

Grado en Derecho

Facultad de Derecho
Universidad de León

Curso 2018 / 2019

**EXCEDENCIA VOLUNTARIA Y COMPETENCIA
DESLEAL**

(LEAVE ON PERSONAL GROUNDS AND UNFAIR COMPETITION)

Realizado por el alumno D^a. María Sonia Rubiño Correa

Tutorizado por el Profesor D. Juan José Fernández Domínguez

ÍNDICE

INDICE.....	1
RESUMEN.....	3
ABSTRACT.....	3
OBJETIVOS.....	4
METODOLOGÍA.....	6
I.-INTRODUCCIÓN HISTÓRICA. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA “EXCEDENCIA VOLUNTARIA”.....	7
II.- NATURALEZA JURÍDICA.....	11
II.1.- Análisis evolutivo de la naturaleza jurídica hasta su realidad actual. El problema para crear jurisprudencia.....	11
II.1.1.- Análisis de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de noviembre de 1989.....	13
II.1.2.- Situación posterior y visión actual.....	16
II.2.- Excedencia voluntaria y extinción del contrato de trabajo.....	17
II.3.- Excedencia voluntaria y suspensión del contrato de trabajo.....	20
III.- PRÓRROGA DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA.....	30
III.1.- Prórroga expresa.....	30
III.2.- Prórroga tácita o atípica.....	33
IV.-RECONOCIMIENTO/NEGACIÓN/SILENCIO EN LA RESPUESTA EMPRESARIAL. PROBLEMAS CONCEPTUALES.....	35
V.- RELACIÓN LEY-CONVENIO Y SU INCIDENCIA EN LA DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EXCEDENCIA.....	41
V.1.- Relación ley-convenio.....	41
V.1.1.- Relación ley-autonomía colectiva en la CE.....	41
V.1.2.- Relación ley-autonomía colectiva a la luz de la ley.....	42

V.2.- Principales manifestaciones de las relaciones ley-autonomía colectiva.....	44
V.2.1.- Relación de complementariedad.....	46
V.2.2.- Relación de complementariedad.....	47
VI.- TRATAMIENTO CONVENCIONAL DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA Y SU RELACIÓN CON LAS PREVISIONES CONTENIDAS EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.....	48
VII.- COMPETENCIA DESLEAL Y EL PACTO DE NO CONCURRENCIA DURANTE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA.....	52
VII.1.- Regulación, requisitos y límites legales.....	52
VII.1.1.- Delimitación de especies.....	58
VII.1.2.- El papel de la buena fe contractual y su relación con la competencia desleal.....	62
VII.2.- Cláusulas convencionales sobre competencia desleal. Algunos problemas del convenio como patrón para sancionar.....	67
CONCLUSIONES.....	78
BIBLIOGRAFÍA.....	81

RESUMEN

El presente trabajo analiza el derecho del trabajador a disfrutar de la excedencia voluntaria y su ejercicio a partir de sus problemas más frecuentes, en particular su relación con la prohibición de concurrencia desleal durante esta situación. Traza para ello un examen de los dos institutos y las complejas relaciones que puede presentar su desarrollo a través de convenio o contrato.

Palabras Clave: Excedencia voluntaria. Competencia desleal. Convenio colectivo. Contrato de trabajo.

ABSTRACT

The present work analyzes the worker's right to enjoy the leave on personal ground and its exercise from their most frequent problems, in particular their relationship with the prohibition of unfair competition during this situation. For this purpose, it draws up an examination of the two institutes and the complex relationships that their development can present through an agreement or contract.

Keywords: Leave on personal ground. Unfair competition. Collective agreement. Work contract.

OBJETIVOS

El objetivo del presente trabajo viene dado por poner en evidencia cuanto el legislador no ha abordado de manera expresa y aparece frecuentemente como un grave problema en la práctica: que el trabajador solicite una excedencia voluntaria para mejorar su situación profesional; desempeñando, a tal forma, igual actividad a la que venía realizando hasta ese momento.

Afronta, por tanto, una de las modalidades señeras de enfrentamiento entre el derecho al empleo (bajo la forma, en este caso, de una singular situación suspensiva que podría garantizar su reincorporación a la entidad a la cual aparece vinculado durante la excedencia) y el legítimo interés empresarial a no soportar ningún perjuicio derivado del comportamiento de quien debe seguir siendo considerado como un trabajador de plantilla.

Para encontrar solución a este conflicto parecía necesario atender a varias cuestiones sucesivas; en concreto cinco:

1º) La evolución histórica de la excedencia como género, y la singular naturaleza jurídica de la voluntaria como especie significada que ha de ser distinguida tanto de la forzosa como de aquella diseñada para poder prestar atención a hijos y familiares.

2º) Delimitado su sentido final a partir de una jurisprudencia que se cierra en los años 90, y que plantea el problema de carecer de una línea de continuidad uniforme en los Tribunales Superiores de Justicia, preciso era atender a tres grandes interrogantes constituidos en otros tantos objetivos derivados: articulación convencional de la excedencia voluntaria, implicaciones de su naturaleza suspensiva en relación con el principio de buena fe y su expresión a través de la competencia desleal.

3º) El desarrollo convencional de la excedencia voluntaria, así como su matización por el contrato de trabajo, permitirá constatar que, cuando no se repiten los términos de la ley (situación harto frecuente), los representantes de los trabajadores no han atendido precisamente a los intereses de los excedentes. Así, como tónica desconocen la elemental

suplementariedad que debe regir las relaciones ley-convenio en este ámbito para, en uso de una complementariedad que debería ceñirse a aspectos de procedimiento, hacer de peor derecho a quienes quisieran disfrutar de la excedencia.

Comportamiento que sería de recibo cuando acudieran a la vía del art. 46.6 ET, pero sin desconocer la opción que en este caso debe corresponder al trabajador para acogerse a la excedencia legal o convencional.

Con una mezcla difícil de comprender en su sentido final, convierten el instituto en un lugar donde se confunde lo legal y lo convencional al punto de recrear o moldear la excedencia voluntaria a conveniencia del empresario y, al parecer, también de cuantos no desean acceder a esta singular situación suspensiva y con su actuación “castigan” a los compañeros que así lo hacen.

4º) Para llegar a esta conclusión basta con examinar la naturaleza jurídica del instituto y la deformación que puede sufrir a través del convenio o de cláusulas de adhesión localizadas en distintos contratos: el ejercicio pasa no por una comunicación, sino por su solicitud o reconocimiento, y la reincorporación no dependerá solo de la existencia de vacantes (que bien pudieran ser amortizadas durante el periodo de ausencia del trabajador), sino de un comportamiento en el cual se viene a demandar del beneficiario, bien que no haya trabajado, bien que lo haya hecho totalmente al margen de la actividad que anteriormente desempeñaba.

5º) Desemboca así el discurso, de manera natural, en un análisis necesario de la mayor o menor elasticidad del concepto de competencia desleal, tanto en la situación de excedencia legal como convencional. Origen de un nuevo cruce de fuentes difícil de desentrañar, pues a las variantes que se han descubierto en la excedencia deben añadirse las de complementariedad o complementariedad que pudiera presentar la competencia desleal en función de los diversos escenarios derivados de la situación suspensiva.

Conocer el alcance de cuanto pudiera llegar a ser una trasgresión de la buena fe contractual significará proporcionar un concepto de competencia desleal que no aparece en la ley y cuya delimitación por convenio tantas veces cabría calificar como inaceptable, por suponer una renuncia de derechos del trabajador que no admiten transacción colectiva al ser de naturaleza estrictamente individual.

METODOLOGÍA

La lectura de la bibliografía recomendada por el tutor, así como de la jurisprudencia que solo existe hasta principios de la década de los 90, fue el primer paso necesario a la hora de acometer un empeño para el cual se tenía una respuesta previa, pero se desconocía cómo llegar a ella utilizando la argumentación jurídica.

Y precisamente después de muchas horas de paciente lectura de obras y pronunciamientos judiciales, el punto de arribada fue que, salvo excepciones, ninguno de los caminos transitados llevaba a puerto seguro.

Cabría afirmar, por tanto, que la metodología final no ha sido sino un “tantear” durante más de un año, escribiendo y borrando lo escrito, cambiando drásticamente de parecer y comprobando, como se había advertido de principio por el tutor, que la única solución era reconstruir los cimientos de los institutos y avanzar por la senda de la relación clásica entre fuentes.

Aunque el método inductivo resultó útil para detectar los problemas en su base y configurar categorías, el peso final fue precisamente el proveniente del método inverso, pues solo de la deducción pudo obtenerse un resultado satisfactorio.

En este proceso de aprendizaje continuado e inacabado ha sido la profundización en la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria y la competencia desleal así como la aplicación en abstracto de las relaciones ley-convenio-contrato que afectan tanto a cada uno de los institutos, como su adecuada mezcla en las situaciones de colisión, la que ha permitido elaborar un discurso y alcanzar unas conclusiones que aparecen teñidos del color de la provisionalidad, pues el esfuerzo requeriría más años de los que se dispone para confirmar si la hipótesis que se presenta puede ser convertida en tesis.

I.- INTRODUCCIÓN HISTÓRICA. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA “EXCEDENCIA VOLUNTARIA”

La excedencia voluntaria, como especie significada del género, supone el cese de la prestación del servicio por parte del trabajador y la no recepción del salario que percibía durante un período de tiempo determinado (de 4 meses a 5 años, aunque cabe establecer otros límites por convenio), el cual no computará como antigüedad, ni será tenido en cuenta a la hora de calcular una eventual indemnización por despido.

