

Id Cendoj: 41091340012007101398
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Sevilla
Sección: 1
Nº de Recurso: 3818/2006
Nº de Resolución: 1661/2007
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD
Tipo de Resolución: Sentencia

Recurso.- 3818/06(L), sent. 1661 /07

ILTMOS. SRES.:

D. JOAQUÍN LUIS SANCHEZ CARRIÓN, Presidente

D^a. M^a ELENA DÍAZ ALONSO

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a quince de mayo de dos mil siete.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 1661 /07

En el recurso de suplicación interpuesto por D. Juan , representado por el Sr. Letrado D. José Vicente Marín Morales, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Jerez de la Frontera en sus autos núm. 154/06; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, el recurrente fue demandante contra EULEN SEGURIDAD S.A. en demanda de reingreso, se celebró el juicio y el 23 de mayo de dos mil seis se dictó sentencia por el referido Juzgado, desestimando la pretensión.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"PRIMERO. - El actor formalizó contrato de trabajo para trabajadores fijos con la demandada el día 1 de octubre de 1.979.

SEGUNDO.- La categoría del actor es **Vigilante** de Seguridad, y presta servicios en el centro de trabajo que la empresa tiene en Jerez, percibiendo una remuneración de 1,506,35 € brutos mensuales, incluido el prorrateo de pagas extras.

TERCERO. - En fecha 11 de enero de 2000 el actor comenzó el disfrute de 5 años de excedencia voluntaria, de 11-1-01 a 10-1- 06.

CUARTO.- El actor, con fecha 12 de diciembre de 2.005 solicitó la reincorporación a la empresa en puesto de igual o inferior categoría al que antes ocupaba, obteniendo como respuesta de la empresa la

desestimación de su petición por haberla efectuado fuera de plazo y por no haber vacante en su categoría.

QUINTO. - El 10-12-05 falleció el hermano del actor, quien llevaba ingresado desde el 2-12-05.

SEXTO.- Se ha presentado la papeleta de conciliación ante el CMAC."

TERCERO.- El demandante recurrió en suplicación contra tal sentencia, no siendo impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia desestimatoria de la pretensión de reconocimiento del derecho al reingreso en puesto de igual o inferior categoría al que ocupaba antes de la excedencia voluntaria, se alza el demandante por el cauce de los apartados b) y c) del *art 191 LPL*, proponiéndose redacción alternativa de los hechos probados 4º y 5º, y denunciando la infracción del *art. 48 del Convenio Colectivo* en relación con los *arts.46.2 y 46.5 ET*.

SEGUNDO.- El recurrente por el cauce procesal del ap. b) del *art. 191 LPL*, y con base en los medios de prueba, interrogatorio de parte y documental, pretende la revisión del Hecho Probado Cuarto de la sentencia recurrida a fin de que se adicione lo siguiente:

"CUARTO.-La empresa no ha acreditado cuál ha sido el destino de la plaza que ocupaba el actor, si la misma fue amortizada o qué ha ocurrido con ella. Aporta una declaración de parte, certificando la inexistencia de vacante."

Argumenta que del folio 28 se deduce que la inexistencia de vacante corresponde acreditarla a la parte demandada, debido a las dificultades que entraña que el actor pueda acceder al conocimiento de la inexistencia de vacante, alegando la infracción del *art. 217 LEC*.

La prosperabilidad de este motivo de suplicación exige: a) que la equivocación que se imputa al Juzgador a quo resulte patente, sin necesidad de llevar a cabo conjeturas o razonamientos, de documentos o pericias obrantes en los autos que así lo evidencien; b) que se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión revisoria; c) que los resultados postulados, aun deduciéndose de aquellos medios de prueba, no queden desvirtuados por otras pruebas practicadas en autos, pues en caso de contradicción entre ellas debe prevalecer el criterio del Juez de Instancia, a quien la Ley reserva la función de valoración de las pruebas aportadas por las partes; d) finalmente, que las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para resolución de las cuestiones planteadas, sin la conjunta concurrencia de estos requisitos, no puede prosperar el motivo de suplicación acogido al *apartado b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral*.

