

ANTECEDENTES DE HECHO

TSJ País Vasco (Social), sec. 1ª, S 11-05-2021, nº 817/2021, rec. 674/2021

Procedimiento: Recurso de suplicación Sentido del fallo: Desestimación

PTE.: Biurrun Mancisidor, Garbiñe

La única instancia del proceso en curso se inició por Demanda y terminó por Sentencia , cuya relación de Hechos Probados , es la siguiente:

PRIMERO .-

1º.-) "D. Samuel ha venido prestando servicios para DIRECCION000 como soldador con arreglo a una **sucesión** de 22 contratos que se inicia el 4-12-2006. El centro de trabajo habitual estaba en DIRECCION002 (DIRECCION003).

La empresa reconoce una antigüedad remitida al 8-5-2017.

2º.-) El conjunto de su historial laboral al servicio de la empresa se da aquí por reproducido.

3º.-) En ocasiones, el actor debía prestar servicios en distintos centros de trabajo, siendo a menudo destinado a la estación de DIRECCION004 (plataforma de gas situada en la costa frente a DIRECCION005), en la que se mantenía confinado.

También podía ser destinado a centros de trabajo en otras CCAA.

4º.-) Los últimos salarios percibidos por el actor con anterioridad a la excedencia (octubre de 2019) alcanzan estas sumas:

Septiembre 2019 2634,35 euros

Agosto 2019 3054,23 euros

Julio 2019 2346,23 euros

Junio 2019 2859,43 euros

Mayo 2019 3406,23 euros

Abril 2019 3241,12 euros

Marzo 2019 2478,23 euros

Febrero 2019 2238,92 euros

Enero 2019 2295,76 euros

Diciembre 2018 2766,04 euros

Noviembre 2018 2489,12 euros

Octubre 2018 2766,23 euros

Total 32.575,89 euros (SDR de 89,24 euros.)

5º.-) El 16-9-2019 se interesa una excedencia voluntaria por cuidado de familiar, bajo el tenor literal que a continuación se incorpora:

"En efecto, F.V.N., de 85 años de edad, mi padre, portanto, dentro del segundo grado de consanguinidad, no puede valerse por sí mismo por razones de enfermedad muy grave, y no desempeña actividad retribuida, por lo que considero que concurren los requisitos exigibles de acuerdo a la normativa aplicable y que, por tanto, me encuentro legitimado para solicitar esta excedencia para atender a su cuidado.

Portanto, solicito mi paso a situación de excedencia por cuidado de familiares con una duración de un año, a partir del día 7/10/2019, inclusive. A su finalización, solicitaré, con la debida antelación, mi derecho de reincorporación a mi puesto de trabajo, o a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, en caso de haber transcurrido el plazo máximo aplicable."

6º.-) El padre del actor estaba atendido en la Residencia de DIRECCION006 (Bilbao).

7º.-) La empresa la concede con efectos remitidos al 7-10-2019 y por un año. El tenor de esta comunicación es el que sigue: "Examinada La

documentación aportada el pasado viernes 4 de octubre de 2019, solicitando una excedencia por cuidado de familiares, se le concede la excedencia por el motivo solicitado, desde el 7 de octubre de 2019 al 6 de octubre de 2020, estando dicha excedencia vinculada única y exclusivamente al cuidado de familiares, conforme a su solicitud y a la normativa vigente".

8º.-) El actor pasa a prestar servicios para DIRECCION003 en su centro de trabajo de DIRECCION002 (turnos rotatorios de mañana, tarde y noche) desde el 7-10-2019. Era frecuente el cambio entre trabajadores de sus respectivos turnos (con una antelación mínima de 24 horas).

9º.-) El padre del actor falleció el 22-3-2020. Este hecho fue conocido por la empresa de forma indirecta al prestar servicios el demandante para un cliente de la empleadora.

10º.-) En verano el actor llama a la empresa y se interesa por si hay trabajo, si bien indica que en ese momento percibe un salario superior para otra empleadora.

