

En caso de excedencia voluntaria no está justificado conservar para el trabajador excedente el puesto de trabajo cuando el mismo ha sido amortizado.

Afirma 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 fue amortizada por reasignación de sus cometidos laborales a otros trabajadores o empresas. Se observa en este punto una gran diferencia entre la excedencia forzosa y la voluntaria, pues mientras en la primera concurren causas específicas y cualificadas de impedimento, incompatibilidad o dificultad de trabajar, el interés que está en la base de la segunda es genéricamente el interés personal o profesional del trabajador excedente voluntario, 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.

Tribunal Supremo

Sala de lo Social

Sentencia de 30 de abril de 2012

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 2228/2011

Ponente Excmo. Sr. FERNANDO SALINAS MOLINA

En la Villa de Madrid, a treinta de Abril de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa " *ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A.* ", representada por el Procurador Don Luis Fernando Granados Bravo, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 29-abril-2011 (rollo 527/2011), revocatoria de la dictada por el Juzgado de lo Social n.º 19 de Madrid en fecha 29-julio-2010 (autos 469/2010) en proceso de despido seguido a instancia del trabajador Don Valeriano contra la empresa ahora recurrente, la entidad " *MEDIARENA SERVICIOS, S.A.* " y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido Don Valeriano, representado por la Procuradora Doña Teresa Castro Rodríguez.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Fernando Salinas Molina,**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 29 de abril de 2011 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia en virtud del recurso de suplicación n.º 527/2011 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 19 de Madrid, en los autos n.º 469/2010, seguido a instancia del trabajador Don Valeriano contra la empresa " *Antena 3 de Televisión, S.A.* ", la entidad " *Mediarena Servicios, S.A.* " y el Fondo de Garantía Salarial sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, es del tenor literal siguiente: " *Que debemos estimar y estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de Don Valeriano contra la sentencia de fecha 29 de julio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social número 19 de Madrid, en sus autos número 418-10, con revocación de la misma, en el sentido de estimar parcialmente la demanda rectora de las presentes actuaciones y, en su consecuencia, que debemos declarar y declaramos la improcedencia del despido de que fue objeto el actor, condenándose a la empresa Antena 3 de Televisión S.A. a que en el plazo de cinco días a contar de la notificación de la presente sentencia opte entre readmitir al actor en las condiciones anteriores a la producción del despido o a indemnizarle con 54.749,22 euros, sin que proceda condenar al pago de salarios de tramitación. Sin costas.* "

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de fecha 29 de julio de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 19 de Madrid, contenía los siguientes hechos probados: " *Primero.- El actor, Valeriano, ha venido prestando sus servicios laborales para la empresa Antena 3, SA, teniendo la categoría profesional de operador de cámara, una antigüedad de 11 de noviembre de 1993 y un salario bruto mensual de 2.747,96 euros con prorrata de pagas extras. Segundo.- Habiendo solicitado el actor la excedencia voluntaria, le fue concedida la misma por un periodo de dos años, a contar desde el 22 de febrero de 2007. Tercero.- El 18 de enero de 2009 el actor solicitó la reincorporación a su puesto de trabajo. con fecha 22 de enero de 2009, la empresa comunicó al actor que no existía vacante disponible. Cuarto.- El actor, con fecha 30 de marzo de 2010, remitió a la empresa la siguiente comunicación: 'por medio de la presente, le comunico que mediante carta del comité de empresa de fecha 5 de marzo de 2010, he tenido conocimiento de que se ha procedido a la subcontratación de los servicios del área*

técnica de la empresa, a la que me encuentro adscrito, habiéndose despedido a los trabajadores que componían la misma y recolocándoles en la nueva empresa que se encargará de prestar los servicios, Mediarena Servicios SA. Dado que me encuentro en situación de excedencia voluntaria, a la espera de que se produzca una vacante de mi puesto o similar, entiendo que, al haber ocurrido estos hechos, dan por resuelto mi contrato de trabajo'.

