

Resumen

La Sala desestima los recursos de casación para la unificación de doctrina planteados por las actoras frente a sentencia recaída en autos sobre reclamación de cantidad contra Cruz Roja Española. La cuestión se concreta en el derecho a la indemnización por despido económico de los trabajadores en excedencia voluntaria común. El TS señala que la finalidad de la indemnización del despido prevista en el art. 51,8 ET 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 le proporcionaba, daño que se produce cuando el trabajador está prestando servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo, pero no existe o por lo menos no es comparable al anterior, cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso "expectante", en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes. Es el trabajador que se contrató para ocupar el puesto de trabajo en excedencia, concluye el Tribunal, el que tendrá derecho a la indemnización por la pérdida del mismo cuando éste se amortice, y no quien estando excedente por propia decisión no ha podido reingresar en la empresa precisamente porque ha cesado la actividad de ésta en la que había prestado servicios inicialmente. Formula voto particular el Magistrado Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Juan Francisco García Sánchez. Formulan voto particular concurrente el Magistrado Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. D. Fernando Salinas Molina, D. Joaquín Samper Juan y D. Bartolomé Ríos Salmerón.

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	5
VOTO PARTICULAR	5

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

POR CAUSAS OBJETIVAS

Amortización de puesto de trabajo; causas económicas, organizativas, etc.

REGULACIÓN DE EMPLEO

DESPIDO COLECTIVO

De toda la plantilla

SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

EN GENERAL

CAUSAS

Otras

Excedencias

Cuestiones generales

Voluntaria

En general

Normativa aplicable durante la situación

Efectos

En general

Reincorporación

Retribución del trabajador reincorporado

Indemnización por no readmisión

Existencia de vacantes

Amortización de puestos de trabajo

FICHA TÉCNICA

Procedimiento: Recurso de casación para la unificación de doctrina

Legislación

Cita RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Cita Ley 3/1989 de 3 marzo 1989. Ampliación del Permiso por Maternidad y Medidas de Igualdad en el Trabajo

Jurisprudencia

Cita STS Sala 4ª de 28 octubre 1998 (J1998/25357)

Cita STS Sala 4ª de 26 junio 1998 (J1998/11390)

Cita STSJ Cataluña Sala de lo Social de 22 enero 1998 (J1998/6225)

Cita STS Sala 4ª de 6 noviembre 1997 (J1997/21266)

Cita STC Sala 1ª de 3 octubre 1994 (J1994/9196)

Cita STS Sala 4ª de 21 febrero 1992 (J1992/1652)

Cita STS Sala 4ª de 28 abril 1987 (J1987/3356)

Cita STS Sala 4ª de 18 julio 1986 (J1986/5255)

Bibliografía

Comentada en "Crónica de la Jurisprudencia. Sala 4ª del Tribunal Supremo. 2000-2001"

Citada en "Flexibilidad laboral"

Citada en "Efectos laborales y de Seguridad Social de los expedientes de regulación de empleo"

Citada en "ERE suspensivo y despidos por causas objetivas. Foro abierto"

Definiciones

suspensión del contrato de trabajo

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Octubre de dos mil.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por el Letrado D. Esteban Ceca Magan en representación de Dª Ana y D. Juan y por la Procuradora Dª Concepción Calvo Meijide, en representación de Dª Antonia y Dª Remedios, contra la sentencia de fecha 19 de junio de 1998 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, resolviendo el debate planteado en suplicación, contra la sentencia dictada en el recurso de igual clase, formulado por la entidad Cruz Roja Española, por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Tarragona en autos promovidos por D. Juan, Dª Esther, Dª Antonia, Dª Remedios y Dª Ana contra la referida Entidad, sobre reclamación de cantidad. Se ha personado ante esta Sala en concepto de recurrido el Procurador D. Francisco Abajo Abril, en representación de la entidad Cruz Roja Española.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 19 de junio de 1998 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Fallamos: Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación del "Hospital C." de Tarragona" contra la sentencia dictada el 30 de junio de 1997 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de dicha Capital en autos seguidos ante el mismo bajo núm. 333/96 a instancia de D. Juan, Dª Esther, Dª Antonia, Dª Remedios y Dª Ana sobre reclamación de cantidad, debemos revocar y revocamos íntegramente dicha resolución y desestimando la pretensión deducida por los actores en su demanda debemos declarar y declaramos no haber lugar a la misma absolviendo de dicha pretensión a la demandada recurrente".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia dictada el 30 de junio de 1997 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Tarragona, contenía los siguientes hechos probados:

"1º. Los cinco demandantes se hallan vinculados con Cruz Roja Española mediante contrato de trabajo, cuyo contenido sobre antigüedad, categoría profesional y salario/mes en la fecha en que solicitaron la excedencia voluntaria es el siguiente:

- D. Juan, desde 8-6-89 hasta 8-4-91, fecha en que inició la situación de excedencia voluntaria, Director Administrativo y 301.120 pesetas.

- Dª Esther, desde 1-3-88 hasta 28-2-91 fecha en que inició la excedencia voluntaria, Diplomada en Enfermería y 154.983 pesetas.

- Dª Antonia, desde 1-5-80 hasta 30-5-91, fecha en que inició la excedencia voluntaria, Diplomada en Enfermería y 175.984 pesetas.

- Dª Remedios, desde 1-2-80 hasta 31-5-91 fecha en que inició excedencia voluntaria, Diplomada en enfermería y 176.210 pesetas.

- Dª Ana, desde 2-1-87 hasta 2-2-93 fecha en que inició excedencia voluntaria, diplomada en Enfermería y 254.884 pesetas.

2º. Con efectos a partir del 19-1-96 el Departamento de Trabajo autorizó la extinción de numerosos contratos de trabajo de la empresa Cruz Roja, previo expediente de regulación de empleo; dentro del expediente se hallan las relaciones laborales de las codemandantes.

3º En el Expediente de regulación de empleo se fijó como indemnización pactada con los representantes de los trabajadores 37 días de salario por año trabajado, con el límite de 18 mensualidades.

4º. Cruz Roja ha negado a los codemandantes el pago de la indemnización cuantificada en el apartado anterior.

5º. Los codemandantes se hallaban en situación de excedencia voluntaria cuando sus contratos quedaron extinguidos consecuencia del E.R.E."

La parte dispositiva de esta sentencia dice: "Fallo: Estimo la demanda formulada contra la empresa Cruz Roja Española a quien condeno a pagar a los codemandantes las cantidades siguientes: a D. Juan 696.164 pesetas.,- a Dª Esther, 557.509 pesetas a Dª Antonia, 3.167.712 pesetas.

- a Dª Remedios, 3.171.780 pesetas y a Dª Ana, 1.912.322 pesetas".

TERCERO.- El Letrado el Letrado D. Esteban Ceca Magan en representación de Dª Ana y D. Juan y por la Procuradora Dª Concepción Calvo Meijide en representación de Dª Antonia y Dª Remedios, prepararon recursos de casación para la unificación de doctrina contra meritada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y, emplazadas las partes, y remitidos los autos, formalizaron en tiempo y forma el trámite de interposición de los recursos. En primer recurso aludido, señala y aporta como sentencia contradictoria con la hoy impugnada la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 29 de enero de 1994 y en el segundo la dictada por la misma sala el 22 de enero de 1998 EDJ 1998/6225 ; a continuación aducen lo que estiman oportuno sobre el quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de la jurisprudencia.

CUARTO.- Evacuado el traslado conferido; por el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso.

QUINTO.- Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 9 de mayo de 2000, extendiéndose la deliberación de esta resolución en el día señalado y en fecha 23 del propio mes de mayo. Concluida la deliberación, el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López y el Magistrado Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero señalaron que no compartían la decisión mayoritaria de la Sala y que formularían votos particulares, por lo que se encomendó la redacción de la ponencia al Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Martín Valverde.

SEXTO.- Por Providencia de fecha 11 de julio de 2000, se suspendieron los actos de votación y fallo señalados, quedando los autos pendientes de nuevo señalamiento.