11º.-) El 6-8-2020 se solicita el regreso a la actividad, siendo ésta rechazada el 15-9-2020 bajo el tenor siguiente:

"Si bien usted solicitó su excedencia para el cuidado de familiar (su padre, según nos comunicó), la empresa ha sabido que inmediatamente después de pasar la situación de excedencia comenzó a prestar sus servicios laborales para nuestro cliente DIRECCION003, para la que ha estado trabajando hasta poco antes de solicitar su reincorporación.

En consecuencia, siendo la causa real de su excedencia de su voluntad de prestar servicios para otra empresa y no el cuidado de su padre, las condiciones de la excedencia solicitada han de ser las propias de la excedencia voluntaria que, a diferencia de la excedencia por cuidado de familiar, no le confiere reserva de puesto de trabajo sino derecho a ocupar una vacante de su categoría cuando ésta se produzca.

Por lo tanto, le comunicamos que tan pronto como se produzca una vacante de estas características se lo haremos saber para su reincorporación".

SEGUNDO .-

12º.-) La papeleta conciliatoria se interpuso el 14-10-2020, Sin que pudiera darse curso al procedimiento por causa de la pandemia".

La Parte Dispositiva de la Sentencia de Instancia, dice:

"Que, desestimando la demanda interpuesta por D. Samuel frente a DIRECCION000, en Autos 840/2020 en los que fue parte el FGS, absuelvo a la empresa de cuanto se pedía".

TERCERO .-

Frente a dicha Resolución se interpuso el Recurso de Suplicación por la - parte demandante -, DON Samuel, que no fue impugnado de contrario.

CUARTO.-

Elevados, por el Juzgado de lo Social de referencia, los autos principales, en unión de la pieza separada de Recurso de Suplicación, los mismos tuvieron entrada en esta Sala el 9 de Abril, fecha en la que se emitió Diligencia de Ordenación, acordando la formación del Rollo correspondiente y la designación de Magistrada-Ponente.

QUINTO.-

Mediante Providencia que data de igual fecha, 9 de Abril, se acordó, - entre otros extremos - que la Deliberación, Votación y Fallo del Recurso se verificara el siguiente 27 de Abril; lo que se ha llevado a cabo el día señalado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

La instancia ha dictado Sentencia en la que ha desestimado la demanda interpuesta, en reclamación por despido, por D. Samuel frente a la empresa "DIRECCION000." - en adelante, "DIRECCION001" -, en procedimiento en el que fue parte el FOGASA, absolviendo a la empresa demandada de cuanto se pedía.

Frente a esta sentencia se alza en suplicación D. Samuel.

Lo hace con base, en primer lugar, en el motivo previsto en el artículo 193. b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (EDL 2011/222121) - en adelante, LRJS - esto es, solicitando la revisión del relato de Hechos Probados contenido en aquélla.

Sabido es que el legislador ha configurado el proceso laboral como un proceso al que es consustancial la regla de la única instancia, lo que significa la inexistencia del doble grado de jurisdicción, y ha construido el Recurso de Suplicación como un recurso extraordinario, que no constituye una segunda instancia, y que participa de una cierta naturaleza casacional (Sentencia del Tribunal Constitucional 3/1983, de 25 de Enero (EDJ 1983/3)), sin que la nueva LRJS haya alterado su naturaleza.

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la Ley de Procedimiento Laboral (EDL 1995/13689), entre los que se encuentra el de la revisión de los Hechos Probados.

De ahí que el Tribunal no pueda examinar ni modificar la relación fáctica de la Sentencia de instancia si ésta no ha sido impugnada por el recurrente, precisamente a través de este motivo, que exige, para su estimación:

- a.-) Que se haya padecido error en la apreciación de los medios de prueba obrantes en el proceso, tanto positivo, esto es, consistente en que el Magistrado declare probados hechos contrarios a los que se desprenden de los medios probatorios; como negativo, es decir, que se hayan negado u omitido hechos que se desprenden de las pruebas;
- b.-) Que el error sea evidente;
- c.-) Que los errores denunciados tengan trascendencia en el Fallo, de modo que si la rectificación de los hechos no determina variación en el pronunciamiento, el Recurso no puede estimarse, aunque el error sea cierto;
- d.-) Que el recurrente no se limite a expresar qué hechos impugna, sino que debe concretar qué versión debe ser recogida, precisando cómo debiera quedar redactado el hecho, ofreciendo un texto alternativo; y,
- e.-) Que el error se evidencie mediante las pruebas documental o pericial obrantes en autos, concretamente citadas por el recurrente, excluyendo todos los demás medios de prueba, salvo que una norma atribuya a algún elemento probatorio un determinado efecto vinculante de la convicción del Juez, en cuyo caso, la infracción de dicha norma habría de ser denunciada.

