendo la mayoría de los argumentos que vimos supra. Entre ellos y como principal que la reserva de puesto es un efecto normal mas no esencial de la suspensión del contrato, siendo el efecto esencial y básico el dimanante del artículo 45.2 ET. Considera que ésta es la única alternativa a la tesis extintiva que estima inaceptable no sólo en base a su no inclusión como causa de extinción en el artículo 49 ET sino, además (incidiendo en un aspecto esencial a nuestro juicio a la hora de resolver el problema planteado) con fundamento en que si se considera que estamos ante una extinción carecería de sentido la nueva extinción decidida por la autoridad laboral en el Expediente de Regulación

57. En tal sentido se manifiesta GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias...*, cit., pg. 31.

58. Vid., por contra, cómo hace ya algunos años se consideraba que la tesis de la excedencia voluntaria como figura jurídica autónoma no encuentra acogida en absoluto por parte de la doctrina, PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., pgs. 147 y 421.

59. Por todos, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias...*, cit., pg. 31. PÉREZ ALONSO, M. A.: *La excedencia laboral*, cit., pg. 17 estima que nos hallamos ante un tercer género, con sustantividad propia dentro del contrato de trabajo al que, en todo caso, habría que atribuir los efectos suspensivos de la relación laboral.

60. Por todos, ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pgs. 164-165; para quien la excedencia voluntaria goza de similitud, de una cierta y evidente familiaridad con la suspensión, pero son instituciones diferentes, con distintas funciones y un régimen jurídico asimismo distinto, en la medida en que la suspensión debe conllevar necesariamente la reserva de puesto o la reincorporación automática.

61. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias...*, cit., pg. 33.

62. STS 21 febrero 1992 (RJ 1992, 1047), STSJ Comunidad Valenciana 14-2-1996 (AS 1996, 1066).

63. Vid. los principales argumentos en que puede sostenerse esta afirmación en gran parte coincidentes con los enunciados en las tesis suspensivas en GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias...*, cit., pgs. 77 y ss.

64. Esto es, que no sigue la regla general de tener reservada la plaza (se caracteriza por un mero derecho preferente al reingreso) y cuya regulación se sitúa al margen de toda norma general, vid. PÉREZ ALONSO, M. A.: *La excedencia laboral*, cit., pg. 18. Posición en la que se alinea asimismo, ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pg. 163.

de Empleo. Ésta sería, nos parece, la solución más acorde con la posición tradicional del Tribunal Supremo e incluso (pese a las consideraciones realizadas supra sobre la admisibilidad de las tesis intermedias) la que lleva a una argumentación más sólida y más ajustada a derecho en la medida en que garantiza el derecho de los trabajadores a la excedencia voluntaria, pues se realiza una operación perfectamente lógica consistente en mantener una postura acerca de la naturaleza jurídica conforme a la cual se da solución al fondo del problema, solución que brilla por su ausencia tanto en la sentencia como en el segundo de los votos particulares, como veremos con más detalle infra.

Para concluir, el voto particular segundo que propugna la solución casuista de la cuestión, en base al examen del caso concreto, únicamente incide en el tema de la naturaleza jurídica cuando reafirma que no nos encontramos ante un supuesto de suspensión del contrato en la medida en que no da derecho a reingresar sus condiciones, ahora bien, también queda patente que parte de una situación en que el vínculo laboral está latente.

4. EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO Y EXCEDENCIA VOLUNTARIA

4.1. Consideraciones preliminares

Como vimos, el problema esencial abordado por la Sentencia que comentamos es el de dirimir si los trabajadores en excedencia voluntaria⁶⁵ tienen derecho a indemnización por despido colectivo y para ello es esencial posicionarse primero acerca de la naturaleza jurídica de la figura. Ahora estamos ya en situación de poder abordar este problema, partiendo de las distintas soluciones que aportan los magistrados del TS, resaltando los fallos y virtudes de cada una de ellas. Consideramos que resulta necesario tener presente a efectos de dar respuesta a la cuestión suscitada que la excedencia voluntaria viene reconocida en el ET como un verdadero derecho subjetivo del trabajador, que el empresario debe reconocerle si cumple los requisitos legalmente exigidos⁶⁶ y si bien su reingreso en la empresa es una mera expectativa, en algunos casos difícil de materializar, su desconocimiento por el empresario por la vía de la amortización de puestos de trabajo (incluso por la vía de incluir al trabajador excedente en el expediente de regulación de empleo pero sin reconocerle derecho