SEPTIMO.- Por Providencia de fecha 18 de septiembre de 2000, se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 18 de octubre de 2000, en Sala General, la cual estará formada por todos los integrantes de la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión planteada en los recursos de casación para unificación de doctrina acumulados en esta causa consiste en determinar si los trabajadores que se encuentran en la situación de excedencia voluntaria común prevista en el art. 46.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) EDL 1995/13475 tienen derecho por ministerio de la ley 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. Las circunstancias concretas del caso con relevancia para la fundamentación de la presente resolución, son las siguientes:

a) El expediente de regulación de empleo que ha autorizado la extinción del contrato de trabajo de los actores ha afectado al "Hospital C." de Tarragona, centro sanitario que estuvo en funcionamiento hasta los primeros meses de 1996.

b) La resolución del expediente ha autorizado la extinción de todas las relaciones individuales de trabajo existentes en el mismo.

c) Los demandantes, que habían pasado con anterioridad a la situación de excedencia voluntaria y habían permanecido en la misma por propia decisión, figuran en la lista de trabajadores afectados por el expediente.

La sentencia recurrida ha dado una respuesta negativa a la cuestión en litigio, mientras que las sentencias aportadas para comparación en los dos recursos acumulados interpuestos por los actores han llegado a la solución contraria. Los supuestos litigiosos de las sentencias de contraste vienen a ser sustancialmente iguales, como se verá a continuación.

La sentencia aportada para comparación en el recurso de Dª Antonia y Dª Remedios es la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el día 22 de enero de 1998 EDJ 1998/6225 . La Sala de suplicación se inclinó en este litigio en favor del derecho a la indemnización de despido colectivo de una trabajadora, que se encontraba en excedencia voluntaria en el "Hospital C." de Tarragona, y que había sido despedida con base en autorización administrativa de despido colectivo acordada en el mismo expediente de regulación de empleo que ha afectado a los actores hoy recurrentes. La contradicción de sentencias existe, por tanto, sin que tal calificación quede enervada por el hecho de que el debate de esta sentencia de contraste se haya centrado en problemas de cálculo de la indemnización de despido. Es evidente que la discusión de dichos problemas de liquidación de la indemnización se apoya en el presupuesto lógico del reconocimiento de la misma, con lo que hay que llegar a la conclusión de que las decisiones de las resoluciones comparadas son divergentes en la cuestión controvertida.

La sentencia de contraste en el recurso de Dª Ana y de D. Juan es la dictada por el propio Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el 29 de enero de 1993. En virtud de ella la Sala de lo Social de dicho Tribunal reconoció a una trabajadora en situación de excedencia voluntaria la indemnización correspondiente a un despido colectivo autorizado en la resolución de un expediente de regulación de empleo. La excedencia voluntaria enjuiciada en el caso no era en esta sentencia de contraste una excedencia voluntaria común, justificada en abstracto por el interés personal o profesional del trabajador excedente, sino que se trataba de una excedencia voluntaria especial por maternidad. El régimen legal de esta excedencia voluntaria especial por maternidad es, a partir de la Ley 3/1989 de 3 de marzo EDL 1989/12486 , distinto del de la excedencia voluntaria común en lo que concierne a los derechos de la madre excedente de reingreso

preferente y reserva de puesto de trabajo; lo que, ciertamente, podría haber impedido la apreciación de la identidad de los fundamentos de las sentencias comparadas. Pero hay que tener en cuenta que la sentencia de contraste enjuicia unos hechos anteriores a la entrada en vigor de la referida ley 3/1989 EDL 1989/12486 , que es precisamente la disposición legal que ha iniciado el tratamiento peculiar de la excedencia por maternidad respecto de los referidos derechos profesionales de reanudación del trabajo. Cabe también, por tanto, apreciar la contradicción en este recurso acumulado.

SEGUNDO.- La solución de la cuestión controvertida más ajustada a derecho es la que contiene la sentencia impugnada, por lo que el recurso ha de ser desestimado. Así lo ha entendido también el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe.