En cuanto a los documentos que pueden servir de base para el éxito de este motivo del Recurso, ha de señalarse que no basta cualquiera de ellos, sino que se exige -como la Jurisprudencia ha resaltado- que los alegados tengan "concluyente poder de convicción" o "decisivo valor probatorio" y gocen de fuerza suficiente para poner de manifiesto al Tribunal el error del Magistrado de instancia, sin dejar resquicio alguno a la duda.

Respecto a la prueba pericial, cuando en el proceso se ha emitido un único Dictamen, el Magistrado lo aprecia libremente (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (EDL 2000/77463)), pero aquél puede servir de base para el Recurso de Suplicación cuando el Juzgador lo desconoció o ignoró su existencia, y lo mismo puede predicarse del caso en que, habiéndose emitido varios Dictámenes, todos ellos lo hayan sido en el mismo sentido.

En el presente caso, pretende la parte recurrente se revise el relato de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, concretamente en los siguientes extremos:

- a) la modificación del hecho probado primero para que se diga que ha prestado servicios para la demandada desde el 4 de diciembre de 2016, suprimiendo la referencia a la sucesión de 22 contratos que han vinculado a las partes y la referencia a la antigüedad reconocida por la empresa, de 8-5-2017. Pretensión que, aunque basada en el documento n.º 1 de los por él aportados -Informe de Vida Laboarl- se rechaza, dado que esta cuestión de la antigüedad es cuestión de carácter jurídico, que luego se abordará.
- b) la modificación del hecho probado quinto para que se suprima el carácter de "voluntaria" de la excedencia. Lo que se estima, pues la excedencia de referencia lo fue "por cuidado de familiar", como la propia Sentencia argumenta constantemente.

SEGUNDO.-

El artículo 193-c) de la LRJS (EDL 2011/222121) recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, "examinar las infracciones de normas sustantivas o de la Jurisprudencia", debiendo entenderse el término "norma" en sentido amplio, esto es, como toda norma jurídica general que traiga su origen en autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y, naturalmente, los Tratados Internacionales ratificados y publicados en el Boletín Oficial del Estado).

Debe matizarse, por otra parte, la referencia legal a las "normas sustantivas", en el sentido de que existen supuestos en los que la norma procesal determina el Fallo de la Sentencia de instancia, sin que pueda alegarse su infracción por la vía de la letra a) del ya precitado artículo 193 LRJS (EDL 2011/222121), lo que ocurre en los casos de cosa juzgada, incongruencia, contradicción en el Fallo y error de derecho en la apreciación de la prueba.

Ha de remarcarse también que la infracción ha de cometerse en el Fallo de la Sentencia, lo que significa que la Suplicación no se da contra las argumentaciones empleadas en su Fundamentación, sino contra la Parte Dispositiva que, al entender del recurrente, ha sido dictada infringiendo determinadas normas sustantivas, que deben ser citadas, por lo que no cabe admitir la alegación genérica de una norma, sino que debe citarse el concreto precepto vulnerado, de manera que si el derecho subjetivo contrariado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su examen, cuyo objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

Antes de entrar a analizar las denuncias de infracción jurídica que el demandante dirige frente a la Sentencia impugnada, recordaremos los hechos probados, tal como nos los proporciona la instancia, con la revisión que hemos estimado. Son los siguientes: el demandante ha prestado servicios para la demandada como soldador con arreglo a una sucesión de 22 contratos que se inicia el 4 de diciembre de 2006; en ocasiones, el actor debía prestar servicios en distintos centros de trabajo, siendo a menudo destinado a la estación de DIRECCION004 (plataforma de gas situada en la costa frente a DIRECCION005), en la que se mantenía confinado, pudiendo también ser destinado a centros de trabajo en otras CCAA; el 16 de septiembre de 2019 el demandante solicita excedencia por cuidado de familiar, por razón de su padre, de 85 años de edad, que no puede valerse por sí mismo por razones de enfermedad muy grave, y para un año, a partir del 7 de octubre siguiente; el padre del actor estaba atendido en la Residencia de DIRECCION006 (Bilbao); la empresa le reconoce la excedencia solicitada por un año, por razón de su vinculación al cuidado de familiares; el 7 de octubre de 2019 el