65. Respecto a las excedencias especiales (sindical, para cuidado de hijos o familiares) pese a que no existe unanimidad doctrinal en torno a su encuadramiento entre las excedencias forzosas o las voluntarias, al tener reconocido el derecho a la reserva de puesto de trabajo, resulta menos dudoso extenderle la solución propia de la suspensión, siendo preciso para extinguir el contrato la incorporación al expediente y el reconocimiento de la indemnización que pueda corresponderle, caso contrario el despido sería nulo. Sobre estos tipos específicos de excedencias, entre otros, puede verse CAMACHO ORTEGA, J. D.: *La excedencia sindical*, Ibidem, Madrid, 1997; ALARCÓN CASTELLANO, M.: «Comentarios a la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Permisos, reducción de jornada y excedencias por razones familiares tras la Ley 39/1999», en AS, 1999-V, pgs. 1139 y ss.; BARREIRO GONZÁLEZ, G.: «Sobre la excedencia del trabajador para atender al cuidado de hijos (Comentario a la SAN 8 marzo 1990)», en *Revista Jurídica Española La Ley*, 1990-IV, pgs. 406 y ss.; CORTE HEREDERO, M.: «La atención de las responsabilidades familiares a través de la excedencia laboral: examen del art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores», en *Documentación Laboral*, núm. 59, 1999, pgs. 69 y ss.; MARÍN ALONSO, I. y J. GORELLI HERNÁNDEZ: *Familia y trabajo. El régimen jurídico de su armonización*, Laborum, Murcia, 2001, pgs. 175 y ss. y 181 y ss.; QUINTANILLA NAVARRO, B.: «La excedencia para cuidado de hijos a partir de la Ley 4/1995», en *RL*, 1995-II, pgs. 331 y ss.

66. Por todos, MONGE RECALDE, J. L.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 63.

indemnizatorio alguno) al margen de los procedimientos legalmente previstos, ignorando el vínculo jurídico subsistente entre las partes, puede hacer ilusoria tal expectativa y, por ello, burlar aquel derecho que trata de proteger la estabilidad en el empleo y, de forma más inmediata, intereses particulares o profesionales del trabajador dignos de protección —en un grado bastante débil como se desprende de los términos utilizados por el legislador—.

En línea con lo sostenido y teniendo en cuenta que según se deriva del texto del ET y de las propias posiciones judiciales⁶⁷ el empresario goza de una amplia libertad sobre la plaza pero sometida a determinados límites, hemos de ver cuáles son éstos con relación a los supuestos de expedientes de regulación de empleo.

4.2. Diferencia sustancial entre cese total y parcial de la actividad de la empresa

Resulta patente que en esta materia es imprescindible partir de una diferenciación básica, que no está ausente de los razonamientos de la STS 25 octubre 2000, donde, sin embargo, no encuentra una adecuada respuesta. De este modo, resulta preciso distinguir entre expediente de regulación con cese total de la actividad (el mismo tratamiento habría de recibir el cese que afecta a todo el grupo profesional del trabajador o categorías similares⁶⁸) y el parcial, en la medida en que dan lugar a dos supuestos categóricamente distintos en los que la expectativa al reingreso que conserva el excedente voluntario se ve afectada de modo también sustancialmente diverso⁶⁹. El tratamiento dado en la Sentencia que comentamos a la situación producida es el de un cierre total (de empresa) pues señala que afecta a la totalidad del centro hospitalario de Tarragona, afirmando, además, que los trabajadores excedentes figuran en la lista de trabajadores afectados por el Expediente de Regulación de Empleo; pues bien, en principio, esta solución sería la correcta en la medida en que nos alineamos con la doctrina que considera que si la empresa sigue expediente de regulación de empleo con cese total de actividad deberá incluir al trabajador cuando se encuentre en excedencia⁷⁰, y ello como consecuencia de la afirmación sostenida

67. La vacante no puede ser amortizada con absoluta libertad según el Tribunal Supremo, vid. ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pg. 300. Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho...*, cit., pg. 92.

