

**Breve Comentario sobre la STSJ
de Andalucía nº 130/2020, de
15 de enero**

**Ausencia de indemnización por despido
colectivo a trabajadores en excedencia
voluntaria**

.. julio 2020



ÍNDICE

- **Antecedentes**
- **Análisis**
- **Comentarios sindicales**



Antecedentes

A la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) llegó, en recurso de suplicación, la solicitud de indemnización de uno de los **trabajadores afectados por un ERE** y en situación de excedencia voluntaria.

La empresa, en el marco de un procedimiento concursal, aprueba un despido colectivo con la representación de los trabajadores y suscrito por la administración concursal. Por medio de auto se aceptó el acuerdo, aprobando las indemnizaciones correspondientes.

Dos de los trabajadores afectados por el despido colectivo se encuentran en situación de **excedencia voluntaria** aceptada por la empresa y con efectos desde 8 meses anteriores al inicio del proceso de extinción colectiva de contratos y por un periodo total de 12 meses.

A los pocos días de ser efectiva su situación de excedencia, los trabajadores comenzaron a desarrollar su actividad para otras empresas sin que recaiga en ellos pacto alguno de no concurrencia desleal ni esto contraviniera ningún texto legal o acuerdo.

El inicio del procedimiento se produce a raíz de una demanda presentada por el **Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)** contra la empresa y los trabajadores afectados y en situación de excedencia. Dicha sentencia deniega el derecho de indemnización de los trabajadores.

Análisis

La parte recurrente argumenta que la reserva de puesto de trabajo no fue negada en ningún momento por la empresa ni fue puesta en duda por la administración concursal. Además, se encontraba apenas en el octavo mes de excedencia, es decir, aún dentro del límite máximo al que se refiere el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores¹.

El TSJ de Andalucía recuerda que la doctrina asentada por el Tribunal Supremo sobre la procedencia o no de la indemnización por despido colectivo a trabajadores en situación de excedencia voluntaria es negativa en este sentido. Es decir, ha venido a **denegar el**

¹ «El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho solo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia voluntaria».



derecho de indemnización por despido colectivo a los que se encuentran en excedencia voluntaria.

Situación distinta de la de aquellos trabajadores que se encuentran en **excedencia forzosa**, a los cuales, **sí les corresponde la indemnización** por despido en caso de verse inmersos en procedimientos de extinción colectiva de contratos de trabajo.

Hay que diferenciar **el tipo de derechos** que los trabajadores ostentan por encontrarse en una situación u en otra. Es decir, los trabajadores en excedencia voluntaria son poseedores de un **derecho expectante de poder reintegrarse en la plantilla de manera preferente** (siempre y cuando haya vacantes) mientras que, los trabajadores en excedencia forzosa son poseedores de **un derecho incondicional a la reserva de puesto de trabajo**. La protección legal es claramente mayor en la esta última que en la anterior.

En palabras del TSJ:

«Debemos de tener en cuenta lo que dice al respecto el Tribunal Supremo y en este sentido, ha venido a denegar el derecho a la indemnización por despido colectivo a los que se encuentren excedencia voluntaria, cosa distinta a lo que ocurre en el caso de que se encontrara en excedencia forzosa a los cuales si le corresponde indemnización. Considera el tribunal supremo que ese derecho expectante de poder reingresar que tienen los que se encuentran en excedencia voluntaria no da derecho a indemnización por despido colectivo como se pretende.»

La STS 1088/2018 de 19 de diciembre (rec.1199/2017) expresa:

«Evidentemente no es lo mismo un derecho preferente al reingreso, condicionado a la existencia de vacantes, que un derecho incondicional a la reserva del puesto de trabajo. La cobertura de éste durante el tiempo en que opera la causa de suspensión es una cobertura interina. El desempeño de un puesto de excedente voluntario común no justifica en cambio el recurso a esta modalidad de contratación temporal. De ahí que la jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo haya apreciado diferencias sustanciales a efectos de juicio de contradicción de las sentencias de unificación de doctrina, entre las situaciones de excedencia voluntaria común y excedencia forzosa y haya calificado con frecuencia el derecho al puesto de trabajo del 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.»

Los **intereses en juego** en un tipo de excedencia y en otra llevan a un tratamiento legal diferente. **El interés que está en juego en la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario**, basado en principio para hacerlo valer con la voluntad unilateral del propio trabajador excedente. Tal es su propio interés, que el trabajador puede dedicarse a desarrollar otras actividades profesionales mientras se encuentra en excedencia voluntaria (siempre que no se prohíba la concurrencia desleal y se incurra en ella).

Por ello, ni siquiera ese puesto será cubierto con un **contrato de interinidad puesto que no existe obligación de cubrirlo y la empresa podrá, o no, realizar una contratación indefinida** o de otra índole para cubrir la vacante dejada por el trabajador excedente.

Por otro lado, los trabajadores excedentes acogidos a lo regulado en el artículo 45.1 k) –excedencia forzosa- del Estatuto de los Trabajadores se refieren a **causas específicas y cualificadas de impedimento o incompatibilidad con el trabajo** por parte del trabajador, o causas que dependen del funcionamiento de la empresa, o de la propia voluntad conjunta del empresario y trabajador. Dichas causas sí generan la reserva total del puesto de trabajo y, además, no paralizan el cómputo de la antigüedad en la empresa.

En cuanto a la **indemnización prevista** para el despido colectivo del art 51.8 ET, la finalidad es la **compensación 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 se produce cuando el trabajador está prestando servicio de manera efectiva, **o cuando conserva el derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo, pero no existe en excedencias voluntarias**.

