

En BILBAO (BIZKAIA), a 27 de marzo de 2018.

Vistos por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a-Juez del Juzgado de lo Social nº 5 D/Dª.
TERESA MONTALBAN GOMEZ los presentes autos número 928/2017, seguidos a instancia
de
contra
sobre PERMISOS Y LICENCIAS.

EN NOMBRE DEL REY
ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 115/2018

ANTECEDENTES DE HECHO

Con fecha 18 de octubre de 2017 tuvo entrada demanda formulada por
contra
y admitida a trámite se citó de comparecencia a las partes asistiendo
todas, y abierto el acto de juicio por S.Sª. las comparecidas manifestaron cuantas alegaciones
creyeron pertinentes en defensa de sus derechos practicándose seguidamente las pruebas que
fueron admitidas según queda constancia en el acta correspondiente, y finalmente manifestaron
por su orden sus conclusiones.

En la tramitación de este proceso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La demandante, DÑA.
ha venido prestando servicios para la empresa
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.

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

SEGUNDO.- La Sra.
nació su prestación de servicios para la
empresa , y 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 Álava, 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.>>

TERCERO.- La demandante, como delegada de ventas, tenía asignada la zona 2, (Álava, La 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 (documento 7 aportado por la actora).

CUARTO.- La demandante con fecha 28/09/2015 presentó a la empresa escrito del tenor siguiente (documento 12 de la demandante):

<<Doña 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 ejerceré, 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 (documento 12 bis de 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>>

QUINTO.- La demandante con fecha 1/09/2016 interesó la reincorporación mediante escrito por ella aportado con el número 13 en la que refería lo siguiente:

<< , 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 comunique, 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:

<< ... 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.>>

La trabajadora presentó el 31/10/2016 y el 2/11/2016 escrito a la mercantil, compareciendo en ella, su voluntad de reincorporarse.

SEXTO.- Por la trabajadora se formuló frente a los anteriores demanda de despido, recayendo en el Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao que dictó Sentencia el 3/04/2017 que rechazaba la excepción de inadecuación de procedimiento y estimaba en lo sustancial la demanda planteada, declarando producido un despido improcedente. Recurrída en Suplicación, por Sentencia del TSJPV de 27/06/2017 se estimó el interpuesto, revocando la sentencia de instancia, estimando la excepción de inadecuación de procedimiento y absolviendo a la demandada de las pretensiones vertidas en su contra.

SEPTIMO.- La empresa demandada, a partir del 1/10/2016, ha contratado a 2 tradeMK hostelería, 4 autoventa-vendedor, un vendedor, un promotor vendedor, un comercial vendedor (folios 395 a 541 de la demandada, documentos 1 a 5 aportados en el acto del Juicio).

OCTAVO.- Al tiempo de solicitar la excedencia la demandante existía un director comercial, dos delegados de ventas (la actora para la zona 2, y el ... para la zona 1 que era el País Vasco) y, por debajo en el organigrama los comerciales, promotores, autoventas y TradeMark. En la actualidad el ... a ascendido a la categoría de director comercial ha desaparecido al figurar e los delegados comerciales, existiendo en el organigrama a continuación los comerciales, promotores, autoventas y trade mark. Ya no existe la diferencia entre la zona 1 y 2 en el ámbito de la empresa.

NOVENO.- La demandante ha desistido en el acto del Juicio de sus pretensiones frente a

DÉCIMO.- 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 año 2017/2018.

Asimismo se da por reproducido el Convenio Colectivo del sector del Comercio Alimentación de Bizkaia 2.015 – 2018, en cuyo ámbito de aplicación señala cuyo artículo 24 referido a la excedencia 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.

....”.

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

DUODÉCIMO.- Con fecha 25/09/2017 se celebró el perceptivo acto de conciliación con el resultado de sin avenencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La relación de hechos probados se infiere de la prueba de interrogatorio, documental y testifical, aportada por las partes al acto del juicio, valoradas todas ellas conforme a las reglas de la sana crítica (art. 97.2 LRJS).

Los hechos que resultan de documentos así han sido señalados en su mayoría, resultando el organigrama de la empresa de las testificales practicadas, en coherencia con los documentos obrantes en las actuaciones.

SEGUNDO.- Pacifica la realidad de una prestación laboral con sus circunstancias de antigüedad, categoría profesional, no así el salario esta Juzgadora comparte plenamente los argumentos de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao de 3/04/2017 para su fijación en cuanto a que también aquí la prueba practicada, en concreto las nóminas, han desvelado un salario fijo de 4.033,63 euros mes con p/p de pagas extras en razón a los conceptos, de salario base, incentivos, complemento puesto de trabajo, a cuenta de la retribución variable y complemento fuera de plaza, pero asimismo se señalaba en la demanda y no se ha discutido se le abonaba una suma mensual de garaje, y el uso de un vehículo Ford focus, por ello estos deben ser considerados como retribución en especie (valores tenidos como justificados los aportados por la demandante), que determinan la fijación del salario en la suma reflejada en el hecho probado 1º.