68. Vid. el supuesto planteado en la STSJ Comunidad Valenciana 16-1-1997 (AS 1997, 302) donde la supresión por parte de la empresa del servicio de reumatología en el que había de reincorporarse el excedente (haciendo con ello imposible la readmisión) sin utilizar los medios previstos en el Estatuto se equipara con un supuesto de despido tácito (calificado de improcedente).

69. Diferencia que no siempre resulta clara en los distintos pronunciamientos judiciales sobre la materia, de esta forma, la STS 15-11-1985 (RJ 1985, 5722) considera que la no inclusión en el expediente de regulación de empleo no impide el reingreso, de forma que en su día se verá si reingresan o no, sin que exista derecho a ser indemnizados. Solución que, a nuestro juicio, sólo es adecuada si nos hallamos ante un cierre parcial, pese al silencio de la sentencia en cuestión.

70. Vid. PÉREZ ALONSO, M. A.: *La excedencia laboral*, cit., pg. 32. PARRA PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 394, los excedentes (aunque en un principio viene referido a la excedencia forzosa, luego considera que tales criterios son igualmente de aplicación a los voluntarios) tienen derecho a figurar en el expediente administrativo que se sustancie en los supuestos de extinción de los contratos de trabajo por fuerza mayor o por cese de la empresa por causas económicas o tecnológicas, si se ven afectados por la medida, en igualdad de condiciones que el resto de los trabajadores de plantilla y con derecho, por consiguiente, a la indemnización resolutoria. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias...*, cit., pgs. 78 y 95. En este sentido se ha pronunciado también en ocasiones el TS, así la STS 19-7-1988 (RJ 1988, 6188), que ha afirmado la necesidad de expediente de regulación de empleo para despedir (lógicamente en la actualidad en los términos y dentro de los umbrales previstos en el art. 51 ET [RCL 1995, 997]) no es aplicable sólo para los trabajadores en activo sino también para los que tienen un derecho expectante de reincorporación a la empresa (si no se haría ilusorio el reingreso y

supra de que el contrato se encuentra, sin duda alguna, vigente pese a su patente debilitamiento⁷¹; la no inclusión equivale a despido⁷². Ahora bien, la cosa no queda ahí en el pronunciamiento judicial y cabe hacer al menos dos observaciones, en primer lugar, una relativa a las dudas que suscita el que efectivamente estemos ante un cese total de la actividad, tanto porque en el voto particular (primero) se pone de manifiesto que de los hechos probados de la sentencia de instancia se deriva que el expediente afectó a numerosos contratos de trabajo de la empresa Cruz Roja⁷³ (por tanto, no a todos) como por la conocida doctrina del TS que admite la adecuación de la reincorporación en otra localidad distinta⁷⁴, de modo que la solución al caso podría haber sido otra. Ahora bien, una vez que la sentencia califica a la situación como de cierre total y, aún más, parte de una situación en que los trabajadores habían visto extinguidos sus contratos al ser incluidos en el expediente de regulación de empleo (aun cuando a nuestro juicio no había devenido absolutamente imposible el reingreso) no podemos coincidir con la solución aportada por la Sentencia mayoritaria. La tramitación del expediente y la necesaria inclusión en la lista de afectados al trabajador excedente respecto al cual devendrá imposible una futura reincorporación a la empresa hace surgir para el trabajador, como veremos, el derecho a ser indemnizado⁷⁵, si bien existe cierta discrepancia doctrinal acerca de la cuantía indemnizatoria.

Por contra, en el supuesto de cese parcial (despido colectivo parcial), al conti-

se transformaría la excedencia voluntaria en cese indefinido); en tales términos se expresa asimismo la STS 28-4-1987 (RJ 1987, 2818). STSJ Comunidad Valenciana 14-2-1996 (AS 1996, 1066).