demandante comienza a prestar servicios para DIRECCION003 en su centro de trabajo de DIRECCION002 (turnos rotatorios de mañana, tarde y noche), siendo frecuente el cambio entre trabajadores de sus respectivos turnos (con una antelación mínima de 24 horas); el padre del actor falleció el 22 de marzo de 2020, hecho que fue conocido por la empresa de forma indirecta al prestar servicios el demandante para un cliente de la empleadora; en verano, el demandante llama a la empresa y se interesa por si hay trabajo, si bien indica que en ese momento percibe un salario superior para otra empleadora; el 6 de agosto de 2020 solicita el regreso a la actividad, siendo ésta rechazada el 15 de septiembre, alegando la empresa que, si bien había solicitado la excedencia para el cuidado de familiar, la empresa ha sabido que inmediatamente después de pasar la situación de excedencia comenzó a prestar sus servicios laborales para nuestro cliente DIRECCION003, para la que ha estado trabajando hasta poco antes de solicitar su reincorporación, por lo que la causa real no era el cuidado de su padre y, en consecuencia, las condiciones de la excedencia solicitada han de ser las de la excedencia voluntaria que, a diferencia de la excedencia por cuidado de familiar, no le confiere reserva de puesto de trabajo sino derecho a ocupar una vacante de su categoría cuando ésta se produzca, por lo que se le comunica que, tan pronto como se produzca una vacante de estas características, se lo harán saber para su reincorporación.

La excedencia por cuidado de hijo el objetivo es que el trabajo no impida la atención personal a aquel, y por ello no puede darse a este tipo de excedencia el mismo trato legal que a las otras en cuanto al mantenimiento de otro empleo

TERCERO.-

Con amparo en el precitado artículo 193-c) LRJS (EDL2011/222121), impugna la recurrente la Sentencia de instancia, alegando la infracción de lo dispuesto en el art. 56 ET (EDL2015/182832), en relación con la antigüedad postulada, y arts. 46.3, 54 y 55 ET, 25 CE (EDL1978/3879) y jurisprudencia, pretendiendo la declaración de haberse producido un despido nulo o, subsidiariamente, improcedente.

A.- SOBRE LA ANTIGÜEDAD A TENER EN CUENTA.

Pretende la parte recurrente que la antigüedad a considerar es la de 4 de diciembre de 2006, dado que en dicha fecha comenzó la prestación de servicios para la demandada, según el Informe de Vida Laboral - documento n.º 1 de suramo de prueba - y, subsidiariamente, la de 26 de julio de 2011.

Admitimos el documento invocado a estos efectos, toda vez que la instancia, en el hecho probado segundo ha tenido por reproducido el historial de la relación laboral entre las partes.

En tal sentido, hemos de estar a la jurisprudencia del TS que ha ido analizando bien distintos supuestos. Así, podemos invocar las siguientes resoluciones del alto Tribunal:

- STS de 8 de marzo de 2007 - Rcd. 175/04 -, todo el tiempo de servicio siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma;

- STS de 15 de mayo de 2015 - Rcd. 878/2014 - según la cual existe unidad del vínculo, pese a concurrir una interrupción de 45 días, interrupción durante la que, además, el trabajador había percibido prestaciones de desempleo, teniendo el TS en cuenta el tiempo de prestación de servicios anterior y posterior;

- STS de 23 de febrero de 2016 - Rcd. 1423/2014 - en la que se analiza un supuesto con una interrupción de 69 días, en un caso de reiterada contratación fraudulenta;

- STS de 7 de junio de 2017 - Rcd. 1400/2016 -, en la que se analizó un sucesión de contratos de 14 años, en la que medió una interrupción de 3 meses y 19 días, concluyéndose que la concurrencia de fraude permite mayor amplitud temporal en la valoración del plazo que deba entenderse significativo como ruptura de la unidad contractual, dado que, de otro modo, se estaría facilitando precisamente el éxito de la conducta de fraudadora;