Teniendo en cuenta el desarrollo del debate procesal en esta causa, el razonamiento en apoyo de la posición de la Sala debe atender en primer lugar a los términos de los preceptos legales relativos a la excedencia voluntaria, y a los que guardan con ellos una conexión sistemática. El segundo paso del razonamiento, construido sobre la base del anterior, pondrá en conexión la configuración de la situación de excedencia voluntaria común en el ordenamiento laboral vigente con la finalidad de la norma legal sobre indemnización de despido.

TERCERO.- El Estatuto de los Trabajadores (ET) EDL 1995/13475 regula en artículos separados "las causas y efectos de la suspensión" del contrato de trabajo (art. 45 ET EDL 1995/13475) y de las "excedencias" (art. 46 ET EDL 1995/13475). La enumeración de causas de suspensión es una enumeración tasada o exhaustiva, en la que figuran numerosos avatares o incidencias atinentes bien a la vida personal o profesional del trabajador, bien al funcionamiento de la empresa. El denominador común de las causas de suspensión es, con excepción de la enunciada en el primer renglón de la lista (a Mutuo acuerdo de las partes), el acaecimiento sobrevenido de una incompatibilidad, incapacidad, imposibilidad o impedimento para la ejecución del trabajo.

El régimen legal de la suspensión del contrato de trabajo del art. 45 del ET EDL 1995/13475 se caracteriza, desde el punto de los efectos o consecuencias jurídicas que se anudan a los supuestos suspensivos, por la exoneración de "las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo". De acuerdo con el significado que se ha atribuido de manera generalizada por parte de la doctrina al instituto de la suspensión, la jurisprudencia y la doctrina judicial han venido interpretando este precepto en el sentido que sugiere su formulación literal. En consecuencia, mientras perduran las causas de suspensión se mantiene la exoneración de las obligaciones principales del contrato de trabajo, y una vez que desaparecen las situaciones o incidencias impeditivas de la ejecución del trabajo o incompatibles con la misma se reactivan automáticamente tales obligaciones. Con las debidas adaptaciones, esta doctrina es sin duda de aplicación a la suspensión por mutuo acuerdo de las partes o pacto de suspensión temporal.

La suspensión del contrato de trabajo regulada en el art. 45 del ET EDL 1995/13475 se configura así como una vicisitud de la relación contractual en la que el trabajador tiene derecho a conservar el puesto de trabajo y el empresario deber de reserva del mismo. A lo largo de la situación suspensiva el puesto de trabajo podrá ser desempeñado por otro trabajador de la empresa o por otro trabajador contratado para ocuparlo. Pero la relación contractual en suspenso recupera su plenitud en el momento en que desaparece la causa suspensiva. De ahí que la ley haya previsto expresamente como una de las causas justificadas de contratación de trabajadores por tiempo determinado la sustitución de "trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo" (art. 15.c. del ET EDL 1995/13475).

Uno de las causas de suspensión del contrato de trabajo de la lista del art. 45 del ET EDL 1995/13475 es la "excedencia forzosa", inclusión que concuerda sin dificultad alguna con la regulación de la misma en el art. 46.1 del ET EDL 1995/13475 . La excedencia forzosa se caracteriza en este precepto como una causa de incompatibilidad material con el trabajo o imposibilidad de la ejecución del trabajo ("designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo"), y el rasgo más destacado de su regulación es el derecho del excedente forzoso "a la conservación del puesto".

Netamente distintos son, en cambio, los supuestos y el régimen jurídico de la excedencia voluntaria. Ciñéndonos a lo que venimos llamando "excedencia voluntaria común", que es la que está en cuestión en el presente litigio, la causa de la misma no es objeto de especificación en el art. 46.2 del ET EDL 1995/13475 , que se limita a reconocer el derecho del trabajador "con al menos una antigüedad en la empresa de un año" a que "se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria". Ello equivale a decir que cualquier interés personal o profesional del trabajador puede justificar esta modalidad de excedencia, siempre que sea compatible con las exigencias de la buena fe contractual. En buena parte de los casos, como observa atinadamente la sentencia de suplicación impugnada, los períodos de excedencia se utilizan por los trabajadores como medio legítimo de promoción o experiencia profesional en otro trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena.