71. Básicamente, y de ahí la trascendencia de la indagación en la naturaleza jurídica de la figura, consideraran necesaria la inclusión en el expediente de regulación de empleo en caso de cese total o cierre de la empresa los defensores de la tesis suspensiva y tienen una opinión contraria los valedores de la tesis extintiva.
72. La doctrina no ha dudado en afirmar que en los supuestos de cierre de empresa, donde se produce la imposibilidad definitiva de reingreso, el trabajador excedente que no fue incluido en el expediente tendrá derecho a obtener la compensación correspondientes, sin ignorar las especiales dificultades que plantea dilucidar contra quién o quiénes habrá que dirigir la correspondiente acción, supuesto que la empresa haya desaparecido por completo, PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral...*, cit., pgs. 328-329. En sentido contrario la STSJ Madrid 30 de septiembre de 1998 (AS 1998, 3339) que sostiene que si la empresa despidió colectivamente a toda su plantilla cumpliendo el art. 51 ET (RCL 1995, 997), carece de viabilidad cualquier petición de reincorporación, no siendo tampoco viable la pretensión de que se declare su derecho a percibir una indemnización ... ya que el trabajador debió pedir en su momento la pertinente inclusión en el Expediente de Regulación de Empleo desde el momento en que la empresa para la que trabajaba -notoriamente, por otra parte- cerró todos sus centros y extinguió todos los contratos de su plantilla. Solución que, a nuestro entender, resulta ciertamente excesiva.
73. STSJ Cataluña 19-6-1998 (AS 1998, 3161). Que, pese a ello (extinción autorizada de numerosos contratos de la empresa cruz roja, hallándose dentro del expediente las relaciones laborales de los code mandantes) deniega el derecho a percibir indemnización alguna en concepto de despido. Línea de tendencia seguida por la STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) 21-5-1999 (AS 1999, 2243).
74. Como es sabido, aunque doctrina del TS ya distante en el tiempo consideró que la negativa del trabajador a reingresar en localidad distinta no constituye extinción del contrato por dimisión del trabajador, manteniéndose la situación de expectativa hasta que la vacante se produzca (STS 12-12-1988 (RJ 1988, 9597)), la más reciente doctrina sobre esta materia del Alto Tribunal realiza una interpretación literal del art. 46.5 ET (RCL 1995, 997) que viene referido a una vacante de su categoría o similar que exista en la empresa, por tanto, es vacante adecuada la ofrecida en centro de trabajo de localidad distinta si respeta aquel presupuesto, agotándose con ello el derecho del excedente al reingreso, vid. STS(UD) 18 de octubre de 1999 (RJ 1999, 9102).
75. Derecho reconocido en alguna ocasión por los Tribunales menores, así la STSJ Aragón 2 de junio de 1999 (AS 1999, 6001) considera que al estar la demandante afectada por el expediente de regulación de empleo que generó la extinción de su relación de trabajo es ineludible la operatividad de la norma legal relativa al derecho a indemnización (art. 51.8 ET [RCL 1995, 997]).

nuar la actividad, pervive la expectativa de reincorporación⁷⁶, que en su día se actualizará o no, de modo que la no inclusión en el expediente no equivale a despido⁷⁷. Resulta sobradamente conocido que la amortización de la plaza que ocupara el trabajador excedente no impide su reingreso caso de existir vacante en otra plaza de igual o similar categoría, por tanto, en aquellos supuestos en que, pese al expediente de regulación de empleo, no se afecta esa expectativa de reingreso en vacantes futuras⁷⁸, el trabajador no tiene por qué ser incluido en el expediente de regulación de empleo; si el empresario decide incluirlo va a proceder a extinguir su contrato de trabajo y, por ello mismo, debe darle un trato exactamente igual al del resto de trabajadores afectados por la medida.

Es, sin embargo, el segundo de los votos particulares el que más incide en este aspecto, pero en él tampoco queda suficientemente clara la solución aplicable al caso concreto. En él, en primer lugar, se hace alusión a que el derecho expectante del trabajador está condicionado a la existencia de vacantes y al producirse el cierre total de la entidad desaparece por causa legalmente justificada. Ahora bien, considera que la solución de la sentencia mayoritaria (denegación del derecho a indemnización) no es aplicable a los supuestos de extinción de las relaciones laborales parciales -seguramente el que se da en el supuesto de litis, pese al planteamiento del fallo judicial-. De esta forma, se considera que si subsisten en la empresa empleos de igual o similar categoría caben dos soluciones:

-En primer lugar, se afirma que no es preciso incluir al excedente en el expediente, en la medida en que sigue conservando la expectativa de reingreso, que llegará bien a la extinción justificada si la empresa desaparece (?), bien al reingreso.