- STS de 7 de junio de 2017 - Rcd. 113/2015 -, que se razona también que, si bien la aplicación de la doctrina esencial del vínculo exige que no haya existido una interrupción significativa entre contratos, interrupción que suele establecerse en el plazo de caducidad de la acción de despido de 20 días, pueden existir interrupciones por periodos superiores en atención a las circunstancias del caso; en el caso, la relación se mantuvo durante 14 años, la interrupción entre 2 contratos de 4 meses no supone ruptura de la doctrina esencial del vínculo;

- STS de 21 de septiembre de 2017 - Rcd. 2764/2015 -, en la que se razona que la unidad del vínculo no está ligada a la existencia de fraude de ley, pudiendo y debiendo apreciarse en la sucesión de contratos temporales perfectamente ajustados a derecho; se concluye en esta Sentencia que un paréntesis de tres meses y medio no rompe necesariamente la unidad esencial del vínculo y que si se ha trabajado el 97% del tiempo transcurrido durante doce años, existe cesión ilegal, varios contratos temporales, continuidad de funciones y un solo paréntesis inferior a cuatro meses, la unidad del vínculo se mantiene y el cómputo de la antigüedad se retrotrae al momento inicial del trabajo; en esta Sentencia se recuerdan anteriores SSTS de 8 de noviembre de 2016 - Rcd. 310/2015 - (EDJ2016/228888), de 7 de junio de 2017 - Rcd. 113/2015 (EDJ2017/115985) y 1400/2016 -, que admiten interrupción superior a 3 meses, argumentándose que no se ha de estar con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos y que no existe un tope exacto, debiendo tenerse en cuenta diferentes factores, como el tiempo total de duración de toda la relación laboral, el volumen de actividad desarrollado, el número y duración de los cortes, la identidad de la actividad productiva, la existencia de anomalías contractuales, el tenor del convenio colectivo y, en general, cualquier otro que se considere relevante a estos efectos.

- STS de 16 de octubre de 2017 - Rcd. 1203/2016 -, en la que se razona que ha de tenerse en cuenta todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma;

- STS de 16 de enero de 2018 - Rcd. 2886/2015 -, según la cual la ruptura y reanudación de los sucesivos contratos de trabajo no impiden el cómputo de todo el tiempo de servicios para el cálculo del complemento de antigüedad de los trabajadores temporales;

Finalmente, procede también traer a colación la STJUE de 4 de julio de 2006 - Asunto «Adeneler» - que interpretó el Anexo a la Directiva 99/70/CE y en la lucha contra la precariedad en el empleo, argumentando que "debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que considera que únicamente deben calificarse de sucesivos los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales".

Pues bien, llevada toda esta doctrina jurisprudencial al caso que nos ocupa, hemos de rechazar la argumentación del demandante, toda vez que, pese a la doctrina jurisprudencial referida, lo cierto es que hay interrupciones muy significativas.

En efecto, de un lado, la última interrupción se ha producido entre el 30 de noviembre de 2015 y el 8 de mayo de 2017, esto es, aproximadamente un año y medio, habiendo también con anterioridad otras interrupciones, aunque menos relevantes. La propia parte demandante, en su recurso, refiere y contabiliza los días trabajados durante todo el período que pretende tenerse en cuenta - del 4 de diciembre de 20016 al 6 de octubre de 2019 -, lo que contabiliza en 2.113 días. Teniendo en cuenta que entre ambas fechas han transcurrido unos 3.950 días, hemos de considerar que el porcentaje de prestación de servicios es del 53,49%.

Por otra parte, no se alega irregularidad alguna en ninguno de los contratos habidos entre las partes, lo que impide considerar la concurrencia de una relación de carácter indefinido por mor de lo previsto en el art. 15.3 ET (EDL 2015/182832).

Finalmente, ha de resaltarse también que en los períodos de interrupción en la contratación, particularmente el que va entre el 30 de noviembre de 2015 y el 8 de mayo de 2017, el demandante ha prestado servicios para otras empresas, lo que constituye otro argumento para no apreciar la unidad esencial del vínculo, como contrario sensu ha apreciado nuestra Sentencia de 23 de febrero de 2021 - Recurso 57/2021 -.