En su origen, esta variante no causal o *ad nutum* fue utilizada en el marco de la función pública¹, pudiendo remontarse a casos donde los funcionarios venían obligados a cesar en su ocupación², por mor de una organización del servicio (tales como reducción o reorganización de plantillas, e incluso la supresión de puestos de trabajo) a partir de la cual veían extinguida su plaza, aun cuando les fueran abonadas parte de sus retribuciones³.

Con posterioridad, el término “excedencia” fue utilizado en el Proyecto de Ley de 20 de mayo de 1862, destinado a regular unas pensiones obedientes a esta causa en favor del funcionario⁴, y ulteriormente en la Ley de Bases de 22 de julio de 1918 (Estatuto de Maura), con una regulación y un régimen jurídico bastante más cercano al actual, distinguiendo una excedencia forzosa y otra voluntaria.

¹ VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo”, en AA.VV. (BORRRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (Edersa), 1983, Vol. 1, T. IX, pág. 98, quien alude al genuino significado de la situación jurídica del funcionario excedente: “situación en que se encuentra alguien (o algo) que «excede» (que sobra) respecto de una medida convencional. En este caso sería la situación de un trabajador que «excede de la plantilla»”.

² GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Excedencia voluntaria común y derecho a la indemnización derivada de expediente de regulación de empleo”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2000, pág. 1099.

³ PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, Madrid (Montecorvo), 1983, pág. 93.

⁴ PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, cit., pág. 50.

En su raíz, por tanto, la figura aparece relacionada con los funcionarios públicos y con las cesantías⁵ (al principio no había tales, sino despidos), como forma de hacer frente a la coyuntura para lograr que, tras cada cambio político del Gobierno, los funcionarios no tuvieran que marcharse de su puesto de trabajo, permaneciendo en situación de excedencia.

También aparece muy vinculada a la situación de las mujeres, en especial cuando tenían que atender al cuidado de hijos. Al carecer de un instituto creado al efecto, para este fin u otros similares, se utilizó este (en principio, no denominado excedencia voluntaria, sino simplemente “excedencia”), el cual fue aplicado fundamentalmente a maestras y al personal de telefónica, pues dentro de la organización administrativa eran las que disponían de más empleadas en ese momento, y desde allí fue traspasado al Derecho del Trabajo.

De esta forma sería en el ordenamiento laboral donde despliegue su autonomía, permitiendo sentar con toda contundencia que “la excedencia voluntaria aparece delimitada por la doctrina, científica y jurisprudencial, como institución trasplantada al mundo laboral desde el Derecho Administrativo por su misma naturaleza jurídica”⁶.

La primera Ley de Contrato de Trabajo de 27 de noviembre de 1931 recogía algunos supuestos susceptibles de ser equiparados a la excedencia voluntaria (como la incapacidad del trabajador, el ejercicio de cargo público, el descanso por alumbramiento, etc.); situaciones no calificadas como excedencia, sino como suspensión del contrato de trabajo. En el mismo sentido, sin hacer mención expresa, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 sentaba que tales figuras atípicas en ningún caso supondrían una extinción del contrato de trabajo.

Las variantes mentadas en estas dos leyes están en el origen de la suspensión del

⁵ BALBUENA GUIRNALDOS, A.: “El cesante: análisis de un tipo social del siglo XIX”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, núm. 2, 1990, pág. 47, quien distingue diversos motivos a los que obedece la cesantía: a) política, b) disciplinaria, c) por reforma o supresión de plazas y d) por consecuencias del servicio. Entre ellos cabe destacar la política, la cual se produce por la aplicación del “sistema de despojos”, con lo que a cada cambio de Gobierno –o reajuste ministerial-, especialmente a partir de 1854, le corresponde una remoción más o menos generalizada de empleados públicos, para situar en los cargos a personas adictas, con independencia de su idoneidad para el puesto. Al ser estos cambios tan habituales en el agitado siglo XIX, casi todos los empleados podían acabar por verse más o menos afectados en un momento u otro de su carrera.

⁶ STSJ Madrid 4 junio 1992 (AS 3413).

contrato de trabajo. De hecho, así fueron recogidas en el actual art. 45 ET, dando pie a un curioso conflicto jurídico de interés, pues algunas Reglamentaciones y Ordenanzas Laborales consideraron estas situaciones como de excedencia, y no como suspensión, e ignoraron la suspensión como situación jurídica.

Ello trajo como consecuencia una confusión normativa entre ambas instituciones, y dio pie a que cuanto hasta el momento era típico de la relación funcionarial, emigrara hasta el ámbito del Derecho Laboral a través de las primeras Reglamentaciones de Trabajo⁷ (no fue incorporado nunca a través de una ley), donde fue creciendo.

Al tratarse de una normativa sectorial, el resultado fue que en unos determinados ámbitos funcionales era acogida y en otros no, e incluso los que la contemplaban no lo hacían de igual forma, a través de la fijación de unos requisitos similares; antes, al contrario, creaban unos matices o características distintos unos de otros y establecían sus propios requisitos en función de sus particulares necesidades.

La Ley de Relaciones Laborales de 1976 estableció ya los primeros supuestos de excedencia⁸, aunque con una regulación dispersa, sirviendo la evolución posterior para expandir sus funciones en el ámbito del Derecho Laboral, pasando a ser equiparada a una causa de suspensión del contrato de trabajo. Finalmente, llegará a transformarse en un instituto de nuevo cuño, siendo la excedencia y la suspensión dos figuras muy parecidas, pero que traen aparejadas consecuencias jurídicas distintas para el trabajador y el empresario, aun cuando para algunos autores hubiera bastado con una simple ampliación de las causas suspensivas del contrato de trabajo, a fin de recoger la desde entonces conocida como “excedencia voluntaria”⁹.

Hasta el año 1980 no cabe identificar la excedencia voluntaria como tal. Antes de esa fecha tampoco obraba alusión en momento alguno a la prohibición de competencia desleal, es decir, no había vinculación alguna de la excedencia con ningún tipo de trabajo

⁷ VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo”, cit., pág. 99.

⁸ MONGE RECALDE, J.L.: *La excedencia laboral en la jurisprudencia*, Barcelona (Bosch), 1987, pág. 38, quien afirma que esta Ley aquilata el concepto de excedencia voluntaria, pero sin profundizar en el mismo, estableciendo plazos de antigüedad y duración, y remitiéndose en todo lo demás a lo establecido en las Ordenanzas Laborales y convenios colectivos.

⁹ PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995, pág. 12.

por cuenta ajena o propia. De hecho, los excedentes en la función pública rara vez materializaban su reincorporación¹⁰. Por cuanto respecta al régimen establecido en Ordenanzas y Reglamentaciones, los únicos que lo hacían eran los liberados sindicales (del sindicato vertical), pues dependían de pautas propias, casi siempre al calor del favor político.

En la práctica, la ordenación de las excedencias estaba pensada y prevista para cuantos abandonaban el trabajo con una posible expectativa de reincorporación, que a efectos operativos no tuvo mucho sentido, pues no funcionó salvo para cargos políticos. En sentido propio cubría situaciones de excedencia forzosa, pero al no cumplir con los requisitos exigidos para la misma (como tampoco lo hacía la comisión de servicios), forzaron a recurrir a la voluntaria.

En la actualidad aparece regulada en el art. 46 ET¹¹. Precepto apenas reformado, para acoger una situación en esencia destinada a proteger la estabilidad del empleo¹², así como la propia libertad del trabajador, pero a través de una regulación dispersa, con proliferación de variantes de distinto rango que, por emplear criterios conceptuales discordantes, han dado lugar a un panorama ciertamente caótico.

De este modo, la forma bajo la cual tuvo lugar la delimitación de su régimen legal ha creado innumerables dudas en su interpretación por los Tribunales (especialmente en los Tribunales Superiores de Justicia), los cuales no se han puesto de acuerdo en aspectos tan esenciales como su naturaleza suspensiva o extintiva, la relación ley-convenio, los márgenes de actuación empresarial o el papel de la autonomía individual y de la buena fe en la configuración final de este derecho.

¹⁰ VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo”, cit., pág.102.

¹¹ El art. 46 ET/80 fue un punto de encuentro ante tanta confusión, aunque no con mucho éxito, pues pasaron a agruparse bajo la rúbrica de “excedencias” todas las situaciones anteriores que estaban reguladas con carácter disperso. En este sentido, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *Debate Parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (Instituto de Estudios Sociales), 1982, T. II, pág.136.

¹² GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en derecho del trabajo*, Granada (Comares), 1998, pág. 7, quien opina que proteger la estabilidad del empleo fue su propósito, aunque no lo consiguió; sin embargo, a su juicio sí contribuyó a mantener la vigencia del contrato, dificultando que el empresario optara por su extinción durante el tiempo que durase la situación de excedencia. En el mismo sentido, también, VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo”, cit., págs. 29-30.

Todo ello ha dado lugar a un diseño actual un tanto atípico, donde, por un lado, obra la regulación legal de la excedencia voluntaria común; y, por otro, unas subespecies de excedencia o “excedencias especiales” creadas al amparo de lo previsto en el art. 46.6 ET.

El panorama aparece, de este modo, teñido de incertidumbre e inseguridad (tanto para los trabajadores como para los empresarios) ante la falta de una regulación más clara y concisa; dando lugar, por ejemplo, a disfrazar como competencia desleal situaciones que no lo son, o bien a una interpretación interesada de supuestos, aprovechando su ambigüedad para, por ejemplo, justificar un despido o dar por extinguida una relación laboral, dejando sin sentido la propia esencia del derecho al trabajo, el cual no sólo comprende el derecho a una ocupación, sino también la libertad de elección de profesión u oficio.