-En segundo lugar, hay que tener en cuenta que si el trabajador es incluido en el expediente, pese a que ello no es necesario, con el deseo de extinguir su contrato de trabajo (de forma que desaparecen todos los derechos del trabajador, que se hallan en situación de aletargamiento), el trabajador tiene derecho a percibir la indemnización correspondiente. Partiendo de que en este supuesto, pese al cierre del

76. En esta línea, vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en Derecho del Trabajo*, Comares. Granada, 1998, pg. 92.

77. En esta línea se mueve alguna sentencia de los Tribunales menores, así la STSJ Madrid 12 de febrero de 1992 (AS 1992, 988) que estima que el personal en excedencia voluntaria debe ser incluido en el expediente de regulación de empleo sólo cuando se trata de la totalidad de los contratos de trabajo de la plantilla (cierre actividad empresarial); en caso contrario, cuando se trata de sucesivos expedientes en los que se autoriza suspensión de contratos o hajas incentivadas no tienen que ser incluidos, ahora bien, se mantiene el derecho expectante y preferente a la reincorporación en la empresa, cuando efectivamente se produzca una vacante. Vid. igualmente la del mismo Tribunal de 28-10-1992 (AS 1992, 4949). La trascendencia de la distinción radica en la subsistencia o no (porque deviene imposible que se produzca la vacante) de la expectativa de reingreso, caso afirmativo la no inclusión en el expediente no equivale a despido, STSJ Galicia 6-7-1993 (AS 1993, 3404). Para la STSJ Madrid 29-9-1999 (AS 1999, 3318) es perfectamente posible la reorganización de la plantilla si se mantiene expectativa de reingreso, hasta que exista una vacante.

78. La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria estiman, como es sabido, que si al momento de solicitud de reincorporación no hay vacante (pero puede producirse en el futuro), el derecho al reingreso se ha de entender vigente a través del tiempo, pues subsiste el vínculo laboral y el trabajador mantiene su expectativa para la reanudación del cumplimiento de las recíprocas prestaciones hasta que exista vacante, vid. M. RODRÍGUEZ PIÑERO: *El reingreso del trabajador ...*, cit., pg. 13. Vid. cómo la STSJ Madrid 30-5-1997 (AS 1997, 1598) estima que en caso de reducción de plantilla por expediente de regulación de empleo (parcial), los concretos puestos de trabajo amortizados desaparecen de la plantilla de la empresa, por lo que los trabajadores excedentes no pueden ocuparlos, pero el excedente voluntario queda en situación expectante hasta que se produzca una vacante (momento en que existe obligación de reingreso).

hospital donde prestaban servicio los actores, hubiera sido posible la reincorporación en otro de los hospitales de la Cruz Roja, ésta podría haber sido la solución: bien la no inclusión, bien la inclusión que lleva aparejada todas las consecuencias propias de la extinción de un contrato de trabajo vigente (aun cuando debilitado). No obstante, hay que tener en cuenta que tal y como se plantean los hechos en el supuesto enjuiciado en la medida en que el trabajador ya fue incluido en su día en la lista de trabajadores afectados y la extinción fue aprobada por la autoridad laboral no cabe hablar ya de un hipotético derecho de reingreso, por tanto, los trabajadores en excedencia voluntaria no deben recibir un trato distinto al del resto de los trabajadores de la plantilla. Esto es, en el supuesto presente ya no cabe la primera solución en la medida en que ya están incluidos.