El núcleo principal del régimen jurídico de la excedencia voluntaria común se encuentra en el precepto del art. 46.5 del ET EDL 1995/13475 , donde se afirma 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". Se trata con toda seguridad de un derecho profesional distinto al que se reconoce en las situaciones suspensivas del art. 45 del ET EDL 1995/13475 . 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. 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 de lo Social del Tribunal Supremo haya apreciado diferencias sustanciales, a efectos del juicio de contradicción de las sentencias de unificación de doctrina, entre las situaciones de excedencia voluntaria común y excedencia forzosa (STS 6-11-1997 EDJ 1997/21266), y haya calificado con frecuencia el derecho al puesto de trabajo del excedente voluntario común como un derecho potencial o "expectante" (por todas, STS 18-7-1986 EDJ 1986/5255), y no como un derecho ejercitable en el acto o momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso.

Este tratamiento legal diferenciado de la suspensión del art. 45 del ET EDL 1995/13475 y de la excedencia voluntaria común del art. 46.2 del ET EDL 1995/13475 encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otra. El interés que está en la base de la situación de excedencia voluntaria común es genéricamente el interés personal o profesional del

trabajador excedente voluntario, bastando en principio para hacerlo valer con la voluntad unilateral del propio trabajador excedente. Siendo ello así, no parece razonable conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya y del propio interés de la empresa. Las situaciones de suspensión del art. 45 del ET EDL 1995/13475 se refieren, en cambio, o bien a causas específicas y cualificadas de impedimento o incompatibilidad con el trabajo por parte del trabajador, o bien a causas que dependen del funcionamiento de la empresa o de la propia voluntad conjunta de trabajador y empresario.

CUARTO.- Las consideraciones anteriores sobre los institutos jurídico-laborales de la suspensión y de la excedencia permiten abordar en mejores condiciones la cuestión concreta del derecho o no a la indemnización por despido económico de los trabajadores en excedencia voluntaria común.

Como dice la sentencia recurrida, en argumento que acoge el dictamen del Ministerio Fiscal, la finalidad de la indemnización del despido prevista en el art. 51.8 del ET EDL 1995/13475 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 servicios de manera efectiva, o cuando conserva el derecho a reserva de puesto tras un paréntesis suspensivo, pero no existe o por lo menos no es comparable al anterior, cuando el derecho del trabajador es sólo un derecho de reingreso "expectante", en el que la ocupación del puesto de trabajo está condicionada a la existencia de vacantes. Es en su caso el trabajador que se contrató para ocupar el puesto de trabajo en excedencia el que tendrá derecho a la indemnización por la pérdida del mismo cuando éste se amortice, y no quien estando excedente por propia decisión no ha podido reingresar en la empresa precisamente porque ha cesado la actividad de ésta en la que había prestado servicios inicialmente. El argumento de analogía en que se centra el escrito del recurso de D^a Antonia y D^a Remedios no puede prosperar a la vista de cuanto se acaba de decir. 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.

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.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Desestimamos los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por D^a Ana, D. Juan, D^a Antonia y D^a Remedios, contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 19 de junio de 1998, en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada el 30 de junio de 1997 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Tarragona, en autos seguidos a instancia de D. Juan, D^a Esther, D^a Antonia, D^a Remedios y D^a Ana, contra Cruz Roja Española, sobre reclamación de cantidad.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Luis Gil Suárez.- Aurelio Desdentado Bonete.- Víctor Fuentes López.- Antonio Martín Valverde.- Manuel Iglesias Cabero.- Mariano Sampedro Corral.- Fernando Salinas Molina.- Luis Ramón Martínez Garrido.- José María Botana López.- Gonzalo Moliner Tamborero.- Juan Francisco García Sánchez.- Joaquín Samper Juan.- Jesús Gullón Rodríguez.- Arturo Fernández López.- Bartolomé Ríos Salmerón.- Jesús González Peña.