TERCERO.- La parte demandada alega la excepción de falta de acción, como ya hiciera en el previo proceso de despido considerando ahora que, después del aquel procedimiento la trabajadora no reiteró su solicitud de reincorporación, lo cual a juicio de esta Juzgadora debe rechazarse y es que si por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se apreció la inadecuación de procedimiento por no resultar adecuado el de despido instado, lo que no cabe es que ahora, en sede del que se entiende correcto, se manifieste tal falta de acción cuando la acción ejercitada es la que inicialmente debía haber sido ejercitada.

Fijado lo anterior y entrando en el fondo de la cuestión planteada, el art. 46.2 del ET reconoce el derecho a la excedencia voluntaria de los trabajadores con una antigüedad en la empresa de un año, siendo esta la normativa aplicable conforme se recoge en el Fundamento 4º de la Sentencia dictada por el TSJPV el 27/06/2017, con una duración de entre cuatro meses y cinco años. El art. 46.5 del ET concreta el alcance de este derecho: un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya. La excedencia voluntaria no conlleva reserva de puesto de trabajo. Reiterada doctrina jurisprudencial niega que la excedencia voluntaria constituya un supuesto de suspensión del contrato de trabajo (SSTS de 14 febrero 2006 , 13 noviembre 2006 y 31 enero 2008), si bien es preciso reconocer una doctrina jurisprudencial antigua mantuvo la excedencia voluntaria era un supuesto de suspensión del contrato de trabajo, matizado con unos efectos específicos, "por cuanto el vínculo contractual se mantiene , aunque debilitado" (SSTS de 8 de octubre 1983 , 20 septiembre 1984 , 30 octubre 1985 , 21 abril 1986 , 23 julio 1987 , 25 enero 1988 y 21 febrero 1992). Estamos ante una situación sui generis más próxima a la suspensiva que a la extintiva. La excedencia voluntaria no está incluida entre las causas de suspensión del contrato de trabajo del art. 45 del ET , a diferencia de lo que sucede con la excedencia forzosa, que sí que está mencionada expresamente en el art. 45.1.k) del ET . Y la excedencia voluntaria, que responde al interés del trabajador, no conlleva el mantenimiento del contrato de trabajo (aunque exonerando temporalmente de las obligaciones de trabajar y remunerar el trabajo), sino que el trabajador excedente voluntario únicamente tiene una expectativa de reingreso a la empresa condicionado a la existencia de vacantes de igual o similar categoría a la suya pero siendo la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la existencia o inexistencia de determinada vacante en un momento concreto.

Nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 30/04/2012, con cita de la Jurisprudencia recaída en la materia, expresaba:

En cuanto al fondo del asunto, como recuerda la STS/IV 15-junio-2011 (rcud 2658/2010) es doctrina ya unificada por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de 14-febrero-2006 (rcud 4799/2004) y 21-enero-2010 (rcud 1500/2009) que, matizando tesis anterior (22-enero-1987 y 16-marzo-1987), en síntesis, sostiene que " el derecho potencial o expectante del trabajador en excedencia voluntaria sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando su mismo puesto de trabajo, u otro similar o equivalente, se encuentre disponible en la empresa, y ello no ocurre cuando la plaza del trabajador excedente voluntario fue cubierta con una nueva contratación o cuando, como es aquí el caso, fue amortizada por reasignación de sus cometidos laborales a otros trabajadores ".

2.- Como se detalla en la STS/IV 21-enero-2010 (rcud 1500/2009), con cita de la STS/IV 14-febrero-2006 (rcud 4799/2004), interpretando el art. 46.5 ET , a cuyo tenor " el trabajador excedente (se sobreentiende: en excedencia voluntaria común) 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 ", resulta que:

a) " La jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha entendido que este derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria común es un derecho potencial o "expectante", condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso (s. de 18-7-1986). En este punto se diferencian las regulaciones legales de la excedencia voluntaria común de un lado, y de la suspensión del contrato de trabajo y las excedencias forzosas o especiales de otro, situaciones estas últimas caracterizadas por la conservación del puesto de trabajo por parte del trabajador (STS 25-10-2000, rcud 3606/1998)".

b) " El tratamiento legal diferenciado entre la excedencia voluntaria común y las restantes vicisitudes del contrato de trabajo mencionadas, encuentra justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una y otras situaciones. Mientras en la suspensión y en las excedencias forzosas o especiales concurren causas específicas y calificadas de impedimento, incompatibilidad o dificultad de trabajar, "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, muy digno de consideración, pero que, de acuerdo con el criterio del legislador, no justifica conservar para él un puesto de trabajo, a costa de la estabilidad en el empleo del trabajador que lo sustituya o del propio interés de la empresa (STS 25-10-2000 rcud 3606/1998)".