II.- NATURALEZA JURÍDICA

II.1.- ANÁLISIS EVOLUTIVO DE LA NATURALEZA JURÍDICA HASTA SU REALIDAD ACTUAL. EL PROBLEMA PARA CREAR JURISPRUDENCIA

Para entender las distintas connotaciones y consecuencias derivadas de considerar la excedencia voluntaria con una u otra naturaleza jurídica, procede remontarse al momento de su regulación primera (y casi única), donde surgieron los mayores problemas interpretativos: en parte por dejadez del legislador, quien no aclara de manera precisa el sentido de esta institución, dando lugar a una legislación ambigua; en parte, por su configuración en la negociación colectiva, pues el convenio vigente en el momento de solicitar la excedencia puede establecer otro tipo de condiciones respecto de las reguladas legalmente.

Así, un arduo debate parlamentario sirvió para perfilar su carácter jurídico. No sin despertar gran polémica al confundir, en cierto modo (o bien asimilar), dos visiones muy dispares y distintas, como son su carácter extintivo, por un lado (interpretación que apenas cuenta con adhesiones en la doctrina y la jurisprudencia), y el suspensivo (en sus distintas manifestaciones), por otro.

Ambas posiciones conllevan efectos y consecuencias jurídicas distintas en cada caso. Dato a partir del cual los Tribunales encontraron motivos para defender tanto la naturaleza suspensiva como la extintiva, e incluso su carácter mixto¹³.

Su regulación actual responde a la necesidad de llegar a un acuerdo para poder aprobar el propio Estatuto de los Trabajadores. La idea dominante o mayoritaria pasaba por considerarla de naturaleza suspensiva (curiosamente defendida por un partido de centro-derecha, UCD, a pesar de ser una tesis que beneficia claramente al trabajador), en contraposición con la minoritaria, sostenida por el Grupo Socialista¹⁴ en el Congreso, con lo cual un partido más *pro operario* defendía la naturaleza extintiva, a priori más perjudicial para el trabajador.

El compromiso final supuso colocar juntas dos visiones, en principio, incompatibles entre sí, dentro del art. 46 ET: de un lado, cabrá inferir, a partir del primer inciso, su carácter suspensivo; de otro, y en su continuación, la vinculación a una causa de extinción atípica.

El problema de raíz parte de la tesis contrapuesta de los mencionados partidos mayoritarios. La coalición de centro-derecha pretendía impedir o poner obstáculos a cualquier trabajo durante la excedencia; estaban incluso en contra de su inclusión en el ordenamiento jurídico, considerándola innecesaria. Más aún, ni siquiera estaban a favor del disfrute de este derecho; mucho menos de admitir la reincorporación del interesado tras su disfrute sin otros condicionantes.

¹³ Algunos Tribunales la han considerado como una causa suspensiva más del contrato; otros como una causa suspensiva *sui generis*, con unos efectos específicos y una posición autónoma o un tipo intermedio entre la extinción y la suspensión. En este último sentido, STSJ Navarra 27 mayo 2002 (AS 1839), la cual considera “la excedencia como una *tertium genus* con sustantividad propia dentro del contrato de trabajo a la que, en todo caso, habría que atribuirle los efectos suspensivos de la relación laboral, constituyendo una denominación específica y una forma más de manifestarse la suspensión del contrato de trabajo”. En igual sentido, STSJ Murcia 2 octubre 1992 (AS 5046), a cuyo tenor “se trata de un supuesto de suspensión del contrato de trabajo con unos efectos específicos (...). Y dentro de tales efectos específicos (...) destacan los propiamente diferenciadores de la excedencia forzosa y especialmente los relativos a la existencia o no de causa tasada, reserva o no del puesto de trabajo, cómputo o no de la antigüedad y sobre la normativa aplicable mientras se disfruta”.

¹⁴ Defendido por VIDA SORIA, gran experto en la materia de suspensión, quien, paradójicamente, sostenía su naturaleza extintiva (Grupo Socialista, enmienda nº 343). La incongruente decisión final fue mantener la excedencia forzosa como una causa de suspensión [art. 45.1k) ET] y considerar la voluntaria aparte, pero en la Sección III, Capítulo III, Título I, dentro del epígrafe “Suspensión del Contrato”.

Los grupos de izquierdas defendían la posibilidad de trabajar durante el disfrute del derecho, pues tal sería la única vía de muchos trabajadores para poder ejercerlo (dado que la inmensa mayoría de las personas necesitan trabajar para vivir, incluso en este período), haciendo uso del mismo sin ponerle demasiadas trabas.

La excedencia, desde su origen, fue concebida siempre (en contra de cuanto pudiera parecer) como un instrumento para trabajar. Y para poder hacerlo, en la mayoría de los casos, en la ocupación habitualmente ejercida por el beneficiario a lo largo de su vida laboral.

Uno de los mayores inconvenientes ha sido, de continuo, conciliar los intereses de los trabajadores con los del empresario, sin menoscabar demasiado los derechos de ninguno de ellos, tratando de buscar un justo equilibrio¹⁵.

Por todo lo expuesto, quienes defendían (y defienden) las tesis suspensivas, mantenían (y siguen haciéndolo) que los deberes principales quedan suspendidos, como el pago de salarios y la obligación de trabajar. Permanece, no obstante, el deber de buena fe de los arts. 5 d) y 21 ET, en relación precisamente con la competencia desleal. Ahora bien, con una visión de la buena fe muy anquilosada en el pasado, atenta a los deberes de lealtad y fidelidad, conceptos todos ellos anacrónicos en una empresa moderna.

De este modo, y usando tal lógica, al considerarla de naturaleza suspensiva, con pervivencia de los deberes de buena fe, entre otros la competencia desleal, encuentran argumento suficiente para poder despedir a un trabajador en excedencia si trabaja en el mismo sector de su empleador.

De defender la tesis extintiva o *sui generis*, y sin perjuicio de la ulterior reanudación de la relación laboral, cabría sostener el decaimiento, también, de los deberes accesorios; por tanto, la ausencia de cualquier obligación de buena fe o prohibición de competencia, permitiendo a cada trabajador llevar a cabo cualquier actividad durante su disfrute.

¹⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, *Trabajo y Derecho*, núm. 2, 2015, pág. 17, para quien “será función del ordenamiento jurídico establecer una regulación equilibrada de ambos, ponderando no en exclusiva el del trabajador a ejercer la actividad que libremente decida (...), sino también el del empresario a desarrollar la suya en el contexto de una economía de mercado con las garantías oportunas”.

Los Tribunales tampoco aclaran en demasía el panorama. Algunos, al mantener la suspensión no otorgaban ningún margen a la competencia, ni siquiera a la simple, sin necesidad de alcanzar el grado de desleal. Es decir, el excedente no tiene forma de trabajar en su profesión habitual sin arriesgarse a ser despedido.

Por contra, cuantos pronunciamientos mantienen la tesis de la extinción o de la naturaleza *sui generis* asumen un doble compromiso: en primer lugar, nunca cabrá despedir a un excedente, pues no obra ningún contrato en vigor al cual poner fin; en segundo término, solo con la solicitud de reincorporación cabrá examinar el comportamiento del trabajador durante la excedencia, y en tal momento poder medir el tipo de incumplimiento del deber de competencia en el cual ha podido incurrir.

Ello da lugar a una situación conceptualmente contradictoria en esencia entre quienes defienden una postura y quienes sostienen otra, pues luego en sus sentencias cambian el sentido de la propia naturaleza defendida, trocándola por sus efectos en los términos a continuación expuestos.

II.1. 1. - Análisis de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de noviembre de 1989

En la doctrina judicial, y a pesar de su escaso éxito posterior, cabe dar cuenta de una sentencia de la Audiencia Nacional sobre la cual merece la pena profundizar, pues históricamente tuvo la virtud de servir como punto de inflexión a la hora de entender el instituto¹⁶.

La sentencia planteaba el conflicto suscitado por un convenio colectivo, el de la Banca, el cual venía recibiendo una tradición proveniente de las Ordenanzas Laborales, las Reglamentaciones de Trabajo, así como de los Reglamentos de Régimen Interior de algunas empresas, para definir la competencia desleal identificándola con la competencia simple.

Así, cualquier solicitante de una excedencia voluntaria en este sector no podía trabajar ni en bancos, ni cajas de ahorros, ni compañías de seguros, etc.; es decir, tenía

¹⁶ SAN 14 noviembre 1989 (Rec. 94/1989).

vedada cualquier actividad relacionada con un ámbito funcional entendido en sentido muy amplio, la conocida como “competencia simple”.

Todo ello sin importar si causaba o no perjuicio al empresario. Simplemente centrando la atención en las tareas desarrolladas por el beneficiario, e impidiéndole ejercer esa misma o semejante actividad en situación de excedencia.

La sentencia mentada apreciaba una infracción a los arts. 46 ET y 33 del citado convenio, fundando su parecer en el hecho de ser una excedencia distinta de la prevista en el Estatuto, pues exigía condiciones diferentes: la negociada establecía un menor tiempo de servicios para su concesión y sucesivos otorgamientos, reduciendo así los periodos demandados en la norma (lo cual supone, en principio, un beneficio para el trabajador); al mismo tiempo, y como contraprestación, demandaba del excedente, mientras permaneciera como tal, no prestar servicios en empresas del mismo sector de actividad (lo cual supone una restricción a la regulación estatutaria).

El trabajador no podía competir. A sus resultas, si bien por una parte contenía una mejora sustantiva para los empleados de Banca frente a la excedencia regulada en el Estatuto, acababa diseñando otra distinta y compatible con la anterior: “los operarios pueden escoger entre ambas figuras, pero, de elegir esta segunda opción y debido a su configuración, hay que aceptarla en su integridad, de forma que no cabe acogerla en parte y rechazarla en determinados aspectos, porque entonces se modificaría lo acordado por las partes intervinientes en la concertación del convenio, otorgándose una mejora en términos no previstos por dichas partes”.