A la luz de tales asertos, ha de rechazarse la pretendida modificación del relato fáctico por cuanto el juzgador de instancia en valoración conjunta de los medios de prueba practicadas formó su convicción, sin que se evidencie error alguno en aquella valoración, pues la respuesta de la empresa a la solicitud de reingreso del actor, y que obra al f. 27 literalmente fue: "Examinado su expediente de solicitud de Excedencia voluntaria, según su petición realizada con fecha 12 de Diciembre de 2005 según nuestro registro de entrada, y siendo su petición de incorporación a su puesto de trabajo con fecha 11 de Enero de 2006, en primer lugar esta empresa tiene a bien informarle de que ha presentado dicha solicitud fuera de plazo ya que debió hacerla con un mes de antelación a su fecha de incorporación siendo esta para el 11 de Enero de 2006, y que siendo revisado su expediente ha acordado desestimar su petición por no haber vacante en su categoría, así como le comunica que no cabe conceder una nueva prórroga por haber agotado el plazo legal de 5 años, todo ello en virtud del *art. 48 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad* y el *art. 46 del Estatuto de los Trabajadores*." Y el documento del f. 28, en el que se sustenta la adición, certificación de la empresa al Juzgado, y que se aporta como medio de prueba acreditativo de la inexistencia de vacante, expresa: "Por medio de la presente ponemos en su conocimiento que con fecha 19 de Abril de 2006 esta Mercantil no tiene vacantes en el puesto de trabajo de **vigilante** de seguridad siendo los servicios de seguridad que tiene contratados hasta la fecha prestados por personal con contratos indefinidos y las nuevas adjudicaciones de contratos obtenidas desde el presente año 2006 que son realizadas con personal subrogado." La sentencia recurrida contiene en el HP 4º "El actor, con fecha 12 de diciembre de 2.005 solicitó la reincorporación a la empresa en puesto de igual o inferior categoría al que antes ocupaba, obteniendo como respuesta de la empresa la desestimación de su petición por haberla efectuado fuera de plazo y por no haber vacante en su categoría." Su simple lectura nos lleva a la conclusión ya dicha, no hay error en la valoración de los medios de prueba, documental, y lo que se desea adicionar es una conclusión valorativa que no un hecho, pues este es, en lo que afecta al objeto del

proceso, en el que se ejercita una acción de reingreso, que a la fecha de la solicitud no hay vacante de la categoría, hecho que está relatado en el ordinal al que se le pretende adicionar.

TERCERO.- Por igual cauce procesal al precedente fundamento, con base en las pruebas documentales, e interrogatorio de parte, se propone adicionar al Hecho Probado Quinto de la sentencia, con apoyo documental en el folio 96 comprensivo de que el hermano del actor falleció el Sábado día 10 de Diciembre de 2.005, siendo Festivo el día 11 de Diciembre de 2.005, lo siguiente:

"QUINTO.- "...el día del fallecimiento fue Sábado, siendo festivo el día 11 de Diciembre de 2.005." El retraso en la solicitud de reingreso esta justificada por esta causa."

Se accede a tal adición en lo referente a la fecha del fallecimiento del hermano del actor (el día del fallecimiento fue Sábado, siendo festivo el día 11 de Diciembre de 2.005) por ser relevante en el sentido de hacer más comprensibles los hechos acaecidos. El otro párrafo que se pretende adicionar es una conclusión, no un hecho, deducible fácilmente.