En el supuesto de cierre definitivo de la empresa, se ha estimado por solviente doctrina, con apoyo en diversas resoluciones judiciales, opinión que compartimos, que si el trabajador en excedencia, intenta incorporarse a su puesto de trabajo y se encuentra que la empresa ha procedido al cierre a través de un expediente de regulación de empleo en el que no fue incluido, nos hallamos en estos casos ante un despido nulo por no existir autorización administrativa para dar por extinguido el contrato del trabajador⁷⁹. Se ha venido exigiendo jurisprudencialmente que la reclamación del trabajador por despido tenga lugar una vez finalizado el período de excedencia voluntaria y tras intentar el reingreso, exigencia que ha recibido importantes críticas de un sector doctrinal al plantear importantes problemas a la hora de determinar la persona contra quien dirigirse⁸⁰.

Por otro lado, en el segundo voto particular que acompaña a la Sentencia se trae a colación la diferenciación entre expediente de regulación de empleo previo a la solicitud de reincorporación por parte del trabajador o posterior, a efectos de dar soluciones distintas a ambos supuestos. Ahora bien, realmente resulta patente que si el derecho al reingreso ya se ha ejercido no se suscitan dudas sobre este aspecto (el tratamiento que merece el trabajador es idéntico al del resto de trabajadores)⁸¹, pues no puede perderse de vista que se ha reconocido como principio básico en materia de reingreso la obligación empresarial de no amortizar las vacantes de igual o similar categoría que se produzcan a partir de la solicitud de reingreso⁸², caso contrario se

79. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «El despido colectivo sin autorización: el art. 124 del TRLPI», en *Presente y Futuro de la Regulación del Despido*, en J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ (COORD.), Junta de Andalucía-Aranzadí. Pamplona, 1997, pg. 271. En la misma línea, MONGE RECALDE, J. L.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 82. ALBIOL MONTESINOS, I.: «Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: práctica judicial (II)», en *AL*, 1991-I, pg. 138; ORTIZ LALLANA, C.: «Extinción del contrato por causas objetivas y otras causas de extinción», en *Comentarios a las Leyes Laborales*, en AA VV (BORRAJO DACRUZ E. [dir.]), La nueva Ley de Procedimiento Laboral, Edersa. Madrid, tomo XIII, vol. 2º, pgs. 953-954. En otra dirección se mueve la STS 7-6-1985 (RJ 1985, 3362) para la que el reingreso deviene imposible, porque no se va a producir la vacante necesaria una vez que la empresa cesa en su actividad industrial al habersele autorizado la extinción de los contratos de todo su personal activo, sin que pueda afirmarse que la negativa de la empresa (que ha cesado en su actividad) a reintegrarlos, constituya despido nulo.

80. Vid. esta problemática en GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias...*, cit., pg. 95, quien se hace eco de las críticas vertidas en este sentido por la profesora ARGÜELLES BLANCO. Sobre el momento de la reclamación y las causas para el mismo, vid. MONGE RECALDE, J. L.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 83.

81. Es consolidada la doctrina del TS que considera que la amortización de vacantes viene sometida a dos requisitos: a) que se lleve a cabo con anterioridad a la petición de reingreso (en tanto que si la vacante se produce con posterioridad –con independencia de la causa– el trabajador tiene derecho a ocuparla; b) que se amortice de acuerdo con las prescripciones legales, entre otras, STSS 18-7-1987 (RJ 1987, 4245), 19-1-1987 (RJ 1987, 62), 17-11-1983 (RJ 1983, 5608).

82. MONGE RECALDE, J. L.: *La excedencia laboral...*, cit., pg. 79. PÉREZ ALONSO, M. A.: *La excedencia laboral*, cit.,

estaría convirtiendo en ilusorio e imposible el derecho al reingreso. El problema realmente se plantea respecto a si procede la extensión de dicha solución al supuesto de expediente de regulación de empleo previo a la solicitud de reingreso, cuestión que, en línea con lo que ya hemos afirmado, merece una respuesta afirmativa⁸³.

4.3. Inclusión en expediente de regulación de empleo y derecho a percibir la correspondiente indemnización por despido colectivo

La jurisprudencia tradicionalmente ha brindado una solución unánime al tema de la necesidad de incluir a los excedentes voluntarios en la lista de trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo⁸⁴, tendencia que, como hemos apuntado supra, se mantiene en la STS 25 octubre 2000 (RJ 2000, 9676), pero que, no obstante, queda vacía de contenido en la medida en que no tiene efectos económicos para el trabajador a quien no se reconoce derecho a indemnización alguna⁸⁵.