VOTO PARTICULAR

Voto Particular que emite el Magistrado Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López, al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Juan Francisco García Sánchez, respecto de la sentencia de fecha 25 de octubre de 2000, recaída en el Recurso núm. 3606/1998, dictada en Sala General.

Muestro mi discrepancia del criterio mayoritario de la Sala en virtud de las siguientes consideraciones:

PRIMERA.- La cuestión básica controvertida estriba en determinar si la situación de excedencia voluntaria es o no una causa de suspensión del contrato; y si la respuesta fuera afirmativa, si los excedentes voluntarios que ven extinguidos los contratos en virtud de un expediente de regulación de empleo, tienen derecho a percibir las indemnizaciones pactadas en el mismo. El artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 relaciona diversas causas de suspensión del contrato de trabajo. Característica común de todas ellas es que el contrato no se extingue, sino que suspende sus efectos básicos de prestar el trabajo y pagar los salarios; además de que puedan existir efectos adicionales según sea la causa de la suspensión.

Aunque el artículo 45.1 K EDL 1995/13475 únicamente prevé de modo expreso como causa de suspensión la excedencia forzosa es mayoritaria la doctrina en el sentido de considerar que también lo es la excedencia voluntaria, si bien sus efectos adicionales son distintos en cuanto que aquella determina la reserva del puesto de trabajo y ésta sólo un derecho preferente a las vacantes que se produzcan en la empresa (artículo 46.5 EDL 1995/13475).

Se debe seguir tal criterio por las siguientes razones:

a) De carácter sistemático, puesto que la excedencia voluntaria en su modalidad común (artículo 46.2 EDL 1995/13475) y lo mismo en su modalidad de cuidado de hijos durante el segundo y tercer año (artículo 46.3 EDL 1995/13475) como en el caso de desempeño

de funciones sindicales representativas de ámbito provincial o superior (artículo 46.4 EDL 1995/13475) se regulan dentro de la misma sección del Estatuto de los Trabajadores que lleva por epígrafe "suspensión del contrato".

b) El hecho de que el excedente voluntario no tenga derecho como el forzoso a reserva del puesto de trabajo, no obsta a esa calificación suspensiva puesto que la reserva es sólo un efecto normal, pero no esencial de la suspensión; el efecto esencial y básico es el ya indicado expresado en el artículo 45.2 EDL 1995/13475 , que también afecta obviamente a la excedencia voluntaria. Y el artículo 48 EDL 1995/13475 , contempla la posibilidad de que la citada reserva pueda faltar también en otras causas de naturaleza claramente suspensiva.

c) Numerosos convenios colectivos imponen al excedente voluntario el cumplimiento de ciertos deberes de buena fe (no hacer competencia desleal, etc.); imposición que carecería de sentido sí el contrato no estuviese suspendido.

d) Otra razón que ratifica el anterior criterio es la reiterada doctrina de esta Sala expresiva de que constituye despido -figura que sólo es predicable de un contrato de trabajo que esté vivo- la negativa expresa, categórica e incondicionada de la empresa a readmitir a un excedente voluntario, una vez concluida esta situación y no basada en la inexistencia de vacantes o siempre que se acredite la realidad de las mismas; en tal sentido, sentencia de 16 de febrero de 1987 y de 21 de febrero de 1992 EDJ 1992/1652 y de 26 de junio EDJ 1998/11390 y 28 de octubre de 1998 EDJ 1998/25357 , entre otras. La referida sentencia de 21 de febrero de 1992 EDJ 1992/1652 , con remisión a otras anteriores, admite de modo expreso que "la situación de excedencia voluntaria es un motivo de suspensión del contrato de trabajo, que no afecta a su vigencia, que permanece". Y la también mencionada sentencia de 28 de abril de 1987 EDJ 1987/3356 , con remisión a otras anteriores, expone: "la necesidad de expediente de regulación de empleo para despedir no sólo lo es para los trabajadores en activo, sino también para aquellos que conservan derecho expectante de reincorporación a la empresa, cual ocurre con los excedentes voluntarios, pues otra solución haría ilusorio el derecho al reingreso y transformaría la situación de excedencia voluntaria en un cese indefinido".