Quinto.- Con fecha 6 de abril de 2010, la empresa remitió al trabajador la siguiente comunicación: 'En contestación a su carta lamentamos comunicarle que, como usted sabe, el departamento de planificación y operaciones, al que usted pertenecía, fue externalizado y las funciones correspondientes a su categoría se prestan a través de una contrata externa Mediarena Servicios SA. Por lo que, en estos momentos, no existe ninguna vacante de su categoría o similar por lo que nos es imposible atender a su solicitud. Insistimos, máxime cuando el departamento al que usted pertenecía no existe. Ello no obstante, puede usted dirigirse a la empresa Mediarena Servicios SA reclamando si así entiende que le asiste el derecho preferente a ocupar un puesto de su categoría en esta empresa'.

Sexto.- Con fecha 18 de marzo de 2010, Antena 3 Televisión, Mediarena Servicios SA, y 29 trabajadores de Antena 3 SA, suscribieron un documento que recogía las siguientes manifestaciones: 'Primero. Los comparecientes personas físicas han venido prestando sus servicios para la empresa Antena 3 Televisión SA. Segundo. Por parte de Antena 3 Televisión SA se comunicó el deseo de subcontratar su servicio de operaciones de Gestión de estudios, imagen, iluminación, y sonido con la empresa Mediarena Servicios SA, compareciente en este acuerdo; subcontratación que afectaría a los comparecientes en su totalidad, al estar integrados en Mediarena Servicios SA. Tercero.- A la vista de la subcontratación anunciada y con el fin de evitar cualquier procedimiento judicial en caso de discrepancia de los trabajadores con la misma, los trabajadores afectados iniciaron conversaciones con la empresa, habiéndose llegado a unos determinados acuerdos al respecto que se regirán por lo establecido en el presente documento'. Dicho documento recogía las siguientes estipulaciones: 'Primera. Con efectos del próximo día 25 de marzo de 2010, Antena 3 Televisión SA procederá a extinguir la totalidad de los contratos de los comparecientes personas físicas y a abonar una indemnización igual a cuarenta y cinco días por año de antigüedad, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. Una vez hecho efectivo el despido y abonadas las cantidades que correspondan por liquidación, los trabajadores comparecientes declaran que, salvo buen fin de los pagos y excepción hecha de las condiciones que se regulan en el presente acuerdo a continuación, se dan totalmente por saldados y finiquitados de la relación que les unía con Antena 3 Televisión SA, declarando no tener nada más que reclamar y por ningún otro concepto (excepto los derivados de las estipulaciones del presente acuerdo) desde la fecha de extinción, liberando a la empresa de cuantas responsabilidades pudiera tener por la extinción de la relación ahora acordada y comprometiéndose a no impugnar dicha extinción, ni los presentes acuerdos. En la fecha prevista esto es el próximo 25 de marzo de 2010, se hará entrega a los trabajadores de una carta de despido reconociendo su improcedencia a todos los efectos, incluso a los efectos de que puedan ocasionalmente solicitar la prestación por desempleo. Segunda. Por parte del compareciente Mediarena Servicios SA se garantiza que a la vez y en el mismo acto ATV les entregue la carta de despido como improcedente y se les abone la indemnización correspondiente, se formalizarán con los trabajadores comparecientes que así lo deseen un nuevo contrato de trabajo con fecha de inicio de 26 de mayo de 2010 en el que, además de las cláusulas generales correspondientes, se incluyan de manera obligatoria las que se hacen constar a continuación: 1. El contrato se realizará ex novo, y sin antigüedad, siendo de aplicación desde el primer momento de su inicio las condiciones recogidas en el CC de la Industria de la Producción Audiovisual. Los trabajadores declaran expresamente aceptar ambas condiciones como contenido esencial de su relación laboral y renunciando a cualquier reclamación derivada de estos dos extremos. 