En definitiva, el recurso ha de ser desestimado en este motivo.

B.- SOBRE SI SE HA PRODUCIDO O NO UN DESPIDO .

La excedencia para cuidado de hijos y familiares tiene un régimen especial, regulado en el art. 46.3 ET (EDL 2015/182832), privilegiado sobre la excedencia voluntaria, conforme al cual, en el primer año, la persona trabajadora tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo, así como, en toda su duración, el cómputo del tiempo como de antigüedad, la asistencia a cursos de formación profesional y otros beneficios de seguridad social, como la asimilación de esta situación al alta y el cómputo del período como cotizado para la mayoría de las prestaciones y la protección reforzada de la nulidad en caso de despido.

Lo que tiene sentido desde el punto de vista de la finalidad de esta excedencia, esto es, la de permitir a la persona trabajadora dedicarse al cuidado de las personas referidas, sin las limitaciones que el trabajo por cuenta ajena impone a estos efectos. Finalidad que se vería totalmente frustrada si se entendiera posible que la persona trabajadora pudiera, durante el tiempo de esta excedencia, prestar servicios para otras empresas. Lo que, por el contrario, podría entenderse como válido si las condiciones de trabajo en la nueva empresa fueran distintas y permitieran compatibilizar razonablemente, a diferencia del trabajo en el que se ha situado en excedencia.

Por otra parte, es lógico y razonable que, cuando desaparece la causa que motivó esta excedencia, se produzca, bien el reingreso de la persona trabajadora, bien la transformación de tal excedencia en otra voluntaria con la correspondiente novación de su régimen jurídico.

En el caso presente, la empresa demandada alega dos tipos de razones para negar el reingreso del demandante por carecer de vacante:

- de un lado, que durante el tiempo de la excedencia ha prestado servicios para otra empresa, lo que está acreditado en los términos que la instancia recoge;

- de otro lado, que el padre del demandante, para cuyo cuidado se situó en esta excedencia, falleció el 22 de marzo de 2020, lo que la empresa conoció.

De un lado, entendemos que, no tratándose de un despido en el sentido propio del término ni haber alegado la demandada causas objetivas o disciplinarias para extinguir el contrato de trabajo, no podemos negarle la posibilidad de alegar en el acto del juicio oral nuevas causas para entender que no cabía el reingreso del demandante. Así, la alegación del fallecimiento de su padre no resulta, a estos efectos, extemporánea ni rebasa los límites de lo que podía alegar tras haber respondido al demandante en su día que no cabía el reingreso por no haber vacante y porque su excedencia fue, en realidad, una excedencia voluntaria ordinaria por las razones antedichas.

De otro lado, entendemos que la demandada tiene razones para negar el reingreso del demandante.

Y ello, por cuanto que, de entrada, la excedencia por cuidado de familiar no pudo considerarse tal, al haber comenzado a prestar servicios el mismo día para otra empresa sin que consten acreditadas condiciones de trabajo distintas o que le permitieran tener una mejor disponibilidad para atender a los cuidados de su padre, constando, por otra parte, que el propio demandante manifestó a la demandada que venía percibiendo salario superior para otra empresa.

De otro lado, el fallecimiento del padre del demandante el 22 de marzo de 2020 hizo que desapareciera la causa de la excedencia, por lo que el demandante debió haber pedido en ese momento su reingreso, lo que no hizo, y continuó en la situación de suspensión del contrato, que, a partir de dicho momento, debemos entender novada en una situación de excedencia voluntaria ordinaria, con su propio régimen jurídico, al carecer de causa la excedencia por cuidado de familiar. A lo que no obsta que la empresa hubiera conocido anteriormente, aunque en fecha no determinada, el fallecimiento del padre del trabajador, pues no venía la empresa obligada - ni facultada - a solicitar el reingreso del demandante ni a comunicarle ninguna modificación en la naturaleza de la excedencia, estando residenciadas tales posibilidades únicamente en la voluntad del actor.

De ahí que la negativa empresarial al reingreso, dada la inexistencia de vacante, no pueda considerarse despedido.

