

43839

RECURSO N°: Suplicación / E\_Suplicación  
1199/2017

SENTENCIA N°: 1493/2017

NIG PV 48.04.4-16/009178

NIG CGPJ 48020.44.4-2016/0009178

28.6.17

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA  
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 27 de junio de 2017.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. D<sup>a</sup> GARBIÑE BIURRUN MANCISIDOR, Presidenta, D. JOSE LUIS ASENJO PINILLA y D<sup>a</sup>. ELENA LUMBRERAS LACARRA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**

En el D. N.º de Suplicación interpuesto por  
ASOCIACION FORTALEZA SA contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 10  
de los de BILBAO (BIZKAIA) de fecha 3 de abril de 2017, dictada en proceso sobre  
DSP, y entablado por [redacted] frente a [redacted]  
ASOCIACION FORTALEZA SA, FOGASA y [redacted]

Es Ponente la Iltra. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> ELENA LUMBRERAS LACARRA,  
quien expresa el criterio de la Sala.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y  
terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"1º.- La demandante D<sup>ña</sup>. [redacted] ha venido  
prestando servicios para la empresa [redacted]  
S.A., con una antigüedad de 10/06/2009, categoría profesional de delegada de ventas, y  
salario de 4.217,26 euros mensuales con p/p de pagas extras.

Esta tenía a su disposición un vehículo Ford focus y se la abonaba el parking.

2º.- La demandante inicio su prestación de servicios para la empresa en fecha 30/12/2011, se la notificó lo siguiente:

<< Ponemos en su conocimiento que, con fecha 31 de Diciembre de 2011, causará Vd. Baja en esta Sociedad pasando a formar parte desde el próximo día 1 de enero de 2012, con todos sus derechos y obligaciones adquiridos (antigüedad, salario, trabajo, etc.) de la plantilla de la Empresa

. Dicho cambio forma parte de la política de adecuación de funciones y tareas a la especialización de la Empresa.>>

Entre la demandante y la empresa, se suscribió el siguiente contrato:

<<Como consecuencia de la reorganización comercial que se va a hacer efectiva el próximo uno de Enero de 2012 en la que desaparece la unidad de negocio de cápsulas, de la que su puesto de trabajo forma parte y que se integra en la actividad ordinaria de la red comercial, la empresa le ofrece la posibilidad de ocupar un puesto de nueva creación de mayor responsabilidad y que de hecho supone un ascenso, en base a su trayectoria profesional y a la confianza que la empresa en Vd. tiene depositada.

En concreto, su categoría es la de Delegada de Ventas y se responsabiliza de la coordinación, apoyo y dirección de toda actividad comercial de la red de ventas (autoventas y promotores) destinada en la zona que incluye las provincias de Alava, Navarra, La Rioja, Burgos y Palencia, así como de sus resultados.

Las condiciones salariales y económicas del puesto son las siguientes:

Salario:

-Sueldo fijo anual de 30.000 € año más un complemento de puesto de trabajo de 10.500€ anuales, revisable según convenio/pacto social.

- Prima fija por fuera de plaza de 3.600 € año, por desarrollar su actividad fuera de su ámbito de residencia, es decir: 300 € en doce pagas.

Dietas:

-Las habituales.

-Los gastos de aparcamiento/garaje, se liquidarán como una cantidad fija mensual, en el concepto de dietas, por importe de 85 € al mes

Retribución Variable : De acuerdo a la establecida para toda la red comercial.

Resto condiciones: Las habituales para la fuerza de ventas.

La Dirección comunicará oficialmente su nuevo puesto al personal de la empresa y a su equipo comercial en particular.

En consecuencia y de mutuo acuerdo con las condiciones anteriormente establecidas, firman su ACEPTACION.>>

3º.- La demandante como delegada de ventas., tenía asignada la zona 2, (Álava, Rioja, Navarra, Burgos, y Palencia, teniendo a su cuenta seis personas.

La gestión incluye, además de la planificación de objetivos de su zona, la coordinación y apoyo del equipo comercial a su cargo, el control de riesgos financieros y de inversión, la estrategia de negociación y seguimiento de las condiciones comerciales,

la representación de la empresa y el cumplimiento de los protocolos de trabajo.