2. Se establecerá en dichos contratos que, independientemente del salario que corresponda por el convenio aceptado de aplicación en el párrafo anterior, se garantizará a cada empleado una retribución bruta anual total de 26.500 euros. 3. Dicha retribución anual incluirá un plus de disponibilidad de retribuir tanto el hecho en sí de la disponibilidad (de acuerdo con lo recogido en el CC de la Industria de la Producción Audiovisual) como el tiempo de trabajo invertido, siempre que dicha jornada no exceda de la legal o pactada en 10 horas mensuales, las cuales no tendrán consideración de horas extraordinarias y cuya compensación económica está por tanto comprendida en el importe de este plus. Asimismo incluirá un plus de prolongación de jornada de 2000 euros brutos anuales; mediante este plus se compensa el ajuste horario necesario para adaptar el que venían realizando los trabajadores antes de su incorporación a Mediarena Servicios SA. Así, y mientras que el trabajador preste servicios en un horario de 40 horas semanales, percibirá la cantidad por tal concepto, cesando en su cobro cuando retorne a una jornada de 35 horas semanales. Ambos complementos no podrán ser suprimidos salvo acuerdo entre trabajador y empresa. Asimismo la retribución anual incluirá un plus a cuenta de convenio que no tiene carácter compensable ni absorbible y es totalmente consolidable y estará sujeto a la subida que se pacte para el salario base. 4. Durante el primer año de contratación, es decir, desde 26 de marzo de 2010 a 25 de marzo de 2011 el trabajador tendrá la opción entre la indemnización y la readmisión si es despedido y su despido es declarado o reconocido improcedente. 5. La empresa Mediarena Servicios SA se compromete, respecto a de los trabajadores firmantes del presente acuerdo, a no llevar a cabo ninguna medida colectiva de extinción de contratos por expedientes de regulación de empleo o individual a través de extinciones por causas objetivas en idéntico período de un año (desde 26 de marzo de 2010 a 25 de marzo de 2011). 6. En todo momento, Mediarena Servicios SA facilitará la formación y cursos precisos de adaptación, obligándose a mantener actualizados los conocimientos de la plantilla al respecto. Tercera. De igual forma, durante el mencionado período de un años (desde 26 de marzo de 2010 a 25 de marzo de 2011) la empresa Mediarena Servicios SA no podrá aplicar medidas de movilidad geográfica de las previstas en el artículo 40 del ET, ni siquiera de carácter temporal, y excepción hecha de los desplazamientos necesarios para cubrir el servicio concreto de que se trate. Cuarta. En caso de discrepancia entre el contenido de los contratos individuales de las personas intervinientes y el presente documento, se dará preferencia a lo recogido en este contrato'. Séptimo.- Con fecha 26 de marzo de 2010, Antena 3 Televisión SA y Mediarena Servicios SA suscribieron contrato cuyo objeto era el siguiente: 'El presente contrato tiene por objeto regular la prestación por parte de Mediarena Servicios SA a favor de Antena 3 Televisión SA como proveedor exclusivo, de los servicios de operaciones de estudios y platós de televisión que figuran descritos e identificados en el Anexo I (en adelante, 'los servicios') con la extensión, continuidad y calidad que se establecen más adelante. Los servicios incluyen