Asegura la STJ que:

«No es lo mismo la pérdida de un puesto de trabajo que se está desempeñando y que constituye normalmente el medio de vida del trabajador, que el desvanecimiento del derecho expectante a ocupar una vacante en la empresa en la que se prestaron servicios, y de la que el trabajador se apartó, en el caso típico para el desempeño de otro puesto de trabajo o de otra actividad profesional.»

Además, se da en el presente caso las circunstancias de que sendos trabajadores comenzaron a trabajar para otras empresas a los pocos días de ser efectiva su excedencia, por lo tanto, **el hecho de que se les incluyeran en el ERE no es causa o**



motivo de justificación de la indemnización por despido puesto que no han perdido el puesto de trabajo.

Concluye la STJ que:

«En conclusión no puede ser acogida la reclamación de indemnización de despido colectivo por cierre del centro de trabajo de los demandantes, que pasaron a la situación de excedencia voluntaria común por su exclusiva voluntad, desarrollando en tal situación otras actividades profesionales.»

Comentarios sindicales

La sentencia, desde el punto de vista doctrinal, no es novedosa puesto que viene a repetir lo que el Tribunal Supremo y otros tribunales han dictaminado en varios casos² de la misma índole.

Además, se sigue la pauta que el propio artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores marca al asegurar que «*el trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa*» mientras que, en comparación, las excedencias forzosas generan «*derecho a la conservación del puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad de su vigencia*».

El tratamiento desigual a un tipo de excedencia y otro en la ley genera que, ante procedimientos judiciales, los magistrados se inclinen por dar un tratamiento diferenciado a las mismas. En el presente caso, en el contexto de unas indemnizaciones por despido.

Teniendo en cuenta que **la indemnización por despido** viene a resarcir la pérdida del puesto de trabajo, **les corresponderá únicamente a aquellos trabajadores en excedencia que verdaderamente tengan su lugar en la plantilla reservado sin ningún condicionante** y no para aquellos otros que ejerzan la opción legal que les otorga el artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Es interesante el **juego de intereses** que realiza la STJ para argumentar su decisión. Cuando un trabajador entra en **excedencia voluntaria es porque así lo ha decidido y así**

² Misma doctrina también en: SSTS 13 de noviembre de 2006 (rcud. 4487/2005 y 4489/2005), de 29 de noviembre de 2006 (rcud 4464/2005), de 11 de julio de 2013 (RCUD 2139/2012); STSJ Valencia 24 de enero de 2012 (núm. 224/2012).

lo lleva a cabo por su libre albedrío. En cambio, **la excedencia forzosa se reserva a supuestos que imposibilitan al trabajador llevar a cabo su actividad.** De ahí la reserva del puesto de trabajo y el cómputo de la antigüedad. Pero **la sentencia se olvida del juego de intereses que se da en empresas a la hora de elegir qué trabajadores se incluyen en el ERE.** Lógicamente, si pueden despedir a un trabajador sin ningún perjuicio económico la elección es clara.

La contratación de trabajadores que sustituyan al personal de la plantilla en excedencia es diferente. **En excedencias forzosas se realizarán contratos de interinidad** (cuya causa de extinción es la reincorporación del trabajador excedente) **mientras que en excedencias voluntarias la empresa será libre para contratar o no y si lo hace realizar cualquier tipo de contrato laboral.**

La amortización del puesto de trabajo que se encuentra en excedencia voluntaria puede definirse como **un despido a coste 0** siempre que no haya más trabajadores afectados. Bien es cierto que, como dice el Tribunal Supremo, el trabajador en excedencia voluntaria ostenta un derecho de preferencia a volver a ser incluido en la plantilla.

Pero se ostenta un derecho igualmente. Es decir, aun siendo un derecho menor y la protección de la excedencia voluntaria sea menor en comparación con la excedencia forzosa, **la pérdida del mismo debería generar algún tipo de indemnización o compensación al trabajador.** Sin embargo, la STJ avala facilitar que el despido de este tipo de trabajadores en el marco de un **procedimiento de despidos colectivos sea gratuito para la empresa y sin ningún tipo de resarcimiento para el trabajador.**

Así, en el caso, por ejemplo. de que una persona dedique 10 o 20 años a una empresa y decida acogerse a excedencia voluntaria, si la empresa recurriese a un procedimiento de despido colectivo, este trabajador **no recibiría ningún tipo de indemnización aun habiendo dedicado tantos años a la actividad económica de la empresa y no tener extinguida la relación laboral sino suspendida durante el tiempo que dure la excedencia.** Una prueba más de lo fácil y barato que es el despido en nuestro derecho laboral.

Es por ello que cobra importancia la representación legal y sindical de los trabajadores a la hora de negociar los despidos colectivos. Mediante la negociación a realizar en el marco del periodo de consultas del artículo 51 ET, se podría **compensar el desequilibrio producido en este tipo de casos y pactar indemnizaciones también para el personal de**

la plantilla que se encuentre en excedencia voluntaria. Siendo un derecho menor o no, sigue siendo un derecho como tal

En definitiva, la pérdida de derechos de los trabajadores no puede ser nunca a coste 0 y sin ninguna compensación para el trabajador.

Las Sentencias son parte del derecho vivo en nuestro país. En esta colección, comentamos de manera sencilla y clara las consecuencias de resoluciones judiciales de importancia, con un ánimo crítico y valorativo.