Con ello, establece una relación sinalagmática entre empresario y trabajador, en la cual los empleados ceden en alguno de sus derechos y, al tiempo, el empleador lo hace en otros; es decir, las dos partes “ceden algo”¹⁷.

Examinado el conflicto por la Audiencia Nacional, su veredicto concluyó que las cláusulas del Convenio son correctas y perfectamente válidas, pues el art. 46.6 ET admite

¹⁷ Interpretación extensiva de la competencia desleal que incluye el concepto de “competencia simple”. Así, la “cesión”, tanto por los empresarios como por los trabajadores, es el fundamento para considerar este tipo de excedencias como figuras autónomas.

la creación por convenio colectivo de otras excedencias¹⁸, las cuales, si bien son distintas a la voluntaria regulada en el Estatuto, resultan compatibles con la misma.

En definitiva, una excedencia surgida de un convenio cuanto hace al fin y al cabo es cambiar “algo”, introducir algún requisito más favorable para el trabajador, y con ello muda el tipo; al tiempo, puede exigir “algo” distinto en la que configura casi *ex novo*.

La consecuencia de todo lo anteriormente expuesto es la creación mediante convenio de una nueva excedencia especial, al amparo del art. 46.6 ET¹⁹, siendo plenamente compatible con la voluntaria común regulada en el Estatuto. El trabajador podrá optar por una u otra en función de sus necesidades; eso sí, una vez efectuada la elección habrá de asumirla en todas sus consecuencias²⁰, con sus efectos beneficiosos y cuantos no lo sean tanto, respetando todos sus condicionantes e impidiendo el “espiguelo” o selección de “lo mejor” de cada una.

II.1.2. - Situación posterior y visión actual

Lo expuesto hasta ahora podría permitir tener una visión más o menos clara de las consecuencias derivadas de acudir a uno u otro tipo. No obstante, la evolución fue bien distinta. En ese momento histórico, 1989, la Audiencia Nacional creaba jurisprudencia; pero esta posibilidad decae un año más tarde, con la entrada en vigor de la Ley de Procedimiento Laboral, pasando a ser el Tribunal Supremo el único legitimado para generar doctrina jurisdiccional.

Y este cambia el sentido dado por la Audiencia en el aspecto aquí analizado. Así, las primeras sentencias sobre esta materia del Alto Tribunal omiten algo fundamental,

¹⁸ No obstante, estas “otras excedencias” del art. 46.6 ET pueden referirse a casos distintos de los regulados en dicho precepto y concordantes [art. 4.1.k) ET y art. 9.1 LOLS], como son la prevista para designación y elección de cargos públicos, la establecida para cuidado de hijos y la derivada del ejercicio de determinadas funciones sindicales, pues “entre esos otros supuestos de excedencia no regulados o insuficientemente regulados en la ley se encuentra la excedencia voluntaria”, STS 18 septiembre 2002 (RJ 10678).

¹⁹ STSJ Baleares/Palma de Mallorca 12 mayo 2006 (JUR 248916): “no suponen sino una modalización o concreción del derecho reconocido en el art. 46.2 ET, realizada al amparo del número 6 del precepto mentado formando parte del denominado ‘contenido discrecional’ de los convenios colectivos, conforme a lo previsto en el art. 85.1 ET en relación con el citado art. 46.6 ET”.

²⁰ STSJ Aragón 13 octubre 2010 (AS 2518): “si la norma colectiva contiene esta mejora (...) reconocer al trabajador el derecho incondicional a reincorporarse en su mismo puesto de trabajo, puede establecer condiciones para su aplicación”.

como es el hecho de conformar una excedencia especial, creada al amparo del art. 46.6 ET y por ello compatible con la contemplada en el Estatuto de los Trabajadores.

Ha lugar así a una lamentable confusión en los términos, pues cuanto la Audiencia Nacional denominó excedencia voluntaria especial, pasó a ser identificado por el Tribunal Supremo con la excedencia voluntaria legal a los efectos de la competencia desleal²¹.

A partir de ese momento van a ser invocadas las sentencias del Tribunal Supremo (portador de esta nueva lectura desviada de la originaria sentencia de la Audiencia²²), arrastrando su tesis durante décadas. Y ello pese al dato de ser muy pocas, surgidas en una época muy concreta y sin margen a cualquier nueva valoración, dado el elemento de cierre derivado de los exigentes requisitos de admisibilidad del recurso de casación para unificación de doctrina.

Así, los problemas actuales penden del criterio de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, resolviendo en demasiadas ocasiones hechos esencialmente similares de manera diversa²³, lo cual supone un grave desconocimiento de los principios de igualdad y seguridad jurídica en España.

²¹ La posibilidad de optar por la excedencia creada en el convenio, en cuyo caso debería estar y pasar por el límite de la competencia desleal, o bien escoger la otra posibilidad, esto es, acceder a la excedencia voluntaria común y eludir dicho condicionante impuesto, decae con la interpretación posterior efectuada por el Tribunal Supremo de la sentencia mentada. En la mayor parte de su contenido constituye simplemente una excedencia común, siendo la práctica habitual añadir a su regulación legal el condicionante extra (materializado de forma genérica, además, en la mayoría de los casos) de no prestar servicios en empresas de igual sector de actividad, mientras el trabajador permanezca en excedencia voluntaria; es decir, prohibiendo no solo la competencia desleal, sino la de simple de perfiles más amplios y no prohibida *per se* en la ley. El instrumento para tal fin serían los convenios, los cuales son portadores de amplios márgenes de maniobra (o habilitación legal), al regular cuantos aspectos resulten de su interés, como las condiciones de trabajo, de empleo, productividad, etc., y todos los relativos a los supuestos de excedencia y competencia desleal. En este sentido, STSJ Canarias/Las Palmas 26 mayo 2006 (AS 2808).

²² Como dato anecdótico, curiosamente hubo un Voto Particular en la primera sentencia acogida por el Alto Tribunal en esta materia, pues un miembro de la Audiencia Nacional fue posteriormente parte del Tribunal Supremo y explicó a sus compañeros el verdadero sentido de esta sentencia de la Audiencia Nacional, pero su opinión no prosperó y finalmente el Tribunal Supremo efectuó su propia lectura.

²³ Crea inseguridad jurídica y, en cierto modo, afecta al principio de no discriminación, pues dependiendo del territorio donde haya sido solicitado, los Tribunales establecen una doctrina propia (curiosamente, un factor tan aleatorio como el ámbito geográfico supone concluir en lecturas distintas). A modo de ejemplo, no sería lo mismo pedir la excedencia voluntaria en Castilla y León, donde con toda seguridad va a interpretarse en el sentido de admitir la modalización por convenio colectivo, que instarla en la Comunidad de Madrid donde llevará a una lectura en sentido negativo, es decir, de no admitir la modalización por convenio colectivo.

II.2.- EXCEDENCIA VOLUNTARIA Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Pocos autores consideraban la excedencia voluntaria como un caso de extinción del contrato²⁴.

Los partidarios de esta tesis aluden a términos como “verdadera extinción”, “extinción provisional”, “extinción atípica”, o “singular extinción”; no obstante, el contenido de su defensa y sus efectos son esencialmente los mismos, con algún matiz.

Algunos consideran el contrato extinguido previamente²⁵, si bien de acaecer una vacante y posterior reingreso, provocaría una nueva relación laboral²⁶ (y no la continuación de la anterior). Apoyan sus argumentos, fundamentalmente, en la redacción

²⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., pág. 15, quien a lo sumo la califica como “situación jurídica novatoria”, con “desvinculación jurídica entre los contratantes”, pero imposible de confundir “con la propiamente extintiva, en cuanto se acompaña del anexo necesario de una vinculación futura, dependiente de un plazo, modo o condición”; en el mismo sentido, STSJ Madrid 5 octubre 2005 (JUR 248418). Actualmente las teorías afines a la extinción de la relación laboral y su sustitución por otra nueva son rechazadas por la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia a favor de considerarla una suspensión. Entre otros, PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, cit., pág. 286, quien alude a cómo en la configuración originaria de la excedencia, en las normas sectoriales anteriores al Estatuto de los Trabajadores, la relación laboral ya contaba con un significado suspensivo.

²⁵ La propia excedencia, *per se*, extingue el vínculo contractual por causas no imputables a ninguna de las partes. Siguiendo este razonamiento, la extinción preexiste al momento de la solicitud y su posterior concesión: únicamente pervive el derecho condicional al reingreso. Al respecto, CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Madrid (Ministerio de Trabajo), 1977, pág. 160, quien al considerar extinguido el contrato previamente, en caso de no tener lugar el reingreso, o bien si transcurrido el tiempo de excedencia y disponiendo de una vacante, la falta de llamamiento del trabajador no habrá de ser considerado despido, pues el contrato no está suspendido sino extinguido.

²⁶ VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo”, cit., pág. 105, quien parte de un supuesto “atípico” de extinción de la relación laboral y su sustitución por una relación jurídica diferente y ulterior, condicionada a la existencia de una plaza vacante a su término, una vez solicitado el reingreso en la empresa. El empresario volvería a contratar a quien fue su trabajador, siempre y cuando concurren los requisitos legales; el mismo autor (pág. 98) refleja también el caso de una amortización de un puesto de trabajo por necesidades acreditadas objetivamente, donde en el plazo de un año volviera a crearse la plaza, en este caso el trabajador despedido tendría preferencia para ocupar la misma, refiriéndose a ella como “genuina excedencia” regulada en el art. 52. c) ET. Para otros autores es similar a otras figuras de “preferencia de empleo”, en este sentido CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, cit., pág. 160, quien alude a la reincorporación reconocida de aquellos trabajadores cesantes en su puesto de trabajo debido a una incapacidad permanente total cuando, en un momento posterior, recuperan su plena capacidad laboral.

del art. 46.5 ET²⁷, el cual contempla únicamente un “derecho preferente al reingreso”, establecido en torno a una vacante y, en caso de no producirse, la pérdida de todo derecho. Dicho de otro modo, al desaparecer la relación contractual entre las partes durante el tiempo de excedencia, no obra ningún tipo de prestación; en consecuencia, no existiendo obligación principal ni accesoria entre empresario y trabajador, ningún deber ético pervive entre las partes de un contrato de trabajo finalizado²⁸. En este mismo sentido, la vacante puede haber sido cubierta, o bien amortizado el puesto de trabajo al término de su disfrute.