todas las actividades que son necesarias para la gestión, operación y control de estudios y platós de televisión, para la producción de cualquier programa de televisión, sea de Antena 3 Televisión SA o de cualquier empresa del grupo, todo ello de conformidad con lo detallado en el Anexo I. Estos servicios serán de carácter integral e incluirán desde las labores de diseño y montaje de cada una de las áreas implicadas hasta las tareas de operación y desmontaje final, todo ello sujeto a los planes de 'producción y/o emisión de Antena 3 Televisión SA que a tal efecto serán comunicados a Mediarena Servicios SA con la suficiente antelación. Sin perjuicio de la descripción de tareas que figuran en el mencionado Anexo I, ambas partes consideran que la prestación de Mediarena Servicios SA es de carácter integral, y que por tanto debe incluir todas las necesidades de Antena 3 Televisión SA en relación con los servicios acordados por ambas partes debidamente presupuestados, y recogidos en este contrato y sus anexos. Se incluye en el alcance del presente contrato la prestación, con carácter general, de los siguientes servicios: Gestión, control y operación de la iluminación. Gestión, control y operación del sonido. Gestión, control y operación de las cámaras. Gestión, control y operación de los mezcladores. Control de imagen. Gestión, control y operación de las grúas. Operaciones auxiliares. Organización y gestión de estudios. Los servicios contratados incluyen todos los aspectos que son necesarios para su prestación en condiciones adecuadas de acuerdo con el presente contrato y sus anexos, tanto en lo relativo a recursos técnicos y medios humanos como en la celebración de acuerdos con otros proveedores para su adecuada prestación. Mediarena Servicios SA garantiza a Antena 3 Televisión SA que su organización empresarial tiene por sí misma la capacidad y flexibilidad imprescindibles para ofrecer la prestación de los servicios, y se compromete a asegurar su correcta ejecución según las necesidades definidas por Antena 3 Televisión SA.' Para el desarrollo de esta actividad, Mediarena Servicios SA hace uso de sus propios medios productivos: cámaras, equipos de grabación y montaje, y estudios. Octavo. Presentada por el actor papeleta de conciliación, el mismo tuvo lugar el 26 de abril de 2010, con la conclusión de intentado y sin efecto ".

El fallo de dicha sentencia, es del tenor literal siguiente: " Que desestimando las excepciones planteadas, y desestimando la demanda interpuesta por Valeriano contra la empresa Antena 3 Televisión S.A. y Mediarena Servicios S.A., debo absolver y absuelvo a las empresas de las pretensiones deducidas en su contra en el escrito de demanda ".

TERCERO.- Por el Letrado Don Fernando Vizcaíno de Sas, en nombre y representación de la empresa " *Antena 3 de Televisión, S.A.* ", mediante escrito con fecha de entrada al Registro de este Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de Gran Canaria, de fecha 15-septiembre-2008 (rollo 505/2008). SEGUNDO.- Primero.- Alega infracción del art. 46 párrafo 5.º del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. Segundo.- Alega infracción de los arts. 54 y 56 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 24 de noviembre de 2011, se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del mismo a la parte recurrida, Don Valeriano, representado por la Procuradora Doña Teresa Castro Rodríguez, para que formalizara su impugnación en el plazo de diez días.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación por la parte recurrida, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para que emitiera informe, dictaminando en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 26 de abril actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si se ha producido un despido o extinción contractual y si tiene o no derecho a la indemnización correspondiente, el trabajador, cuyo puesto de trabajo ha sido objeto de externalización junto con el de otros trabajadores del mismo servicio o departamento, cuando aquél se encontraba en situación de excedencia voluntaria.

2.- La sentencia recurrida (STSJ/Madrid 29-abril-2011 -rollo 527/2011, revocatoria de la de instancia - SJS/Madrid n.º 19 29-julio- 2010 -autos 469/2010) da una respuesta positiva, razonando que " *adentrándonos ahora en el elemento nuclear del debate se debe tener presente la doctrina jurisprudencial asentada sobre el particular discutido por nuestro Alto Tribunal (por todas sentencia de 22 de noviembre de 2007...), conforme a la cual es necesario distinguir entre las situaciones de negativa rotunda e irrevocable de la empresa al reingreso solicitado por el trabajador, lo que viene a suponer la voluntad de ruptura del vínculo jurídico-laboral que mantiene con el mismo y las de simple omisión de respuesta a la solicitud de reingreso o de aplazamiento de este último para el momento en que se produzca vacante adecuada para la categoría y puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador excedente o cualquier otra contestación en la que se invoca una justificación razonable a la reincorporación, de tal modo que únicamente se considerará despido - y a tales estrechos contornos se debe ceñir nuestro pronunciamiento, con las consecuencias a dicha declaración aparejadas - el primero de los supuestos enunciados. Pues bien, aplicando tales consideraciones al caso concreto enjuiciado se debe alcanzar... una conclusión jurídica estimatoria del motivo. A tal consideración conduce el iter fáctico de la sentencia, de donde es dado apreciar una posición adoptada por la empresa denegatoria de la perduración del vínculo laboral que, de manera expectante, mantenía con el actor, toda vez que los términos empleados en la contestación dada por la empleadora... -a requerimiento del actor... efectuado con ocasión de la subrogación de*