4º.- La demandante con fecha 28/09/2015 presentó a la empresa escrito en la que literalmente la manifestaba:

< \_\_\_\_\_, la mella con DNI 14605749J trabajadora de la citada empresa con la categoría de Delegada de Ventas y antigüedad de 10/06/2009, comparece y

COMUNICA

Que al amparo de lo establecido en el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores y Normativa Laboral vigente, por la presente informa a la empresa su voluntad de acogerse a una Excedencia Voluntaria por el período de UN AÑO, efectiva desde el 1 de noviembre de 2015 hasta el 31 de octubre de 2016, ambas fechas inclusive.

Llegada la fecha de vencimiento de dicha excedencia ejercitaré, previo aviso, mi derecho reingreso a la plantilla de la empresa.

Quedo a la espera de sus noticias, entendiendo la aceptación de lo manifestado y dando por reconocida mi situación de excedencia de no recibir comunicación alguna en este sentido.

Así mismo les hago sabedores de que si por cuestiones prácticas organizativas de la empresa resultar conveniente adelantar la fecha de efectividad de mi excedencia estoy abierta al análisis de dicho planteamiento>>

Por la empresa se contestó a la demandante manifestando lo siguiente:

<<Acusamos recibo de su solicitud de excedencia voluntaria comunicada el pasado 28 de septiembre de 2015 y cuya efectividad, acordamos verbalmente, que se iniciara el próximo 16 de noviembre de 2015.

En dicha fecha, 16 de noviembre de 2015, procederemos a realizar la variación correspondiente a su situación de excedencia voluntaria, en los términos contenidos en su escrito de solicitud y con los efectos previstos en el artículo 46 del vigente texto legal del Estatuto de los Trabajadores que regula la excedencia voluntaria solicitada>>

5º.- La demandante con fecha 1/09/2016 interesó la reincorporación mediante escrito en la que refería lo siguiente:

<< \_\_\_\_\_, DNI 14605749-J, trabajadora de esta empresa desde el 10/06/2009, comunico la reincorporación a mi puesto de trabajo habitual con todas las condiciones laborales que venía disfrutando, haciéndose efectiva dicha reincorporación a partir del 31 de Octubre de 2016. Todo ello, según la legislación vigente y el artículo 25 del convenio de Hostelería de Bizkaia.

Por lo tanto, comunico a la empresa que mi incorporación se hará efectiva el día 2 de Noviembre de 2016. Si por necesidades de la empresa, se requiere que me incorpore en una fecha anterior, ruego se me comuníe, estando a su disposición a partir del día de hoy.>>

Por la empresa y con fecha 6/10/2016 contestó a la misma manifestando lo siguiente:

<<Estimada Eguzkiñe:

Acusamos recibo de su solicitud de reingreso, previa a la expiración del periodo de su EXCEDENCIA VOLUNTARIA, y lamentablemente, debemos comunicarle, que no es posible su reingreso en su puesto de trabajo, por cuanto que, no existe en este momento, vacante equivalente o similar al trabajo que realizó para esta empresa, antes de su excedencia voluntaria.

Sin desconocer, que ante una eventual vacante en un futuro, de un puesto de trabajo como el suyo (Delegada de Ventas), le sería ofrecido, si a su derecho interesara, de acuerdo con el contenido regulatorio del artículo 46.5 del vigente estatuto de los trabajadores.

Lo que le comunicamos a los oportunos efectos, aprovechando esta ocasión para saludarle muy atentamente.>>

Por la trabajadora se remitió escrito con fecha 11/10/2016 en la que literalmente dice:

<< , DNI 14605749-J, trabajadora de esta empresa desde el 10/06/2009, comunico lo siguiente ante la comunicación remitida por la empresa el 6 de Octubre de 2016 denegando mi reincorporación:

Que según el artículo 24 del Convenio de Comercio Alimentación de Bizkaia establecido de aplicación en mi contrato de trabajo, "El periodo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad...Durante el primer año, tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente".