e) Hay que descartar que estemos ante un supuesto de mera interrupción de la relación laboral (vacaciones, permisos retribuidos, etc.), ya que en tales casos se mantiene la obligación retributiva del empresario.

f) Por lo tanto, la única alternativa a la no consideración de la excedencia voluntaria como causa suspensiva sería estimarla como causa de extinción de la relación laboral con derecho condicional a la readmisión. pero esta tesis no se puede aceptar, no sólo porque esta causa no figura en la lista del artículo 49 del Estatuto de los trabajadores EDL 1995/13475 , sino porque entonces no tendría sentido la nueva extinción decidida por la Autoridad laboral en el referido expediente de regulación de empleo.

g) Ciñéndome al presente supuesto litigioso, en el hecho segundo de la sentencia de instancia, mantenido en suplicación se dice "con efectos a partir del 19-1-96 el Departamento de Trabajo autorizó la extinción de numerosos contratos de trabajo de la empresa Cruz Roja, previo expediente de regulación de empleo; dentro del expediente se hallan las relaciones laborales de las codemandantes"; hay que advertir que el Centro donde prestaban sus servicios los actores y en el que permanecían cuando solicitaron la excedencia voluntaria era el "Hospital C." de Tarragona; y el expediente de regulación de empleo afectó a "numerosos" contratos de trabajo, no a la "totalidad" de los existentes en dicho centro.

En consecuencia es claro que la decisión de la empresa hace ilusorio el derecho de los actores al reingreso una vez concluido el plazo de su excedencia voluntaria, en el caso de que existiesen vacantes de su categoría, ya en el mismo centro de trabajo, ya en otros, siendo un hecho notorio que en la mayoría de las capitales de provincia existen Hospitales de la Cruz Roja. Y además, atendiendo a la naturaleza de las cosas es claro que los trabajadores que solicitan y obtienen una excedencia voluntaria no son conscientes que por ello su contrato se haya extinguido. Y lo mismo ocurre con los funcionarios públicos; no pudiéndose olvidar que la situación de excedencia en la función pública sirvió de modelo a su introducción en el ámbito laboral. Por otra parte la sentencia del Tribunal Constitucional 262/94 de 3 de octubre EDJ 1994/9196 acoge el mismo criterio aunque con carácter de "obiter dicta".

SEGUNDA.- Conforme se desprende de lo expuesto, hay que apreciar que la sentencia recurrida ha interpretado erróneamente los artículos 46.5 EDL 1995/13475 y 51.8 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 , como denuncian los recurrentes, pues aquel precepto no impide que el contrato se encuentre suspendido, como antes se ha visto, y éste obliga a pagar la indemnización prevista -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 aquietó a la resolución administrativa. En consecuencia se debe admitir que los demandantes devienen acreedores a la indemnización solicitada, como entendió la sentencia de instancia. Debiendo advertirse que la entidad recurrida no cuestiona en su impugnación su cuantía, ni su modo de cálculo.

Por todo lo expuesto entiendo que se debieron estimar los recursos de los actores.

Madrid, veinticinco de octubre de dos mil.

Voto Particular Concurrente que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. D Fernando Salinas Molina, D. Joaquín Samper Juan y D. Bartolomé Ríos Salmerón respecto de la sentencia de fecha 25 de octubre de 2000, recaída en el Recurso núm. 3606/1998, dictada en Sala General.

En congruencia con lo expuesto en su momento en Sala General, mostramos mi conformidad con la solución a la que se llegó en relación con el concreto recurso que resuelve la sentencia mayoritaria, pero considero preciso hacer algunas matizaciones en relación con dicha resolución, dada la amplitud de los términos en los que la misma se manifiesta.

UNICO.- 1. La aceptación de la solución que en dicha sentencia se adopta, viene condicionada por las dos siguientes referencias: la primera se concreta en el hecho de que los actores en este procedimiento estaban en situación de excedencia efectivamente voluntaria; y la segunda en la circunstancia de que estamos en presencia de una extinción por cese en la actividad del Hospital al que venían referidos los servicios de los demandantes.