CUARTO.-

En consecuencia, se desestima definitivamente el recurso y se confirma la Sentencia de la instancia.

No procede hacer declaración sobre costas por gozar la parte recurrente vencida del beneficio de justicia gratuita (artículos 235-1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción (EDL 2011/222121) Social y 2.d) de la Ley 1/1.996, de 10 de Enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita).

FALLO

Que desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por DON Samuel, frente a la Sentencia de 16 de Diciembre de 2020 del Juzgado de lo Social n.º 6 de Bilbao, en autos nº 840/20, confirmando la misma en su integridad.

Notifíquese esta Sentencia a las partes litigantes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el mismo día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

Igualmente y en todo caso, salvo los supuestos exceptuados, el recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-0674-21.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-0674-21.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL ILMO. SR. MAGISTRADO D. JOSÉ LUIS ASENJO PINILLA, EN EL RECURSO 674/2021, EN BASE A LOS ARTS. 206 Y 260 L.O.P.J., APOYÁNDOME EN LOS ARGUMENTOS QUE PASO A EXPONER:

Discrepo respetuosamente de la sentencia mayoritaria aceptada por la Sala, de la que pese a sus ponderados, razonados y atrayentes alegatos me separo, mostrando mi discrepancia a través de los presentes Fundamentos.

PRIMERO. - Coincido con el criterio de la mayoría respecto a las modificaciones que la parte actora articula, tomando como referencia el art. 193.b), de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (EDL 2011/222121) (LRJS). Afecta y en concreto, a los hechos probados primero y quinto de la resolución de instancia.

SEGUNDO.- Los siguientes motivos de Suplicación del trabajador los sustenta en el apartado c), del art. 193, de ese mismo Texto legal.

El primero de ellos le sirve para denunciar como vulnerado el art. 56, del Estatuto de los Trabajadores (EDL 2015/182832) (ET); puesto en relación con la jurisprudencia del TS, de la que se hace eco la resolución de 23-2-2016.

Igualmente confluye con lo que se argumenta por la mayoría de la Sala en relación a las objeciones formuladas respecto la sentencia recurrida.

TERCERO.- La última de las alegaciones del Sr. Samuel le sirve para denunciar que se ha vulnerado el art. 56, del ET (EDL 2015/182832); puesto en relación con los arts. 46.3 y 54, de ese mismo Texto, con el art. 25 de la Constitución (EDL 1978/3879) y con la jurisprudencia de la reseña la resolución de 21-10-2013.

Desde un principio diré que la conducta de la empresa es calificable como constitutiva de un auténtico despido.

No obstante y en cualquier caso, discrepo de la reconversión procesal adoptada por el Juzgador de instancia y de acuerdo al art. 102.2, de la LRJS (EDL 2011/222121). Así, entiendo que la decisión de transformarlo en un proceso ordinario, es incluso, incongruente con lo que es su posterior argumentación, o mejor dicho, su conclusión.

A tal efecto, lo que a juicio del Magistrado habría de discutirse por mor de dicha reconversión, es "si el trabajador ostentaba o no derecho al reingreso en la fecha que se produjo la solicitud". Sin embargo, ninguna referencia efectúa y como entiendo que sería preceptivo para salvaguardar su teoría, a que DIRECCION000. (DIRECCION001, en adelante) carecía de vacante alguna respecto a la categoría del actor en el mes de septiembre de 2020, cuando así le comunicó, e incluso seguía sin tenerla al momento del acto de juicio y para ser mínimamente coherente con la carencia invocada. Carga de la prueba que correspondía a la empleadora y que desde luego no habría satisfecho.

CUARTO.- Tras esa consideración y a la par suficiente para estimar la demanda, me centraré a continuación en otras cuestiones y ya desde el punto de vista de la acción por despido en su momento interpuesta.

Al Sr. Samuel se le reconoció una excedencia por cuidado de familiares - art. 46.3, párrafo segundo, del ET (EDL 2015/182832)-, y por un año de duración -hecho probado séptimo-. Excedencia que tiene un perfil propio tal como se infiere del precepto que acabo de mencionar y a su vez claramente diferenciada de la voluntaria en sentido estricto -nums. 2 y 5, del art. 46, del ET (EDL 2015/182832)-. O sea, el trabajador ejercitó un derecho contemplado normativamente y con un perfil muy característico.