Por lo tanto, dado que mi solicitud de excedencia era de un año, exijo mi reincorporación al mismo puesto o equivalente en la fecha indicada>>

Por la empresa y con fecha 21/10/2016 contestó a la misma manifestando lo siguiente:

<<Acusamos recibo a su escrito de fecha 11 de Octubre de 2.016 y por la presente le comunicamos que nos reiteramos en nuestro escrito de fecha 6 de Octubre de 2.016 y volvemos a recordarle que ante una eventual vacante en un futuro, de un puesto de trabajo como el que Vd. desempeñaba, le sería ofrecido, si a su derecho interesara, de acuerdo con el contenido regulatorio del artículo 46.5 del vigente estatuto de los trabajadores.

Lo que le comunicamos a los oportunos efectos, aprovechando esta ocasión para saludarle muy atentamente.>>

6º.- La empresa tiene como actividad el tueste y venta de café.

7º.- En la empresa resultaba de aplicación el pacto social de empresa del "Consortio de Distribución Fortaleza SA pacto social para los años 2013 y 2.014 y como

norma supletoria se remite al Estatuto de los Trabajadores en lo no previsto. Se da por reproducido el mismo al obrar en la prueba documental.

Este se ha sustituido por el pacto social para los años 2017/2018. Se da por reproducido el mismo al obrar en la prueba documental.

Asimismo se da por reproducido el Convenio Colectivo del sector del Comercio Alimentación de Bizkaia 2.015 – 2018, en cuyo ámbito de aplicación señala:

“El presente Convenio Colectivo Provincial afecta a todas las empresas y trabajadores dedicados a Comercio de Alimentación, tanto mayoristas como minoristas, así como a las empresas de Merchandising, y sus trabajadores, entendiéndose por tales aquellas que tengan como actividad la promoción, y la exhibición, demostración, degustación y reposición de productos en empresas dedicadas total o parcialmente a la distribución de productos de alimentación.

También se aplicará a las empresas de vending de productos de alimentación, entendiéndose por tal aquellas que mediante máquinas expendedoras distribuyen mayoritariamente productos de alimentación (alimentos o bebidas, frías o calientes, preparados o envasados)”.

Por otro lado y referida a la excedencia el art. 24 dispone:

“Primero

a) El trabajador con una antigüedad en la empresa al menos de un año, tendrá derecho a que se le reconozca la situación de excedencia voluntaria por un período máximo de cinco años, no pudiendo dedicarse a la misma actividad, ni por cuenta propia ni ajena y sin que en ningún caso se pueda producir tal situación en los contratos de duración determinada.

b) Si el período de excedencia que se solicitase fuese de hasta dieciocho meses, la empresa vendrá obligada al término de la excedencia a readmitir al excedente en el mismo puesto de trabajo que ocupaba anteriormente, pudiendo imponer a tal efecto la cláusula de reserva consiguiente en el contrato de la persona que viniera a sustituir al excedente. Para optar a este derecho de excedencia deberá ser solicitada por motivos familiares, de estudio, de perfeccionamiento profesional, de salud o cualquier otro análogo.

Si por imperativo legal se estableciese un período mínimo de excedencia, el plazo fijado en el párrafo anterior se incrementará hasta equipararlo al citado período mínimo.

....”.

Asimismo existe suscrito Convenio Colectivo provincial de tostadores de café de Bizkaia 2007-2010, cuyo ámbito funcional lo es:

“El presente Convenio Colectivo Provincial afecta a todas las empresas y centros de trabajo dedicados al tueste y venta de café, incluso el soluble y fabricación de sucedáneos del café, así como las empresas dedicadas en exclusiva a la venta del café”.

Y respecto a la excedencia, su art. 11 dispone:

“El personal con una antigüedad en la empresa de al menos un año, tendrá

derecho a que se le reconozca la situación de excedencia voluntaria por un período máximo de tres años, sin que en ningún caso se pueda producir tal situación en los contratos de duración determinada. Para acogerse a otra excedencia voluntaria, el personal deberá cumplir un plazo mínimo de cuatro años de servicio efectivo en la empresa. Si el período de excedencia que se solicitase fuera no superior a un año, la empresa vendrá obligada a readmitir al excedente en el mismo puesto de trabajo que ocupaba anteriormente, pudiendo imponer a tal efecto la cláusula de reserva en el contrato de la persona que viniera a sustituir al excedente.

Si se prorroga por seis meses, la empresa vendrá obligada a reservar su puesto de trabajo durante dicho período, siendo el período máximo de autorización con reserva del puesto de trabajo de un año y medio”.