CUARTO.- Con amparo en el ap. c) del *art. 191 LPL* denuncia el recurrente la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, en particular, del *art. 48 del Convenio Colectivo Estatal para las empresas de seguridad de fecha 18 de Mayo de 2005 (BOE del 10 de Junio de 2005)*, en relación con los *arts. 46.2 y 46.5 del Estatuto de los Trabajadores* ; *art. 30.1) y 2) del Código Civil* y *art. 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* . Lo argumenta, en que el retraso en la solicitud de reingreso lo fue por el fallecimiento del hermano (cosa que quedó acreditado e incorporado a los hechos de la sentencia recurrida); así como que no quedó acreditado la inexistencia de vacante. Esto último no es cierto, pues en la sentencia recurrida, aunque en lugar inadecuado (en el Fundamento 2º) se recoge que "no se acredita la existencia de vacante para el actor". Es a partir de este hecho inalterado del que hay que dilucidar si se ha producido la infracción normativa denunciada.

Como en todos los casos en que concurren las circunstancias presentes, el excedente se enfrenta a la dificultad de valorar en cada caso, con sumo cuidado, cuál es la intención que se esconde tras la actitud o respuesta patronal a su solicitud de reingreso.

Como es sabido, el empresario está obligado a reincorporar al excedente voluntario siempre que éste haya ejercitado su derecho preferente en el plazo y la forma oportunos, y que, a su vez, exista en la empresa una vacante con las características que determina el *art. 46.5 ET* ; esto es, que el puesto de trabajo sea de una categoría igual o similar a aquella en la que prestaba servicios antes de pasar a esa situación. Cabe, pues, que responda al trabajador que el reingreso no puede hacerse efectivo por falta de una vacante apropiada, o también que desconozca de forma rotunda la propia relación laboral que les une. El excedente podrá entonces defenderse frente a estas respuestas o actitudes patronales, si las considera lesivas de su derecho, mediante el ejercicio de diferentes acciones. Una de ellas será la de despido.

Por consiguiente, cuando la denegación del reingreso solicitado tenga como causa la falta de vacante, el empresario no incumple ninguna obligación (STS 3 junio 1985, RJ 1985, 3337) Si realmente no hay una plaza adecuada, la decisión patronal de no readmitir, y de limitarse a tomar nota de la petición del trabajador, es ajustada a lo dispuesto por el *art. 46.5 ET* (STS 2 Dicha conducta supone, en definitiva, reconocer el derecho expectante del excedente voluntario, y tiene como efecto propiciar que la excedencia se prolongue, sin que pueda ser asimilada a un despido. Esa equiparación requiere, por contra, un acto expreso que revele de forma inequívoca la voluntad de impedir el reingreso y el desconocimiento del vínculo que continúa uniendo al empresario con el trabajador. Voluntad que no existe cuando la empresa demandada mantiene en el proceso dicha alegación y aporta prueba documental relativa a la efectiva inexistencia de plaza vacante (STS 23 abril 1993, RJ 1993, 3353) Lógicamente, en este caso el aquietamiento de este último con la respuesta patronal no faculta al empresario para negarse en el futuro a readmitirle (STS 7 febrero 1985, RJ 1985, 615) .

Pero el excedente puede entender que la apreciación por parte de la empresa de que no existe vacante apropiada es falsa o, cuando menos, errónea, que es lo que aquí acaece, pues como señala la STSJ Andalucía/Sevilla de 8 julio 1989 (AS 1989, 470) los *apartados segundo y quinto del art. 46 ET* no otorgan al empresario una facultad discrecional para admitir o denegar la readmisión del trabajador excedente según su criterio, conveniencias o necesidades, sino que obligan a darle ocupación efectiva cuando hubiera vacantes de igual o similar categoría a la suya. Deberá entonces plantear la correspondiente reclamación en vía jurisdiccional, para así hacer valer su derecho. De inmediato, surgirá la duda sobre cuál será el camino procesal idóneo para defenderlo.