Otros matizan este derecho preferente como una extinción provisional, generando una expectativa un tanto ficticia, la cual realmente no garantiza la reincorporación a la empresa²⁹.

Así, cuando al concluir el periodo de excedencia el trabajador no solicitara el reingreso en tiempo y forma, no habría lugar a una extinción propiamente dicha, sino un decaimiento del derecho³⁰. No constituiría un abandono del puesto de trabajo, pues el beneficiario no tendría derecho a ejercitar ninguna acción en defensa de sus intereses, como lo haría ante un posible despido.

Los seguidores de esta corriente justifican así la inapropiación de la prohibición de concurrencia desleal durante la situación: el trabajador podrá realizar cualquier

²⁷ Con fundamento en la redacción literal de este artículo, algunos autores defienden la naturaleza extintiva. Así opina VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo”, cit., pág. 14, para quien durante la excedencia “no subsisten los derechos, facultades, deberes, posiciones jurídica activas y pasivas en suma”. Otros autores, entre ellos, VILLA GIL, L.E. y SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Caracterización general de la suspensión del contrato de trabajo”, en AA.VV. *El Derecho del Trabajo en España*, Madrid (IESS), 1981, págs. 285-286, entienden extinguido el propio derecho contenido en el art. 46.5 ET, y no tanto el contrato en sí, una vez finalizado el plazo concedido para ejercitar el derecho de reincorporación. De igual forma, no resultará necesaria una declaración expresa de extinción del contrato si el excedente no solicita en tiempo y forma el reingreso, pues el contrato ya ha quedado resuelto.

²⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., pág. 16, para quien las expresiones buena fe y prohibición de la concurrencia desleal adquieren un espacio propio. En el mismo sentido, STS 30 octubre 1985 (RJ 5248).

²⁹ STSJ Castilla y León 11 de septiembre de 1992 (AS 4135): “se produce una automática paralización de todos los efectos del contrato y tan sólo se conserva un eventual derecho de reingreso en la empresa y rehabilitación del vínculo laboral, lo que supone una extinción provisional del mismo”.

³⁰ VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo”, cit., págs. 49 – 50.

actividad laboral en este periodo, sin importar si tal actividad supone competir o no con su anterior empresario, pues ninguna relación laboral le une a él³¹.

Otros autores justifican la extinción en la inexistencia de causa para su solicitud como tal. No estando enumerada dentro de las causas de suspensión del art. 45 ET, no concurre un derecho efectivo de reincorporación; por ello, de tener lugar, el trabajador podrá (entre otros aspectos) recuperar su antigüedad en la empresa. Tampoco viene contemplado en el art. 49.1 ET³² (destinado a regular las causas de extinción del contrato), y una doctrina cuyos fundamentos no vengán regulados por ley no parece tener mucho sentido. De hecho, los excedentes reincorporados no necesitan un nuevo contrato, pues conservan el suyo, así como los derechos a él inherentes.

No obstante lo expuesto, no cabe sostener hoy en día este criterio, pues deja al trabajador más indefenso a la hora de mantener su puesto de trabajo con la debidas garantías, en cuyo caso de nada sirve ostentar el derecho a disfrutar de una excedencia si ello va a suponer la carga de una incertidumbre futura.

II.3.- EXCEDENCIA VOLUNTARIA Y SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Tradicionalmente la excedencia voluntaria ha sido considerada por gran parte de la doctrina científica y judicial como una causa de suspensión del contrato de trabajo³³,

³¹ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, cit., págs. 160-161.

³² En este sentido, GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Excedencia voluntaria común y derecho a la indemnización derivada de expediente de regulación de empleo”, cit., pág. 1106. Bajo su criterio, parece desacertado considerar la excedencia como una causa extintiva del contrato con derecho condicional a la readmisión, cuando dicha catalogación no tiene cobertura en los supuestos extintivos enumerados en la ley.

³³ Así lo reconoce la jurisprudencia en innumerables sentencias, SSTS 8 octubre 1983 (RJ 5080), 23 marzo 1983 (RJ 1179), 20 septiembre 1984 (RJ 4440), 30 octubre 1985 (RJ 5248), 21 abril 1986 (RJ 2213), 28 abril 1987 (RJ 2818), 23 julio 1987 (RJ 5721), 25 enero 1988 (RJ 45), 6 octubre 1989 (RJ 7123), 20 noviembre 1989 (RJ 8201), 22 febrero 1990 (RJ 1136), 23 marzo 1990 (RJ 2337), 21 febrero 1992 (RJ 1047), 26 junio 1998 (RJ 5790). También, SSTSJ Galicia 27 febrero 1992 (AS 733), País Vasco 19 mayo 1992 (AS 2472), Castilla y León /Valladolid 13 de julio 1993 (AS 3439), Aragón 17 noviembre 1993 (AS 4806), Cataluña 5 enero 1994 (AS 136), Extremadura 24 enero 1994 (AS 49), Valencia 14 febrero 1996 (AS 1953) Cataluña 11 abril 2002 (AS 1788) y Extremadura 31 marzo 2004 (AS 1291).

quedando englobada dentro de su régimen jurídico. Perviviendo, por ende, el vínculo contractual entre las partes, aunque debilitado³⁴.

Tal situación coloca en una especie de situación de “pendencia” a la relación laboral, situando a la excedencia voluntaria dentro de los supuestos de suspensión, si bien con unos efectos algo distintos y llegando a la conclusión de considerar la existencia de, al menos, dos clases de suspensión³⁵.

Algunos de sus efectos traen su fundamento en el propio art. 46.5 ET; otros son producto de su interpretación como causa³⁶. Ello puede derivar en distintas ideas:

³⁴ SSTS 21 marzo, 7 mayo, 14 junio y 18 septiembre 1984 (RJ 1593, 2972, 3331 y 4429, respectivamente), o 30 octubre 1985 (RJ 5248). En el mismo sentido el Tribunal Constitucional establece la pervivencia del vínculo contractual entre las partes en STCo 262/1994, 3 octubre 1994, o SSTSJ Murcia 2 octubre 1992 (AS 5046), Cataluña 28 febrero 1994 (AS 604) y Navarra 27 mayo 2002 (AS 1839). La mayor parte de estas sentencias aluden a “una relación laboral que continúa viva, aunque debilitada o adormecida”. Simplemente la consideran como un supuesto de suspensión especial, acentuada, cuyos efectos son específicos y distintos de los que tiene una suspensión genérica, “por cuanto el vínculo contractual se mantiene, aunque debilitado”.

³⁵ VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo”, cit., pág.28. El autor menciona, no obstante, dos tipos de suspensión: una ordinaria con efectos comprendidos en el art. 45.2 ET, y otra especial con los efectos establecidos en el art. 46.2 ET.

³⁶ BOTANA LÓPEZ, J.M.: “Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral”, *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002, págs. 276-277.

- Ostentar “solo”³⁷ un derecho preferente al reingreso³⁸, a ocupar una vacante de igual o similar grupo profesional³⁹.
- En relación con la anterior, trabajador y empresario conservan algunas obligaciones y derechos de carácter accesorio, plenamente compatibles con la interrupción del pago de salarios y de trabajo⁴⁰: cesan las principales prestaciones laborales, pero no desaparecen el resto de derechos y deberes secundarios.
- El trabajador va a mantener los derechos adquiridos con anterioridad a la solicitud del derecho⁴¹ (tales como antigüedad, conservación de su clasificación profesional

³⁷ Este adverbio “solo” no debe llevar a confusión, no pudiendo ser interpretado en términos literales, sino en relación con los efectos de la excedencia forzosa; pues, al contrario del excedente forzoso, el voluntario no mantiene su plaza reservada. O bien, “ningún otro efecto contractual se conserva”, tal y como señala VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo”, cit., pág. 105.

³⁸ La intención del legislador consiste en distinguir entre el derecho de reserva del puesto de trabajo (propio de la suspensión), del derecho preferente al reingreso (corolario de la excedencia). De este modo, en relación con la suspensión, y una vez finalizado su disfrute o su causa, el trabajador recupera con toda plenitud su anterior relación laboral (diferencia principal con la excedencia). El Tribunal Supremo, por su parte, establece reiteradamente cómo “la excedencia voluntaria surgida en las normas laborales de ámbito sectorial y regulada hoy, con carácter interprofesional en el art. 46 del ET, concede al trabajador un derecho preferente al reingreso que se condiciona a la existencia de vacantes de igual o similar categoría, de forma que, finalizado el tiempo inicial de excedencia y manifestada por el trabajador su voluntad de volver al trabajo, tal reincorporación se producirá si hay vacante en ese momento o en el futuro, cuando tal supuesto se dé, quedando así vigente este derecho a través del tiempo, pues por mandato legal el vínculo está suspendido y el trabajador tiene reconocida una expectativa para llegar a la reanudación del cumplimiento de sus prestaciones y recibir las recíprocas”, SSTS 7 febrero y 22 junio 1985 (RJ 615 y 3448), 21 abril 1986 (RJ 2213) y 27 abril 1998 (RJ 4245).