7º.- En el periodo de excedencia la demandante suscribió un contrato con la empresa \_\_\_\_\_, como comercial..

8º.- La mercantil \_\_\_\_\_, pertenece al grupo mercantil

9º.- La demandante no ostenta cargo de representación legal o sindical alguno.

10º.- Con fecha 21/11/2016 se celebró el perceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia.”

**SEGUNDO.-** La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

“Que rechazando la excepción de inadecuación de procedimiento y estimando en lo sustancial la demanda formulada por DÑA \_\_\_\_\_ frente a \_\_\_\_\_ y \_\_\_\_\_, debo declarar y declaro el despido causado por la empresa \_\_\_\_\_ a la actora como improcedente y en su consecuencia debo condenar y condeno a la citada empresa \_\_\_\_\_ a que en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia opte entre la readmisión de la trabajadora o el abono de la indemnización de 34.697,07 euros, y sin que procedan salarios de tramitación salvo que opte la empresa por la readmisión, lo que lo serán desde la fecha del despido (2/11/2016) hasta la notificación de esta sentencia a razón al día de 138,64 euros.

Asimismo procede absolver a la empresa

Por último procede absolver al FGS, sin perjuicio de al responsabilidad subsidiaria que proceda en ejecución de sentencia.”

**TERCERO.-** Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, que no fue impugnado.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.-** La mercantil

SA recurre en suplicación la sentencia de instancia que ha estimado la demanda de despido instada por D<sup>a</sup> [redacted] a para obtener su reingreso a su puesto de delegada de ventas en la empresa demandada tras su excedencia voluntaria, rechazando previamente el juzgador la excepción de inadecuación de procedimiento al entender que la empresa demandada tenía obligación de readmitir a la actora en su puesto de trabajo por aplicación del artículo 11 del Convenio Colectivo provincial de Tostadores de café de Bizkaia 2007-2010.

Basa su recurso en los motivos previstos en las letras b) y c) del artículo 193 de la LRJS.

**SEGUNDO.-** En primer lugar la empresa solicita la revisión de hechos probados de la sentencia de instancia al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

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, pese a la expresión contenida en la Base 31-1 de la Ley de Bases 7/1989, y construyendo 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 ).

Ello significa que este recurso puede interponerse sólo para la denuncia de determinados motivos tasados y expresados en el precitado artículo 193 de la LRJS, 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 transcendencia 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, 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.

Solicita la empresa la revisión del hecho probado primero para hacer constar que el salario de la actora era de 3.444,56 euros con la parte proporcional de las pagas extras. Entiende la empresa que no puede computarse como salario la retribución variable a cuenta, el complemento fuera de plaza, coche y parking, ya que sin negar su condición salarial, entiende que su devengo real está condicionado a una efectiva prestación de servicios que en este caso no se da. Siendo que el salario fijado por el Juzgador se basa en las nóminas del trabajador obrantes en autos, la cuestión que plantea es una discrepancia jurídica que debe darse en el motivo del recurso correspondiente.

**TERCERO.-** La empresa basa asimismo su recurso de suplicación en el artículo 193-c) de la LRJS que recoge, como otro motivo para la interposición del Recurso de Suplicación, el examen de las 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 de autoridad legítima dentro del Estado (incluyendo la costumbre acreditada, las normas convencionales y 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 de la ley procesal laboral, 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 Jurídica, 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 conculcado se recoge en norma distinta de la alegada, la Sala no podrá entrar en su



examen, salvo error evidente, ya que su objeto queda limitado al estudio y resolución de los temas planteados.

**CUARTO.-** Con amparo en el precitado artículo 193-c) de la LRJS, impugna la recurrente la Sentencia de instancia, alegando la infracción del artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 54 del mismo texto legal.

En primer lugar la empresa entiende que debe apreciarse la excepción de inadecuación de procedimiento. La sentencia recurrida entiende que la acción de despido iniciada por la demandante es correcta y ello porque la negativa a reincorporar a la trabajadora a su puesto de trabajo después del período de excedencia voluntaria supone un despido tácito, porque de conformidad con el artículo 11 del Convenio colectivo provincial de tostadores de café de Bizkaia 2007-2010, “si el período de excedencia que se solicitase fuera no superior a un año, la empresa vendrá obligada a readmitir al excedente en el mismo puesto de trabajo que ocupaba anteriormente, pudiendo imponer a tal efecto la cláusula de reserva en el contrato de la persona que viniera a sustituir al excedente”.