Como ya hemos apuntado supra, si bien la STS 25 octubre 2000 rechaza que nos hallemos ante un supuesto de suspensión del contrato de trabajo y tácitamente parte de una situación de reconocimiento de la vigencia de la relación laboral en la medida en que admite la necesidad de incluir al trabajador excedente en la lista de los afectados por el expediente de regulación de empleo, finalmente concluye negando su derecho a percibir la indemnización correspondiente, solución que nos parece fuera de la más elemental lógica jurídica. La Sentencia, por tanto, lejos de acoger una tesis extintiva, pues no niega que haya extinción sino más bien lo contrario (hay un contrato que se extingue, para ello se hace precisa la inclusión del trabajador en el Expediente) pero sin embargo, niega todo derecho a ser compensado por la misma. De esta forma, considera la sentencia mayoritaria que no existe perjuicio o al menos no es comparable (aunque inmediatamente se olvida de este aserto) en el supuesto en que el trabajador ostenta únicamente un derecho expectante de reingreso en la empresa. Finalmente se inclina por la primera afirmación y por ello niega el derecho a indemnización alguna. Aun cuando estimamos que una interpretación del artículo 51.8 ET más acertada viene contenida en el primer voto particular en el sentido de considerar que la indemnización corresponde a aquellos trabajadores cuyos contratos

pg. 31. Para GORELLI HERNÁNDEZ, la amortización en todo caso debe producirse antes de la solicitud de reingreso, vid. su trabajo *Las excedencias...*, cit., pg. 93.

83. En esta línea, la STSJ Cantabria 20-7-1989 (AS 1989, 1586) considera que, partiendo de la doctrina del TCT de la necesidad de incluir en el expediente de regulación del empleo al excedente que ha solicitado la reincorporación (doctrina que asume como mínima) cabría incluso extenderla a supuestos de tramitación previa (antes de la solicitud) del expediente de regulación de empleo, incluyendo preceptiva y expresamente en el cuadro de amortizaciones a quienes se encontrasen en el curso de una excedencia pues de otra forma se estaría atribuyendo a ésta una eficacia extintiva del empleo. Caso de no quedar incluido conservaría el derecho a la reincorporación. Sin duda afirma la necesidad de incluir en el expediente al trabajador en situación de excedencia que ha solicitado en tiempo y forma su reingreso la STSJ La Rioja 10-11-1998 (AS 1998, 4053).

84. VIDA SORIA, J.: «Suspensión del contrato de trabajo», en *Cit.*, pgs. 118-119, quien critica esta solución jurisprudencial desde su planteamiento partidario de la consideración de la excedencia voluntaria como extinción del contrato de trabajo, quien aun partiendo de este planteamiento radicalmente distinto al de la Sentencia considera que el trabajador tendría derecho a una indemnización compensatoria de los perjuicios que se derivan de la pérdida del derecho a una hipotética reincorporación a la empresa.

85. Para la mayoría de la doctrina la inclusión en el expediente de regulación de empleo (necesaria en determinados supuestos) conlleva la necesidad del reconocimiento de una indemnización, aunque puedan existir divergencias acerca del módulo a utilizar para su cálculo, aspecto que suscita no pocas interrogantes.

se extingan en virtud de expediente de regulación de empleo, sin distinguir entre los que esté en activo o los que estén con contratos en suspenso, podría incluso coincidir con la afirmación judicial de que el perjuicio no es comparable, de forma que se buscara una fórmula indemnizatoria distinta. La formulación de la Sentencia que, como hemos visto, no llena de contenido podría haber dado entrada a una cuantificación distinta de la indemnización que, sin embargo, con la regulación actual en la mano resulta difícil.

El segundo de los votos contenidos en la sentencia comentada incide en la incongruencia de la decisión mayoritaria cuando afirma sin reservas que «no están de acuerdo en que se incluya a los trabajadores en un expediente de regulación de empleo para no reconocerles el derecho a indemnización», además defiende que, mientras existan puestos de trabajo a los que se pueda acceder, debe de respetarse su expectativa legal al reingreso por remota que ésta sea.