³⁹Teniendo en cuenta las novedades introducidas por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, respecto de aquellas medidas adoptadas respecto de la configuración y aplicación de la excedencia voluntaria. Así, en el contexto del reingreso del excedente para ocupar una vacante de igual o similar categoría profesional, suprimió el término “categoría profesional” por “grupo profesional”, lo cual aumenta las posibilidades de reintegración en la empresa, pues la nueva concepción aporta una mayor libertad y flexibilidad en materia de clasificación profesional interna de las empresas: la reincorporación ya no solo se encuentra condicionado por la existencia de una vacante de igual o similar categoría, sino que extiende su ámbito a grupos profesionales similares que puedan existir en el organigrama interno de la empresa.

⁴⁰ ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, Pamplona (Aranzadi), 1997, pág. 154 y PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, cit., págs. 289 y 292. En el mismo sentido, STSJ Navarra 27 mayo 2002 (AS 1839), la cual establece como obligaciones principales las recíprocas de “trabajar y remunerar el trabajo”; también, SSTSJ Madrid 20 marzo 1990 (AS 1324) y 4 junio 1992 (AS 3413), Murcia 19 diciembre 1995 (AS 4848) o País Vasco 13 junio 2000 (JUR 2001/37053), las cuales aluden a la suspensión de los derechos y obligaciones derivados de la inactividad durante la excedencia, permaneciendo no obstante la vigencia del contrato.

⁴¹ SSTS 29 noviembre 1985 (RJ 5888) y 1 junio 1987 (RJ 4086). En ellas destacan características tales como la temporalidad, no prestación de servicios, no remuneración, derecho preferente al reingreso y vigencia aletargada del contrato. El derecho al reingreso, por otro lado, es un derecho preferente para trabajadores externos a la empresa [como establece la STS 16 marzo 1998 (RJ 1951)], pero no frente a los derechos de los trabajadores internos de la empresa a ocupar una vacante igual o similar pretendida por el

o una equivalente, reconocimiento del mismo salario salvo cuando hubiera aumentado, derechos pactados en contrato individual, etc.). Por tanto, no surge un contrato “*ex novo*”, permaneciendo vigente el anterior.

- Las distintas obligaciones tanto de buena fe como de prohibición de competencia desleal son efectos también impuestos en los convenios colectivos y carentes de todo sentido si no hubiera una suspensión del contrato.
- El uso del despido como medio de defensa jurídica del excedente (pues solo cabe en la suspensión, a diferencia de la extinción, donde no ha lugar a despido alguno)⁴². Cuando el empresario niega el reconocimiento de la relación laboral de forma expresa, categórica e incondicionada, tras haber realizado el interesado la solicitud de reingreso en tiempo y forma (y una vez concluido el periodo por el cual se hubiese instado o, en su caso, el máximo legal) , procederá tomarlo como una negativa a la readmisión, la cual no está fundada en la inexistencia de vacantes o la acreditación de no ser apropiadas; por tanto, sólo cabe el despido respecto de un contrato de trabajo que está vivo.
- Aquella tesis en virtud de la cual la excedencia voluntaria no es considerada como motivo de suspensión acabará valorándola como una causa extintiva con un derecho condicional de readmisión. Pero esta tesis no parece apropiada pues, entre otras razones, no figura incluida en la lista del art. 49 ET.

excedente, como puede ser un ascenso o un traslado. En este sentido, y sin perjuicio de cuanto establezca el convenio, SSTS 26 junio y 28 octubre 1998 (RJ 5790 y 9048), 29 octubre 2001 (RJ 2002/2380) y 18 septiembre 2002 (RJ 10678).

⁴² SALA FRANCO, T.: “La excedencia voluntaria”, en AA.VV. (SALA FRANCO, T. Dir.), *Libro Homenaje a Abdón Pedrajas Moreno*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, págs. 502 y 503, quien establece dos reacciones posibles frente a la negativa empresarial al reingreso: 1) Si la negativa es debida a una intención del empresario de posponer el reingreso, pero sin una voluntad clara e inequívoca de no reanudar la relación laboral, debe ejercitar la acción declarativa sobre el derecho a la ocupación efectiva, exigiendo su reincorporación en el plazo de prescripción de un año. 2) Si existe una voluntad clara e inequívoca del empresario a la no readmisión, el trabajador deberá ejercer la acción de despido con solicitud de su nulidad o improcedencia. En este sentido, SSTS 21 febrero 1992 (RJ 1047), 14 junio 2001 (RJ 6300) y 22 noviembre 2007 (RJ 1032).

- La ausencia de cualquier derecho a la reserva del puesto de trabajo⁴³, como sucede en cualquier otro supuesto de suspensión⁴⁴, es sólo un efecto normal, pero no esencial (según establece el art. 48 ET para otras causas también privadas de dicho efecto), pues lo verdaderamente significativo es la subsistencia de derechos y obligaciones de carácter accesorio.
- Por el hecho de aparecer regulada dentro del epígrafe “Suspensión del contrato”, recogida en la Sección 3ª, Capítulo II, Título I, ET. Suspensión y excedencia han sido reguladas en los artículos 45 y 46. Además, el art. 47 ET hace referencia a “la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor”, y el art. 48 ET a “la suspensión con reserva de puesto de trabajo”.

Todo este conjunto de ideas permiten extraer una especie de definición clásica, conforme a la cual constituiría un caso especial de suspensión del contrato, cuyo régimen jurídico conserva efectos propios de tal eficacia y otros específicos, como son el hecho de no computar el tiempo que permanece el trabajador en esta situación a efectos de antigüedad, o bien conservar un derecho preferente al reingreso en vacantes de igual o similar categoría⁴⁵, perdurando el vínculo contractual, si bien debilitado o reducido a la

⁴³ STS 6 noviembre 1997 (RJ 733), para incidir en cómo el hecho de no existir una reserva del puesto de trabajo no es indicativo a la hora de no considerarlo un supuesto de suspensión, pues no constituiría exactamente la expectativa de un derecho, sino más bien un derecho donde la concreción de su ejercicio está por determinar en el tiempo.

⁴⁴ En la suspensión propiamente dicha, el trabajador tiene derecho a conservar su puesto de trabajo (y el empresario el deber de reservarlo). Entre otros aspectos, constituye motivo suficiente para la contratación temporal. Así lo determina el art.15.c) ET, estableciendo como causa justificada de la contratación temporal la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. En este sentido, STSJ Navarra 27 mayo 2002 (AS 1839): “a lo largo de la situación suspensiva, el puesto de trabajo podrá ser desempeñado por otro trabajador de la empresa o por otro trabajador contratado para ocuparlo. Pero la relación contractual en suspenso, recupera su plenitud en el momento en que desaparece la causa suspensiva”; de esta forma, el contrato de trabajo no sufre ningún menoscabo.

⁴⁵ PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, cit., pág. 134; PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, cit., págs. 17 y 18; ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., págs. 157 y ss. Por su parte, la jurisprudencia, en innumerables sentencias, deja constancia de esta idea de considerarla como un caso de suspensión en relación con los efectos y consecuencias que ambas instituciones producen, conforme cabe comprobar, entre otras, en SSTS 23 marzo y 8 octubre 1983 (RJ 1179 y 5080), 20 septiembre 1984 (RJ 4400), 30 octubre 1985 (RJ 5248), 14 enero y 22 septiembre 1987 (RJ 27 y 6263), 25 enero 1988 (RJ 45), 23 octubre 1989 (RJ 7319), 22 febrero y 22 octubre 1990 (RJ 1136 y 2326); también, SSTSJ Murcia 1 octubre 1992 (AS 5045), Galicia 27 febrero 1992 (AS 733) y 22 mayo 2001 (AS 951), Castilla y León/Valladolid 13 julio 1993 (AS 3439), Cataluña 5 enero 1994 (AS 136), Andalucía/Málaga 26 marzo 1994 (AS 1112) o Madrid 28 marzo 2007 (JUR 231053).

mínima expresión. A sus resultas, mientras dure tal situación, no surge derecho a salario alguno, ni hay prestación de trabajo, pero sí subsisten deberes éticos⁴⁶.

El elenco de causas de suspensión no es tasado o exhaustivo⁴⁷, y recoge distintas incidencias o avatares relativos tanto a la situación de la empresa, como a la vida profesional o personal del trabajador. De este modo, y salvo los dos primeros motivos (mutuo acuerdo entre las partes⁴⁸ y causas válidamente consignadas en el contrato), en el resto el rasgo común es el acaecimiento sobrevenido de alguna incapacidad, impedimento o incompatibilidad respecto al desarrollo normal de la actividad⁴⁹, siendo el denominador compartido la exoneración de las obligaciones principales del contrato.

Sin embargo, la situación jurídica de la excedencia⁵⁰ es bien distinta, entre otras razones debido a su no inclusión dentro del art. 45 ET⁵¹. Dicho artículo sólo recibe a la

⁴⁶ STS 15 junio 1983 (RJ 3013). Esta sentencia fue un pilar importante para la jurisprudencia posterior, debido al concepto que ofrece fundado en considerar o no esta institución como un supuesto de suspensión del contrato de trabajo. Si bien la definición aportada es igual en esencia, modifica un aspecto clave, pues establece (opinión de parte de la doctrina) cómo “no subsisten los deberes éticos”.

⁴⁷ STS 25 octubre 2000 (RJ 9676) y STSJ Navarra 27 mayo 2002 (AS 1839). En igual sentido, BOTANA LÓPEZ, J.M.: “Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral”, cit., págs. 267- 269, quien establece esta enumeración del art. 45 ET sobre causas de suspensión, la cual fue abordada en unificación de doctrina, para determinar si la misma es o no exhaustiva o tasada. De otra parte, VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, cit., págs. 40-41: “la normativa anterior había sido objeto de una interpretación restrictiva que defendía su carácter tasado (...). Hoy por hoy la cuestión del carácter tasado o no del precepto no parece ser dudosa. El art. 45.1 contiene lo que podría denominarse una enumeración mixta. (...). Unos con una clara significación taxativista (...) derivan de la propia voluntad del legislador (...). Hay supuestos que son abiertos (...) puede haber casos regulados por otras normas, que supongan también casos de suspensión”. Por otro lado, si bien el art. 45 ET recoge algunas causas de suspensión, otros preceptos del ET también lo hacen, como en los arts. 22.1 b), 52 b) y c) o 57.4 (versión ET/1980).