Por tanto, para resolver la cuestión controvertida debemos resolver si tal precepto convencional es aplicable a la relación laboral que nos ocupa. De entrada debemos señalar, que si bien las partes no invocaron la aplicación de dicho Convenio colectivo provincial nada impide su aplicación de oficio en virtud del principio “iura novit curia”, siendo que la relación entre las partes entra en el ámbito funcional de dicho Convenio, al indicar el mismo que “el presente Convenio colectivo provincial afecta a todas las empresas y centros de trabajo dedicados al tueste y venta de café, incluso el soluble y fabricación de sucedáneos del café así como las empresas dedicadas en exclusiva a la venta del café”.

Veamos ahora su ámbito temporal de aplicación. El artículo 4 del citado Convenio dice: “ El presente convenio tendrá una duración de 4 años a partir del 1 de enero de 2007. Los derechos económicos tendrán efectos retroactivos desde dicha fecha, a excepción de los importes correspondientes al quebranto de moneda (artículo 5), a las prendas de trabajo (artículo 23), al kilometraje (artículo 25) y a las dietas (artículo 27), cuyos importes entrarán en vigor a partir de la fecha de la publicación del convenio.

No se producirá la prórroga automática del convenio en lo que se refiere al artículo 26, párrafo 3º, que dejará de estar en vigor el 31-12-2010, en aplicación del artículo 86, apartado 3, párrafo 2º del Estatuto de los Trabajadores”.

En esta Sala dictamos sentencia el 20 de febrero de 2014 (recurso 66/2013) en la que se discutía sobre la vigencia del Convenio colectivo provincial de tostadores de café de Bizkaia 2007-2010, en demanda de conflicto colectivo en la que se sostenía como pretensión principal que se dictara sentencia que declarara vigente el convenio colectivo citado en tanto en cuanto no se produzca la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo que se sustituya dentro del mismo sector y territorio. Decíamos en esta sentencia: “D.- Pues bien, para desentrañar el contenido y alcance del artículo 4 del convenio colectivo de empresas torrefactoras de Bizkaia años 2007 a 2010 solo contamos con lo que dice su artículo y las argumentaciones interesadas de las partes en juicio.

Adentrándonos ya en la concreta exégesis del precepto, lo primero que se he de decir es que afirma la demandada, y es cierto, que no se pactó expresamente la prórroga indefinida. Es decir que no había una frase positivamente escrita que contuviese tal declaración de voluntad de se acordaba la prórroga indefinida del convenio colectivo, una vez vencido su plazo natural y denunciado. Es decir, que desde luego expresamente no se contiene prórroga indefinida alguna.

Tal ausencia de mención expresa de prórroga, por sí sola, entendemos que no lleva a desestimar la pretensión principal actuada en demanda, solo y por tal dato. Y es que no se sostiene tal conclusión desde la perspectiva de la lógica lineal, pues la apodíctica afirmación de que si no se dice expresamente que hay pacto de prórroga indefinida, no cabe afirmar que el acuerdo lo contuviese, es aseveración de la que discrepamos. Y ello porque cabe que del texto se deduzca que implícitamente las partes pactaron que se daba tal prórroga en el resto de aspectos distintos al aludido punto previsto en el artículo 26 del mismo convenio.

Se trata, pues, de decidir si se puede inferir o no de su expresión que implícitamente se pactó tal prórroga indefinida en los demás casos, como último supuesto lógico a examinar, una vez desechada la hipótesis de pacto expreso al efecto.

A estos efectos se ha de resaltar que la cláusula tiene una extensión mayor que la simple exclusión de la prórroga en un caso concreto. A la referida exclusión de prórroga en tal supuesto, sigue la siguiente frase: "en aplicación del artículo 86, apartado 3, párrafo 2º del Estatuto de los Trabajadores".

Entendemos que ello así se hizo porque las partes negociadoras, considerando el marco legal entonces vigente (y de ahí su cita) y conscientes de que la norma imperativa les permitía pactar lo que considerasen oportuno al efecto y sabiendo que, de no pactar nada al efecto, se produciría la prórroga indefinida del convenio colectivo, pactaron solo una cosa: la no prórroga de un concreto precepto de tal convenio colectivo y de forma consciente guardaron silencio sobre el resto de contenidos, normativos u obligacionales, del convenio.