Respecto a la cuantía indemnizatoria⁸⁶ (aspecto que no se cuestionaba en la Sentencia del Alto Tribunal), a nuestro juicio, ésta ha de ser la prevista en el artículo 51 ET o la superior pactada, teniendo en cuenta que a los efectos de su fijación no se computa el período de tiempo que el trabajador ha estado en situación de excedencia voluntaria⁸⁷. Por contra, no han faltado opiniones doctrinales que han estimado que (caso de incluirse al trabajador en el expediente de regulación de empleo) la indemnización no tiene por qué calcularse tomando referencias salariales, sino calculando el posible valor económico que tiene la pérdida de la posibilidad de ser vuelto a contratar por la empresa. Ello, además de todo, porque se podría producir un enriquecimiento sin causa, ya que siempre estaría por ver y demostrar que el trabajador hubiera decidido incorporarse en el futuro, en que tiempo lo hubiera hecho y que plaza concreta hubiera ocupado⁸⁸.

4.4. Conclusiones

En conclusión, podemos aportar las que a nuestro juicio son las líneas solutorias de la cuestión planteada que, desde luego, no se extraen con demasiada claridad de la Sentencia 25 octubre 2000. Para la Sentencia mayoritaria la extinción del contrato de trabajo previa inclusión del trabajador afectado en el correspondiente expediente de regulación de empleo, no conlleva derecho a ser indemnizado, pues no existe perjuicio alguno. Solución inaceptable en la medida en que reconocida la vigencia del contrato y la voluntad extintiva empresarial, la extinción conlleva para el trabajador el reconocimiento de los derechos económicos dimanantes de la misma. Y ello con independencia de que el cese sea total o parcial.

86. Cuestión que ciertamente no es objeto de tratamiento en la Sentencia 25 octubre 2000 (RJ 2000, 9676) comentada en la medida en que ni la cuantía indemnizatoria ni su cálculo fueron objeto de impugnación, como pone de manifiesto el primero de los votos particulares de la misma.

87. En este sentido, por todas, STS 15-3-1986 (RJ 1986, 1860). Así para la STSJ Cataluña 22-1-1998 (usada como sentencia de contraste en la que comentamos) dado que la excedencia voluntaria es suspensión y no extinción, procede el derecho a la indemnización en la cuantía legalmente establecida «ex» art. 51.8 ET pero sin incluir como años de servicio aquellos en que no se ha prestado tal servicio por estar en situación de excedencia voluntaria.

88. Opiniones de VIDA SORIA, J.: «Suspensión del contrato de trabajo», en *Cit.*, pg. 119, aunque no perdemos de vista que este autor parte de un planteamiento diametralmente distinto al que nosotros sostenemos. En el mismo sentido, ARGÜELLES BLANCO, A. R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pg. 304, considera que la indemnización no debe calcularse exactamente en los mismos términos a la correspondiente a los trabajadores en activo.

En el supuesto de cese total de la actividad (equiparando al mismo los casos de desaparición de todos los puestos de trabajo de la misma categoría o similar a la del trabajador de la empresa): la imposibilidad sobrevenida de ejercer el derecho preferente de reingreso convierte en necesaria la inclusión del trabajador en el expediente de regulación de empleo, cuya ausencia determina la nulidad del despido. Aquella inclusión comporta la extinción del contrato de trabajo «aletargado» de que es titular el trabajador en excedencia voluntaria y debe conllevar la correspondiente indemnización.

En el supuesto de cese parcial de la actividad, supuesto en el que subsiste la posibilidad (futura) de reincorporación del trabajador en una vacante adecuada, caben dos posibilidades distintas:

1. El trabajador puede no ser incluido en la lista de los afectados por el expediente, de forma que al quedar intacto su derecho preferente al reingreso no nos hallaríamos ante un supuesto de despido.

2. Por el contrario, cabe su inclusión en el expediente: habría de aplicarse el mismo régimen jurídico visto para los supuestos en que la inclusión se hace necesario. La inclusión conlleva la extinción del contrato (vivo aunque aletargado) y por ello mismo la indemnización en los términos legales o convenidos.