⁴⁸ STS 17 octubre 1988 (RJ 7832), la cual califica esta causa como de “singular excedencia”, pues “el pacto expreso de la misma la cual la distingue de aquella otra correspondiente a los actores, está sujeta a la existencia al finalizar la misma”.

⁴⁹ STS 25 octubre 2000 (RJ 9676) y SSTSJ Navarra 31 enero 2001 (AS 1041) y Castilla la Mancha 9 noviembre 2006 (JUR 84750).

⁵⁰ A efectos terminológicos, es común denominar a la excedencia voluntaria, simplemente “excedencia”. El resto de figuras (entre ellas la forzosa) quedan englobadas dentro de la suspensión; al respecto, ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pág. 37; VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, cit., pág. 104; PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcional*, cit., pág. 444.

⁵¹ A pesar de ello, la STS 3 octubre 1990 (RJ 7526), por ejemplo, considera la excedencia voluntaria como causa de suspensión perfectamente encuadrable en el art. 45.1 a) ET.

excedencia forzosa, siendo la voluntaria regulada en el art. 46.2 ET, el cual, sin embargo, no detalla sus efectos, para los cuales remite al art. 46.5 ET (a pesar de no existir una relación clara entre ambos), complementando su ordenación con el art. 46.6 ET.

El apartado 2º del precepto reconoce el derecho a solicitar la excedencia (ordenado al cumplimiento de una determinada antigüedad en la empresa, en concreto 1 año), así como un margen de tiempo concreto para volver a ejercitar el mismo derecho en la empresa⁵².

Su apartado 5º hace referencia al mencionado “derecho preferente al reingreso”, el cual alude al hecho de no permanecer ninguna otra consecuencia contractual. Y el 6º al posible origen colectivo del instituto, cuyo régimen puede ser modificado por vía convencional, para mejorar o ampliar sus condiciones, requisitos y efectos.

El análisis de este artículo ha sido duramente criticado por la doctrina, por parco, impreciso y ambiguo. Al carecer de una estructura ordenada ha provocado todo tipo de interpretaciones, e incluso confusiones con otras modalidades de excedencia⁵³, y en un tema tan complejo como desordenado radica la razón de tanta discusión acerca de su naturaleza jurídica⁵⁴.

En términos generales, el trabajador excedente está en una situación donde, si bien sigue siendo el titular de un contrato de trabajo no activo, ni extinguido, ni tampoco suspendido *stricto sensu*. El contrato no desaparece ni entra en suspensión, quedando reducido a su mínima expresión.

De este modo, el criterio tradicional de considerar esta institución de naturaleza suspensiva (mayoritario en los primeros tiempos) va siendo desplazado, cada vez con más

⁵² ARGÜELLES BLANCO, A.R., *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pág. 62: “finalizada la situación de excedencia voluntaria, se exige el transcurso de un tiempo determinado (...). Dicho derecho tan sólo se ajustará a la institución jurídica de la excedencia voluntaria, quedando fuera de toda aplicación posible en la relación las demás figuras similares (como suspensión, excedencia forzosa, etc.)”.

⁵³ En especial con la forzosa, cuando en realidad su distinción legal con la voluntaria no tiene otro fundamento que el derivado de su origen: en la primera tiene lugar un hecho voluntario, no siendo obligatorio para el trabajador solicitarla; en la segunda no es posible realizar la prestación del trabajo de ejercer un cargo público o político.

⁵⁴ STSJ Navarra 27 mayo 2002 (AS 1839).

seguidores, hacia el enfoque de una naturaleza *sui generis*⁵⁵, con un carácter autónomo y distinto a la misma (considerado como especial) y un régimen jurídico específico, pero no por ello independiente de aquel propio de la suspensión⁵⁶, “con unos efectos específicos y autónomos”⁵⁷.

Cabe advertir, no obstante, sobre las reglas del régimen jurídico de la suspensión, las cuales, no pueden servir para cubrir lagunas en el supuesto aquí analizado, siendo esta circunstancia, sin embargo, una práctica utilizada con bastante normalidad⁵⁸.

Es decir, no tiene una naturaleza suspensiva como tal, pero sí con muchos aspectos en común, con un régimen asimilable pero no identificable; por ello, al ser considerada la excedencia una “ventaja” para el trabajador, de cuyos derechos hay una evidente conciencia social, ha sido objeto de interpretaciones o aplicaciones jurídicas “expansivas” en tal sentido.

⁵⁵ Descrita a veces en la jurisprudencia como una “situación jurídica novatoria”, o una “situación vegetativa de suspensión acentuada *sine die* o de vigencia latente o subsistente”. No cabrá, pues, aludir a una extinción propiamente dicha, “por cuanto se acompaña del anexo necesario de una vinculación futura, dependiente de un plazo, modo o condición”, utilizando términos como “suspensión reforzada”, “cuasi extinción” o “expectante de latencia”.

⁵⁶ STS 21 febrero 1992 (RJ 1047): “la excedencia voluntaria es un motivo de suspensión del contrato de trabajo, (...), le otorgan plena operatividad en los términos del art. 45.2 ET, aunque no afectando a su vigencia que permanece”. La STSJ Valencia 14 febrero 1996 (AS 1066) considera “la excedencia voluntaria como un supuesto suspensivo que genera la interrupción de las prestaciones laborales principales (...), las reglas del art. 46 ET garantizan por consiguiente la no extinción del contrato de trabajo”. La STSJ Galicia 3 abril 1996 (AS 1953) establece la suspensión, pese a no haber un derecho automático de reserva del puesto de trabajo, a diferencia de lo previsto para la excedencia forzosa. La STSJ Castilla y León 30 abril 1996 (AS 1994) afirma a la excedencia voluntaria como un supuesto de suspensión donde subsiste el vínculo jurídico laboral, sin perjuicio de cesar las obligaciones principales de trabajar y retribuir trabajo. En fin, la STSJ Madrid 4 junio 1992 (AS 3413) señala la no extinción del contrato, quedando sólo suspendida su efectividad, dejando de producir efectos hasta la reanudación de la relación laboral, como efecto propio de la suspensión.

⁵⁷ Entre ellos, las distinciones respecto de la excedencia forzosa, los relativos a la existencia o no de causa tasada, cómputo o no de la antigüedad, reserva o no del puesto de trabajo, normativa de aplicación mientras su disfrute, etc. Así aparece en pronunciamientos tales como SSTSJ Murcia 2 octubre 1992 (AS 5046), Cataluña 28 febrero 1994 (AS 604), Navarra 27 mayo 2002 (AS 1839), Madrid 19 julio 2004 (AS 2976), Valencia 21 febrero 2006 (AS 2735), Castilla la Mancha 22 junio 2006 (AS 2173), Islas Baleares 30 diciembre 2010 (JUR 2011/120323), Andalucía 12 enero 2011 (AS 1497). Por otro lado, la STS 11 diciembre 1989 (RJ 8950) determina otro tipo de efectos: “al permanecer el vínculo contractual y puesto que la suspensión afecta a la ejecución del contrato, hay otros derechos y deberes recíprocos del trabajador y empresario que continúan vigentes como: 1) el derecho de libre sindicación del art. 4.b); 2) el deber básico de no practicar concurrencia desleal del art. 5.d) en relación con el art. 21.1; 3) la facultad de verificar el estado de enfermedad o accidente del trabajador mediante reconocimiento recogido en el art. 20.4; 4) derechos económicos mantenidos al margen de la suspensión”.

⁵⁸ VIDA SORIA, J.: *Suspensión del contrato de trabajo*, cit., pág. 106.

Con esta perspectiva, el derecho de reingreso no decae, permanece vigente⁵⁹. Una vez formulada solicitud de reincorporación surge un derecho potencial o expectante⁶⁰ (también considerado preferente⁶¹) en favor del trabajador, condicionado a la existencia de una vacante apropiada⁶² de igual o similar nivel profesional (a diferencia de cuanto ocurre con la excedencia forzosa, donde media un derecho incondicionado a la reserva del puesto de trabajo)⁶³, lo cual impide vaciar de contenido el vínculo contractual entre las partes⁶⁴.

Este derecho de reincorporación solo queda supeditado al límite temporal de instarlo antes de concluir el periodo de disfrute, sin necesidad de plazo de preaviso, salvo lo dispuesto en convenio de aplicación⁶⁵. Algo lógico, pues el empresario debe conocer la voluntad del trabajador de volver a su puesto de trabajo⁶⁶.

⁵⁹SSTS 21 marzo, 31 mayo y 14 junio 1984 (RJ 1593, 3099 y 3331, respectivamente).

⁶⁰STS 27 abril 1998 (RJ 4245), para la cual este “derecho potencial o expectante” no es incondicional, a ejercitar cuando él manifieste su voluntad de reingreso de forma inmediata. La jurisprudencia ha sido la encargada de definir este derecho empleando muchos de los elementos de la suspensión, como “una situación jurídica real (no potencial), perfecta (porque no necesita para ser exigible de otros elementos) y condicionada (a la existencia de una plaza vacante al término de la excedencia y al cumplimiento en tiempo y forma de la solicitud de reingreso), que une al empresario (sujeto pasivo, cuyas facultades de contratación se ven limitadas), con el trabajador (sujeto activo) y en el que el objeto no es laboral en sentido estricto (trabajo/salario), sino previo pues se trata de un derecho a volver a ser contratado y una obligación de contratar”, siendo el origen de este derecho la voluntad unilateral del trabajador, el cual sólo debe cumplir con los requisitos establecidos; entre otras, STSJ Andalucía/Málaga 12 noviembre 1999 (AS 3705).