De ello colegimos que, si hubiese sido voluntad real de las partes negociadoras fijar el efecto de prórroga indefinida, o así lo hubiesen manifestado expresamente o cuando menos, otros hubiesen sido los términos literales utilizados, debiendo considerarse la prevalencia del canon literal sobre el resto, si éste es claro ( sentencias del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de fecha 6 de marzo de 2012 , 19 y 7 de octubre de 2011 , recursos 10/2011 , 33/2011 y 16/2011 )

Ello nos lleva a desestimar la petición principal de la demanda.

E.- Se ha de añadir que, de llegarse a la interpretación de tal artículo 4 que defiende el sindicato promotor del conflicto, este Tribunal hubiese seguido el criterio que ya ha tenido ocasión de fijar ya sobre la subsistencia de las cláusulas sobre ultractividad concertadas en convenios colectivos suscritos antes de la reforma laboral de 2012.

El mismo está plasmado en nuestra sentencia de 26 de noviembre de 2013 (demanda 29/2013 ), dictada en el litigio de conflicto colectivo sobre la vigencia del

convenio colectivo de centros de enseñanza de iniciativa social de nuestra Comunidad Autónoma con vigencia inicial 2008/2009 y que es la primera en la que fijamos el mismo (aunque con un voto particular que asume la línea argumental básica que sostuvo la demandada en juicio). La última resolución en la que mantenemos tal criterio es la sentencia de fecha 11 de febrero de 2014 (recurso 186/2014).

Éste parecer individual de esta Sala, sino que es criterio que también vienen aplicando los diversos Tribunales Superiores de Justicia o de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional. En tal sentido, sentencia de la Sala de lo Social de Tribunal de Madrid: de 9 de diciembre de 2013 (demanda 1390/2013 ), de Cataluña, de 12 de diciembre de 2013 (demanda 65/2013 ) de Murcia, de 28 de octubre de 2013 (demanda 14/2013 ) de, Galicia, de 29 de octubre de 2013 ( demanda 48/2013 ) o de la Audiencia Nacional, de 23 de julio de 2013 , 19 de noviembre de 2013 y 20 y 31 de enero de 2014 , demandas 205/2013 , 369/20131 , 395/2013 y 440/2013 ).

Pero, como se ha dicho, consideramos que la hermenéutica del convenio colectivo no lleva a concluir en que se pactó la prórroga indefinida del mismo una vez vencido su plazo de duración pactado y denunciado el mismo. También se ha dicho que ello supone que se deba desestimar el pedimento principal de la demanda”.

Dicha sentencia fue recurrida por la empresa demandada al Tribunal Supremo en cuanto a la estimación de su pretensión subsidiaria (nulidad de la modificación sustancial de condiciones de trabajo) dictándose por el Alto Tribunal la sentencia de 24 de noviembre de 2015 (recurso 196/2014) que estimó el recurso de la empresa pero dejó inalterado el pronunciamiento efectuado por esta Sala sobre la vigencia del Convenio.

Por lo tanto, no puede decirse que el Convenio colectivo de empresas torrefactoras de Bizkaia años 2007 a 2010 estuviera en situación de prórroga y por lo tanto no puede aplicarse el mismo a la situación de excedencia que ahora nos ocupa.

Consecuentemente con lo expuesto, la empresa no tenía obligación de readmitir a la trabajadora excedente en su puesto de trabajo anterior de conformidad con el artículo 11 del Convenio colectivo ya citado, sino que debe seguirse la normativa del artículo 46.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Existe ya abundante jurisprudencia sobre la existencia de un cauce alternativo para impugnar la decisión de la empresa de no acceder al reingreso del trabajador excedente, pudiendo citar al efecto las sentencias del Tribunal Supremo de 19-10-04, 21-12-00 y 30-6-00. La misma ha declarado que deben distinguirse dos supuestos perfectamente diferenciados, respecto de las pretensiones de reingreso que un trabajador en excedencia voluntaria puede deducir. Hay una primera situación, en que, a la petición de reincorporación, el empresario se opone de manera abierta, clara y terminante, y lo hace en términos que en realidad, equivalen a un rechazo del derecho básico del trabajador excedente, a una actual o futura inserción, y con ello, lo está excluyendo o extrañando de la plantilla, en actitud que debe hacerse equivaler a un despido; por ello, juega entonces el plazo corto o perentorio de veinte días, señalado por el art. 59.3 ET. Y una segunda situación, en la que el empresario da por supuesto o sobrentendido el derecho del trabajador, al que como trabajador suyo sigue tratando, pero al que niega de momento la reincorporación, alegando que no existe vacante, hecho a que aquélla se condiciona por el