c) " Esta posición de la STS 25-10-2000 , que refleja los criterios de flexibilidad laboral y adaptabilidad de la organización de trabajo acogidos en nuestro ordenamiento especialmente a partir de la Ley 11/1994, matiza declaraciones precedentes de esta Sala del Tribunal Supremo (ss. de 22-1-1987 y 16-3-1987) sobre el alcance del derecho de reingreso del excedente voluntario y sobre la calificación como vacantes de las plazas desempeñadas antes de la excedencia. De todas maneras, las decisiones adoptadas en las sentencias citadas resolvieron supuestos litigiosos distintos del actual, en los que se había producido bien una negativa empresarial clara y terminante a la reincorporación, o bien la amortización de un número elevado de vacantes no ajustada a las normas sobre despido colectivo vigentes a la sazón ".

d) " Si la excedencia voluntaria común no comporta para el empresario el deber de reservar al trabajador excedente el puesto de trabajo desempeñado con anterioridad ello, quiere decir que el empresario puede disponer de la plaza vacante, bien contratando a otro trabajador para el desempeño de la misma, bien reordenando los cometidos laborales que la integran, bien

incluso procediendo a la amortización de la misma. Ello significa, desde el punto de vista del trabajador, que el derecho expectante del excedente voluntario común sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando el mismo puesto de trabajo u otro similar o equivalente se encuentra disponible en la empresa ".

e) "... al no venir obligada la empresa por la ley a la reserva de la plaza, es evidente que su decisión de disponer de la vacante producida por la excedencia del actor en la forma expresada, ha de considerarse ejercicio lícito, correcto y no abusivo de sus facultades de organización y dirección del trabajo ".

CUARTO.- Pues bien, la aplicación de lo señalado en el fundamento precedente a nuestro caso va a determinar la íntegra desestimación de la demanda. Esto es así porque, de la prueba propuesta y practicada ha resultado como en la mercantil, al tiempo de producirse la excedencia voluntaria de la trabajadora, había dos delegados comerciales, la Sra. Eguskiñe para la zona 2 –fuera del País Vasco- y el Sr. Jorge para la zona 1 correspondiente al País Vasco aconteciendo que, una vez en tal situación la demandante, el Sr. Jorge ascendió a Director comercial y desapareció la figura de los delegados comerciales, entendiéndose que las funciones que venía llevando a cabo la actora 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” es llevado en la actualidad por el Sr. Jorge, toda vez que no se ha introducido ningún eslabón intermedio entre los delegados de venta y los comerciales, siendo esto ratificado por los testigos comparecidos, significativamente por D. Jose Vicente Pinedo, trabajador de la demandada y delegado de personal, el cual, siendo comercial, afirmó claramente que la actividad de los comerciales (figura más cercana en el organigrama), no realizaban funciones equiparables a las que realizaba la actora, declarando que él ayudaba a los promotores con las promociones y que si faltaba alguno de las furgonetas de auto vending, él hacía estas labores, y fijando con claridad como las personas respecto de los que fue interrogada, los fueron para autoventas, comerciales o promotores y que las funciones de la actora excedían claramente de este ámbito

Igualmente, la Sra. Barquin Garcia, informática de Consorcio de Alimentación ha avalado las consideraciones del anteriores, declarando que la actora era la responsable de los comerciales y promotores de la zona 2 y que ya no existía esa figura, habiendo asumido el director comercial –antes delegado de ventas junto con la actora- todas estas funciones, siendo coincidentes las manifestaciones de ambos con las contrataciones realizadas por la mercantil desde octubre de 2.015 de autoventas, comerciales, promotores y trademark.

En definitiva, se ha acreditado que cuando la actor solicitó el reingreso no existía vacante de su categoría, resultando que el puesto de trabajo que desempeñaba la actora no ha sido conservado o reservado para ella, sino amortizado y, al no venir obligada la empresa por la ley a la reserva de la plaza, ha de considerarse en ejercicio lícito, correcto y no abusivo de sus facultades de organización y dirección del trabajo, procediendo con ello la íntegra desestimación de la demanda

QUINTO.- De conformidad con el artículo 191.1 de la LRJS contra esta sentencia procede recurso de suplicación.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que desestimando la demanda formulada por DÑA. _____
frente a _____, debo absolver y
absuelvo a la demandada de las pretensiones vertidas en su contra.

Se tiene por desistida a la actora de sus pretensiones frente a
Por último procede absolver al FOGASA.

Notifíquese a las partes.

Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, debiendo ser anunciado tal propósito mediante comparecencia o por escrito ante este Juzgado en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, debiendo designar letrado/a o graduado/a social para su formalización.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.