Es preciso tener presente que si el contenido del derecho que conserva el excedente voluntario es la

reincorporación preferente en un puesto de igual o similar categoría, con la consiguiente reanudación de los plenos efectos de la relación laboral, éste deberá ser el objeto de la pretensión. En consecuencia, le corresponderá combatir la negativa patronal a través del ejercicio de una acción declarativa del derecho al reingreso, a la que podrá acumular otra resarcitoria, por los daños que esa negativa le ha ocasionado, suplicando también en la demanda que se adopten las medidas necesarias para lograr su efectividad. Esta acción está sujeta al plazo de prescripción de un año que establece el *art. 59.1 ET*, previsto para las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial, y, en esa medida, cuando sea la ejercitada por el trabajador, la empresa demandada no puede pretender su caducidad.

Ahora bien, cabe plantearse si ante una situación como ésta el excedente podría ejercitar también la acción de despido, habría que contestar que sí, si es constatado formalmente en juicio la existencia de la vacante. No puede olvidarse un hecho muy importante a efectos prácticos: si la Sala considerase que la denegación del reingreso se ha realizado en circunstancias tales que debe ser asimilada a un despido, desde que aquélla se produjo comenzaría a contarse el plazo de caducidad que afecta con carácter general a la correspondiente demanda. Por otra parte, la jurisprudencia consolidada, declara que la negativa empresarial al reingreso injustificada, por existir una vacante que se oculta o se ha hecho desaparecer de forma ilegal, debe interpretarse como un despido, que se calificará como improcedente. Frente a este tipo de comportamiento empresarial se admite, en suma, el ejercicio por parte del excedente voluntario de dos acciones: la de reclamación del cumplimiento del deber de reincorporarle en el puesto, que es la que aquí nos trae, y no la de despido. El trabajador debe optar por una de ellas, pues el ejercicio simultáneo de ambas sería incompatible y el sucesivo generaría la excepción de litispendencia.

Regresando a los hechos, la denegación del reingreso solicitado por el actor, ha tenido dos causas, una la "perdida" (vid acta del f. 99 vto.) de la acción de reingreso, frente a la que, ni se acciona por el actor, ni se alega por la demandada excepción procesal alguna ni se niega la existencia de vínculo contractual, pero si se acredita que no hay voluntad de abandono por la constancia de hechos coetáneos a la fecha de solicitud del reingreso; y otra la falta de vacante, y acreditada esta última, el empresario no incumple ninguna obligación (STS 3 junio 1985, RJ 1985, 3337) Si realmente no hay una plaza adecuada, la decisión patronal de no readmitir, y de limitarse a tomar nota de la petición del trabajador, es ajustada a lo dispuesto por el *art. 46.5 ET* (STS 2 Dicha conducta supone, en definitiva, reconocer el derecho expectante del excedente voluntario, y tiene como efecto propiciar que la excedencia se prolongue, sin que pueda ser asimilada a un despido. Reiteramos que esa equiparación requiere, por contra, un acto expreso que revele de forma inequívoca la voluntad de impedir el reingreso y el desconocimiento del vínculo que continúa uniendo al empresario con el trabajador. Voluntad que no existe cuando la empresa demandada mantiene en el proceso dicha alegación, alegación que reitera por dos veces en el acto del juicio (vid acta del f. 99 vto.) y aporta prueba documental relativa a la efectiva inexistencia de plaza vacante (STS 23 abril 1993, RJ 1993, 3353), como hizo con el documento del f. 28 antes analizado. En síntesis, no habiendo despido ni vacante, la consecuencia es desestimar el recurso formulado, y confirmar la sentencia recurrida, haciendo constar que estando justificada la demora en la solicitud de reingreso, mantiene vivo su derecho.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por D. Juan , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Jerez de la Frontera en sus autos núm. 154/06, en los que el recurrente fue demandante contra EULEN SEGURIDAD S.A. en demanda ejercitando acción de reingreso, y como consecuencia confirmamos dicha sentencia.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, así como que transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha quince de mayo de dos mil siete , por el lltmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe. Doy fe.