los servicios del área técnica en el que se encontraba integrado-, habiendo solicitado previamente su reincorporación a la empresa en solicitud de..., indicando que como usted sabe el departamento de planificación y operaciones, al que usted pertenecía, fue externalizado y las funciones correspondientes a su categoría se prestan a través de una contrata externa MEDIANERA SERVICIOS SA. Por lo que, en estos momentos, no existe ninguna vacante de su categoría o similar por lo que nos es imposible atender a su solicitud. Insistimos, máxime cuando el departamento al que usted pertenecía no existe. Ello no obstante, puede usted dirigirse a la empresa MEDIANERA SERVICIOS SA reclamando si así entiende que le asiste el derecho preferente a ocupar un puesto de su categoría en esta empresa, vinculando con ello el derecho al reingreso del actor con la externalización operada, con posterior remisión, en cuanto al ejercicio de su pretensión se refiere, a la empresa externa, evidencian... una ruptura definitiva del nexo contractual con las consecuencias jurídicas a dicha declaración inherentes".

SEGUNDO.- 1.- La entidad empleadora del trabajador demandante recurre en casación unificadora la citada sentencia de suplicación, alegando infracción del art. 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, e invocando como sentencia contradictoria la STSJ/Canarias, sede en Las Palmas, de fecha 15-septiembre-2008 (rollo 505/2008).

2.- En la sentencia referencial se rechaza la existencia de despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria que durante dicho periodo la empresa había contratado con una entidad externa la prestación de los servicios de rotulista que efectuaba el demandante, y que contesta a la petición de reingreso señalando " *que no puede incorporarlo a la plantilla por no existir actualmente ni en la fecha prevista para su incorporación posible en la empresa, la categoría de Ayudante de Rotulista, por haber ya externalizado la empresa dicho servicio y no existir* ", constando que la empleadora con una empresa tercera habían acordado un contrato para el mantenimiento anual de la rotulación de vehículos, limitado al suministro por parte de la empresa tercera de la mano de obra necesaria por personal contratado por la misma para mantener la flota de vehículos rotulados y no incluye el material. La sentencia referencial rechaza la existencia de despido por entender que el puesto de trabajo del demandante estaba amortizado " *dado que las funciones de rotulación de vehículos se han externalizado y encomendado a una empresa especializada y que ya no existe ningún trabajador en plantilla que las desarrolle* ".

TERCERO.- Como destaca el Ministerio Fiscal en su informe concurre la identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones que exige el art. 217 LPL, vigente en la fecha de interposición del recurso, para la viabilidad del mismo. Pues ambos trabajadores estando en situación de excedencia voluntaria sus respectivas empleadoras externalizaron el contenido de sus funciones y alegaron amortización de los correspondientes puestos de trabajo del trabajador excedente, siendo las soluciones dadas por una y otra distintas, pues mientras la recurrida declaró la existencia de un despido improcedente, la de contrate entiende que la plaza que ocupaba el demandante había sido válidamente amortizada y no tenía derecho al reingreso; sin que resulten ser circunstancias trascendentes en orden a la apreciación del requisito de contradicción no tratarse de datos esenciales diferenciadores, el que en la sentencia impugnada existe un pacto consistente en un acuerdo alcanzado entre los trabajadores que continuaron prestando servicios tras la excedencia del demandante y las empresas afectadas, aceptando los primeros un despido con indemnización por parte de la primera empresa y pactando su contratación por la empresa externa en determinadas condiciones, lo que no concurre en la sentencia de contraste; ni el que en esta última se rechaza directamente la readmisión, mientras que en la recurrida se aceptan las posibles acciones tendente al reingreso por parte del demandante con fundamento en el citado pacto con remisión para el posible ejercicio del derecho a la reincorporación a la empresa externa.