De entre los rasgos que lo diferencian resalto y por su importancia en este litigio, que la excedencia que tiene origen en el cuidado de familiares conlleva el derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Por ende, determina la obligación empresarial de reintegrarle al trabajo una vez que finalice el periodo anual de referencia; sin excusa alguna. Mientras que solo existe dicha obligación en la voluntaria si la empresa dispone de una vacante de igual o similar categoría.

Ese derecho y en los términos empresarialmente asumidos, se mantiene inalterable durante su duración. No cambia su naturaleza salvo que las partes así lo decidan expresa y voluntariamente. Es decir proceda a su novación - arts. 1203 a 1208, especialmente, del Código Civil-. Pero no es el caso. No se demuestra por quien procedió unilateralmente a modificar esa naturaleza; es decir la empresa. Tampoco puede presumirse -TS, Sala de lo Civil, resolución de 29-1-1999-.

Sin embargo, DIRECCION001 y luego se convalida judicialmente, decide alterar unilateralmente lo acordado en su momento y en su propio beneficio. Decisión que tiene lugar al estimar que ya no se está en presencia de una excedencia por cuidado de su padre, sino voluntaria, Conducta que tal como se produjo carece de cualquier amparo legal.

No altera lo anterior una serie de circunstancias que se produjeron durante la excedencia y que después comentaré. Las mismas no son novatorias. Pueden tener otra dimensión, pero, insisto, nunca modificar la naturaleza de la excedencia al no existir la necesaria confluencia de los hoy litigantes.

El Juzgador entiende como definitorio para avalar la decisión empresarial, que el padre del actor falleciera en el mes de marzo de 2020 y el Sr. Samuel siguiera disfrutando de la excedencia hasta su finalización -ordinales noveno y undécimo-; sin darla automáticamente por finalizada. Sin embargo, lo primero a resaltar es que la sentencia de instancia modifica el debate admitiendo alegaciones distintas y a la par sustanciales, por parte DIRECCION001 en la vista oral. Así, atendiendo a la propia versión empresarial, la causa que le había llevado a la transformación de la excedencia en voluntaria era solo y exclusivamente, su prestación de servicios en una empresa distinta y nada más -hecho probado undécimo-. Luego tal evento era lo único debatible en este proceso. No obstante, la resolución de instancia no le concede virtualidad argumentativa pues tampoco la analiza en momento alguno -cuarto fundamento de derecho-.

QUINTO.- Sin perjuicio de lo anterior y los fines meramente dialécticos, que tales eventos hayan acaecido durante el periodo de excedencia, lo cual por demás es cierto -ordinales octavo y noveno-, no cambian mi conclusión.

En ese orden de cosas, si la empleadora y que recuerdo conoció de esos dos eventos -vuelvo a esos dos ordinales y ahora añado el décimo-, con anterioridad a su carta de septiembre de 2020, entendía que eran constitutivas de un ilícito laboral, cuestión ajena a este procedimiento, podía haber reaccionado en ese sentido.

Pero no lo hizo conforme a la correspondiente normativa; no impuso una sanción de las legalmente previstas. Acudió por el contrario a una totalmente novedosa y sin rango legal o convencional alguno. La sanción aquí impuesta fue la reconversión de una excedencia que lleva aparejada toda una serie de derechos -la de cuidado de un familiar-, a otra donde estos disminuyen sensiblemente -la voluntaria-. Infringe de esa manera y, entre otros, el art. 25.1, de la Constitución (EDL 1978/3879).

SEXTO.-La última cuestión que resta por dilucidar es la calificación a dar al despido, ya que el Sr. Samuel defiende su nulidad con carácter prioritario.

Declaración a la que ha de accederse visto lo establecido en el apartado b), del art. 55.5, del ET (EDL2015/182832). Las consecuencias de esta declaración serán a su vez las previstas en el num. 6, de ese mismo precepto. Sin imposición de costas.

Así, por este mi Voto Particular, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leído y publicado ha sido el Voto Particular emitido por el Ilmo. Sr. Magistrado DON JOSE LUIS ASENJO PINILLA, junto con la Sentencia de la que previene el mismo, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fé.