En tales condiciones, los trabajadores que por su exclusiva voluntad se apartaron de la empresa para prestar sus servicios en otra distinta en su propio y exclusivo interés, aceptamos que no puedan reclamar la indemnización establecida para los supuestos de despido objetivo por cuanto todo lleva a entender que no han sufrido con ello ningún perjuicio. Lo único que les reconocía el art. 46.5 EDL 1995/13475 era una expectativa de readmisión condicionada a la existencia de vacantes y, al producirse el cierre total de la entidad, esa condición nunca podría producirse, por lo que su derecho expectante desaparece por causa legalmente justificada y con ello su posible derecho a la readmisión.

2. Dicho criterio no lo consideramos de aplicación, sin embargo, a todo supuesto de excedencia voluntaria, puesto que en la vida real se dan situaciones que, aunque formalmente se califican de excedencia voluntaria, se hallan más cerca de una auténtica situación de suspensión del contrato de trabajo parangonable con otras situaciones de suspensión expresamente recogidas en el art. 45 ET EDL 1995/13475, cual ocurre en algunas excedencias que obedecen en realidad a un pacto propuesto por la empresa, a posibles excedencias derivadas de pactos colectivos, a excedencias por razones de necesidad, o a situaciones de excedentes con el reingreso solicitado y con plaza expectante, etc. 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 que le daría derecho a indemnización, aun en supuestos de cierre total de la empresa.

3. Tampoco consideramos aplicable el criterio de la sentencia a los supuestos en que la extinción de las relaciones laborales es parcial, y mientras subsistan en la empresa empleos "de igual o similar categoría" que los de los demandantes, pues en estos supuestos la extinción de la relación laboral con el trabajador excedente supone privarle de la expectativa de derecho que él tenía reconocida por el art. 46.2 ET EDL 1995/13475 sin que se haya cumplido una de las dos condiciones de las que dependía su derecho a la readmisión, cual era la inexistencia de plazas de igual o similar categoría. En tales supuestos consideramos que se está privando al trabajador interesado de la expectativa de vuelta a su trabajo que tenía legalmente reconocida, sin causa que lo justifique (aunque la haya para amortizar concretos puestos de trabajo), lo que justificaría su derecho a indemnización.

En tales supuestos de extinción parcial estimamos que lo que se produce es una amortización de puestos de trabajo que 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 tuvieran y que se 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 (solicitud del interesado y existencia de plaza igual o similar). Esta posición es claramente discrepante con la seguida por esta Sala en alguna ocasión -por ejemplo en STS 16-2-1987- exigiendo la inclusión de los excedentes en el expediente de regulación, pero es la que consideramos congruente con el hecho de que los excedentes no son trabajadores que pierdan un puesto de trabajo al que tuvieran derecho, y pensamos, por ello, que es la que mejor cohonesta los derechos de una empresa en crisis y los de los trabajadores excedentes, a los que el art. 46.5 ET EDL 1995/13475 lo único que les reserva es una expectativa de vuelta al trabajo cuando se cumplan determinadas condiciones que, mientras exista empresa, habrá que mantener vigentes.

4. Con todo ello, lo que queremos significar es que compartimos la solución a la que llega la sentencia mayoritaria, pero ceñida exclusivamente al supuesto en la misma contemplado, advirtiendo sobre la existencia de supuestos semejantes, pero no iguales, a los que la solución que consideramos les sería de aplicación la diferente solución que apuntamos. Por otra parte, estamos de acuerdo en que la excedencia voluntaria constituye un supuesto de suspensión de contrato puesto que no da derecho a reingresar sin condiciones, pero no estamos de acuerdo en que se incluya 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.

Madrid a 25 de octubre de 2000.

PUBLICACION.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Martín Valverde el voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López al que se adhiere el Excmo. Sr. D. Juan Francisco García Sánchez, y el voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. D. Fernando Salinas Molina, D. Joaquín Samper Juan y D. Bartolomé Ríos Salmerón, hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.