CUARTO.- 1.- 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 cualificadas 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 " .

3.- Por otra parte, en la STS/IV 25-octubre-2000 (rcud 3606/1998, Sala General) se rechazó la reclamación de indemnización de despido colectivo por cierre del centro de trabajo de los trabajadores demandantes, que habían pasado a la situación de excedencia voluntaria común por su exclusiva voluntad, desarrollando en tal situación otras actividades profesionales, argumentando, en esencia, que " *No es lo mismo la pérdida de un puesto de trabajo que se está desempeñando y que constituye normalmente el medio de vida del trabajador, que el desvanecimiento del derecho expectante a ocupar una vacante en la empresa en la que se prestaron servicios, y de la que el trabajador se apartó, en el caso típico para el desempeño de otro puesto de trabajo o de otra actividad profesional* " .

QUINTO.- 1.- La aplicación de la anterior doctrina al caso, evidencia que ha sido la sentencia referencial la que ha aplicado la buena doctrina y no la recurrida, cuyos argumentos no comparte esta Sala. Porque el relato de hechos probados contiene los datos fácticos suficientes que acreditan, que " *cuando el actor solicitó el reingreso no existía vacante de su categoría* " al haber sido externalizadas las funciones desempeñadas en el departamento en que había prestado sus servicios el demandante con anterioridad al inicio de la situación de excedencia voluntaria, incluso con el consentimiento de los trabajadores que habían continuado tras dicha fecha prestando servicios en dicho departamento, por lo que el puesto de trabajo que desempeñaba el actor no ha sido conservado o reservado para él, sino que fue amortizado junto con los restantes puestos del referido departamento; y 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; y, sin que, como destaca el Ministerio Fiscal, la alegación de la parte recurrida sobre la falta de acreditación de la necesidad objetiva de amortizar puestos de trabajo, por tratarse de una cuestión que no se ha debatido en estos autos ya que no a discutirse si la decisión empresarial de externalizar unos determinados servicios fue o no ajustada a Derecho, no es posible debatir tal cuestión en esta sede casacional y, menos aún, al haber sido formulada por la parte recurrida.

2.- Por lo expuesto, debe estimarse el recurso de casación unificadora, casando y anulando la sentencia impugnada, y resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por el trabajador demandante, confirmando la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda; sin pérdida del depósito constituido para recurrir, con devolución o cancelación de consignaciones o aseguramientos conforme al fallo de esta sentencia y sin imposición de costas (arts. 223, 226 y 233.1 LPL).

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa " *ANTENA 3 DE TELEVISIÓN, S.A.* " contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de

Madrid, en fecha 29-abril-2011 (rollo 527/2011), revocatoria de la dictada por el Juzgado de lo Social n.º 19 de Madrid en fecha 29-julio-2010 (autos 469/2010) en proceso de despido seguido a instancia del trabajador Don Valeriano contra la empresa ahora recurrente, la entidad " *MEDIARENA SERVICIOS, S.A.* " y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. Casamos y anulamos la sentencia impugnada, y resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimamos el recurso de tal clase interpuesto por el trabajador demandante, confirmando la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda; sin pérdida del depósito constituido para recurrir, con devolución o cancelación de consignaciones o aseguramientos conforme al fallo de esta sentencia y sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 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.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Salinas Molina hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.