art. 45.6 del ET : en este caso, sería la producción de vacante, conocida además por el trabajador, la que pondría en marcha el tracto prescriptivo, cuyo plazo pasa a ser ahora el de un año que, con carácter general, establece el art. 59.2.

Por tanto, ante la negativa empresarial a la petición de reingreso desde la situación de excedencia voluntaria quedan abiertas al trabajador dos vías, alternativas y no optativas, para impugnar tal decisión: el proceso de despido cuando dicha negativa, por las circunstancias en que se produce, manifiesta no el mero rechazo del derecho a la reincorporación, sino voluntad inequívoca, aunque se produzca tácitamente, de tener por extinguido el vínculo laboral hasta entonces en suspenso; y el proceso ordinario en aquellos otros supuestos en que la negativa denota simple desconocimiento del mencionado derecho, pero sin negar la persistencia de la relación de trabajo, aunque con voluntad de que se conserve en suspenso. La utilización en uno y otro caso de las mencionadas vías no queda al arbitrio del trabajador al que se niega su eventual derecho al reingreso; para que su pretensión alcance éxito, resulta obligado seguir la procedente, pues son distintas las reglas aplicables y las consecuencias que derivan de la diferente postura adoptada por la empresa al responder, expresa o tácitamente, a la petición efectuada por el excedente voluntario en orden a su reingreso (STS 21-12-00 con cita de las de 23-1-96 y 19-10-94 ).

En el presente caso consta que la empresa demandada no ha denegado en modo alguno la existencia de relación laboral con la actora, ni la ha dado por concluida cerrando definitivamente la posibilidad de reingreso, sino que, por el contrario, ha rechazado la petición de reingreso por inexistencia de plaza vacante, dejando abierta expresamente la posibilidad de reincorporación en el futuro.

Por todo lo expuesto, el cauce procesal que se debió utilizar es el del proceso ordinario, siendo inadecuada la modalidad procesal de despido por la que se ha tramitado el litigio. Como señala, entre otras, la STS 29-6-06 , la adecuación del procedimiento "es una materia de derecho necesario que afecta al orden público del proceso; y en tal clase de materia esta Sala no puede quedar vinculada por las decisiones del Tribunal "a quo", ni siquiera en los casos que la concreta decisión de éste sobre tal materia no haya sido recurrida por ninguna de las partes, pues la misma queda por completo fuera del ámbito de decisión de éstas, al afectar a un interés público indeclinable". Por ello puede procederse de oficio al examen de esta cuestión, como han declarado las STS 6-6-01, 17-12-01, 13-4-05 , citadas en la anterior. Añade la STS 29-6-06 que en puridad de concepto, aquí no se trata de una declaración de nulidad de actuaciones, sino de la apreciación de la excepción de inadecuación de procedimiento, con absolución en la instancia de la demandada.

Debemos concluir así que el juzgador de instancia debió apreciar la excepción de inadecuación de procedimiento opuesta por la mercantil demandada, lo que conduce a la estimación del recurso de suplicación.

**QUINTO.-** No procede efectuar imposición de costas.

## FALLAMOS

Que estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por  
D. [REDACTED], A frente a la sentencia de 3 de abril de 2017 del  
Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao, en autos número 923/2016, dictados a instancia de  
D. [REDACTED], revocando la sentencia de instancia y declarando la  
inadecuación de procedimiento, absolviendo a la mercantil demandada de la pretensión de  
condena deducida en su contra, sin imposición de las costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes 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 juzgado, lo pronunciamos,  
mandamos y firmamos.

E/

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día  
de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de  
Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

## 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.

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 4699-0000-66-1199/17.

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 4699-0000-66-1199/17.

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 regimen 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.