⁶¹ SSTS 18 julio 1986 (RJ 4245), 22 mayo 2000 (RJ 4623) y 14 febrero 2006 (RJ 2230) y STSJ Islas Canarias/las Palmas 31 mayo 2003 (JUR 88395).

⁶²STSJ Islas Canarias/Las Palmas 3 mayo 2003 (JUR 88395). También puede ocurrir un reingreso en puestos de trabajo de inferior categoría o grupo profesional, ya sea de forma definitiva o provisional, entre tanto no exista una vacante de su categoría. Del mismo modo, nada impide al convenio de aplicación tener en cuenta esta posibilidad; en este sentido, SSTSJ Valencia 5 octubre 1995 (AS 3859), Cataluña 12 diciembre 1995 (AS 4912). Bajo igual criterio, SALA FRANCO, T.: “La excedencia voluntaria”, cit., pág. 498. Por otro lado, la negativa justificada del empresario a la reincorporación, por carecer de una vacante apropiada, situaría al trabajador en una situación de “prórroga tácita”, manteniéndole con carácter indefinido hasta el acaecimiento de aquella; opinión, entre otros, de PEDRAJAS MORENO, A., *La excedencia laboral y funcionarial*, cit., pág. 319.

⁶³SSTS 6 noviembre 1997 (RJ 733/1998) y 25 octubre 2000 (RJ 9676).

⁶⁴STSJ Castilla la Mancha 16 marzo 2009 (AS 712). En el mismo sentido, SSTS 18 julio 1986 (RJ 4248), 25 octubre 2000 (RJ 1976) y STSJ Navarra 5 octubre 2007 (AS 391/2008).

⁶⁵SSTS 9 diciembre 1993 (RJ 9763), 5 diciembre 1996 (RJ 9134) y 18 septiembre 2002 (RJ 10678).

⁶⁶ STS 5 julio 1990 (RJ 6058).

No obstante, formulada la voluntad de reingresar en la empresa, el hecho de no existir vacantes en ese momento “impide que las vacantes que se produzcan con posterioridad puedan ser ofertadas o cubiertas por personas distintas al excedente, de forma que sólo la negativa de éste a ocuparla daría lugar a la resolución del contrato, hasta entonces en suspenso”⁶⁷.

Lo cual no es obstáculo para el empresario a la hora de poder prescindir del procedimiento de regulación de empleo⁶⁸, o del despido objetivo recogido en el art. 52. c) ET, para llevar a cabo la amortización plural o individualmente las vacantes dejadas por los excedentes o para contratar a otros trabajadores⁶⁹.

Tampoco tiene obligación de crear nuevas plazas para hacer efectivo este reingreso, y el interesado deberá esperar la aparición de vacantes apropiadas. Solo ha de asumir la obligación de informarlo de la existencia de aquellas cuando acrezcan⁷⁰, permaneciendo entre tanto el contrato en una situación de pendencia indefinida.

Así, una de las diferencias con la suspensión clásica viene dada por los intereses puestos en juego en uno y otro caso. En la suspensión concurren causas cualificadas o específicas, bien de incompatibilidad, o bien algún tipo de impedimento o dificultad de trabajar, ya sea a causa del funcionamiento de la entidad o debidas a una voluntad conjunta trabajador/empresario; es decir, sus motivos están previamente establecidos en una norma legal y dependen de la inclusión del empleado en alguna de ellas.

⁶⁷ SSTS 21 marzo, 31 mayo, 14 junio 1884 (RJ 1593, 3099 y 3331, respectivamente). Por el contrario, si el trabajador no solicita el reingreso en tiempo y forma, la decisión empresarial de dar por extinguido el contrato sería lícita; en este sentido, STS 9 diciembre 1993 (RJ 9763), y STSJ Andalucía/Málaga 11 mayo 2006 (AS 34379). Por su parte, cuando el trabajador manifieste su negativa al reingreso, el derecho decae, el contrato queda extinguido por dimisión tácita del trabajador; así lo establecen, SSTS 4 diciembre 1987 (RJ 8829), 12 diciembre 1988 (RJ 9597) y 15 febrero 1991 (RJ 840).

⁶⁸ Pero en el caso de promoverlo podrá, eso sí, incluir en el mismo a los trabajadores bajo esta situación, junto con el resto del personal afectado, pues no tienen extinguido su contrato, sino en una suspensión “*sui generis*”, es decir, en una suspensión contractual sin derecho a la reserva de plaza. Así lo establece la STS 25 octubre 2000 (RJ 9676).

⁶⁹ En este sentido SALA FRANCO, T.: “La excedencia voluntaria”, cit., pág. 499-500. En sentido opuesto, SSTS 17 noviembre de 1983 (RJ 5608) y 10 noviembre de 1986 (RJ 4245), estableciendo cómo “la amortización de vacantes (...) no puede perjudicar el derecho expectante de los trabajadores en excedencia a reincorporarse a la empresa, pues otra solución (...) habría ilusorio el derecho de quien pide el reingreso y transformaría la situación de excedencia voluntaria en cese definitivo, privando al trabajador de los beneficios que tal institución comporta en el espíritu y en la letra de la ley”.

⁷⁰ SSTS 22 mayo 1986 (RJ 2611) y 16 marzo 1987 (RJ 9676).

En cambio, la excedencia voluntaria carece de causa (no está preestablecida); de ahí su consideración como *ad nutum*, y obedece tan solo al propio interés personal o profesional del trabajador⁷¹; también el riesgo contractual soportado por el empresario es mayor, pudiendo traer aparejadas consecuencias negativas para sus intereses al deber de soportar un gravamen como el comentado.

Es así un ámbito propio para analizar el papel jugado por la buena fe⁷², así como el de la competencia desleal⁷³.

Queda justificado, por tanto, un tratamiento legal distinto y la razón por la cual el legislador y los Tribunales vienen admitiendo la no preservación de un puesto de trabajo

⁷¹ Un interés para mejorar sus expectativas de empleo prestando servicios en empresa distinta o en aquella donde pueda desarrollar su profesión u oficio, usado como medio de promoción o experiencia profesional en otra ocupación por cuenta ajena o propia (y como regla general trabajando en su mismo sector), atender necesidades personales o cualquier actividad deseada. Interés entendido como de derecho necesario, al suponer el ejercicio de una facultad reconocida por ley. En este sentido, SSTS 6 noviembre 1997 (RJ 733), 25 octubre 2000 (Rec. 3606/98) y STSJ País Vasco 14 marzo 2006 (AS 1481). Asimismo, BOTANA LÓPEZ, J.M.: “Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral”, cit., pág. 275, o FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., pág. 18: “la ley no exige invocación de causa (...). Una previsión en otro sentido inclinaría claramente la balanza a favor del interés empresarial para vaciar de contenido el derecho a la excedencia”.

⁷² STS 25 octubre 2000 (RJ 9676). En igual sentido, SALA FRANCO, T.: “La excedencia voluntaria”, cit., pág. 495 y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., pág. 18, quien en alusión a la buena fe afirma: “es fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a su través, de forma que estas no se deben únicamente a aquello que han estipulado o escuetamente a lo determinado de forma expresa por la ley, sino a todo cuanto en cada situación impone este principio informador; de otro lado, ha de actuar como causa de limitación de un derecho subjetivo cuando contravenga en cada ocasión las consideraciones que, dentro de la relación jurídica, una de las partes esté obligada a adoptar respecto de la otra”.

⁷³ SSTS 19 junio 1988 y 5 diciembre 1989 o STSJ Murcia 3 noviembre 1993. El Alto Tribunal defiende la tesis que niega cualquier obligación de no concurrencia en situación de excedencia (siempre respecto del caso concreto), pero sus argumentos constituyen el fundamento para una corriente judicial con pretensiones de alcance general. En este sentido, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., pág. 16, quien, por un lado, propone firmes premisas constitucionales (el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, establece la existencia de un puesto de trabajo); por otro, añade la Constitución como norma jurídica vinculante (en relación con el carácter de derecho fundamental del art. 35 CE), rechazando, por tanto, cualquier sentido o alcance restrictivo de este derecho, si no media una justificación. En el caso en presencia no queda sujeta a ninguna obligación, perviviendo el vínculo contractual, aunque en situación de suspensión, junto con la subsistencia de un cierto deber de buena fe. Desde esta perspectiva, la prohibición de competencia desleal durante la excedencia no vulnera *per se* el derecho al trabajo.

en favor del excedente si ello es a costa de “la estabilidad del empleo del trabajador que lo sustituya, o bien el propio interés de la empresa”⁷⁴.

El hecho de conservar el poder de dirección sobre la vacante dejada por aquel (traducido en la facultad de contratar con carácter indefinido para cubrirla, o amortizarla cuando lo estime oportuno) puede llevar a una superior incertidumbre sobre el futuro profesional en la empresa de quien ejercite el derecho. Ofrece, por tanto, unas menores garantías que el resto de las excedencias, pero, salvo cuando así lo indique el convenio, este es el riesgo y ventura a soportar.

III.- PRÓRROGA DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA

En cuanto hace a la extensión temporal de la excedencia más allá del plazo inicialmente instado o del máximo legal o convencional dos situaciones cobran singular relieve. De un lado, si el beneficiario desea continuar con su situación suspensiva, y solicitar una prórroga “expresa”. De otro, cuando insta en tiempo y forma el reingreso, pero le es denegado por la ausencia de vacantes apropiadas en ese momento, con lo cual queda en situación de “prórroga tácita”, pues obligatoriamente ha de permanecer en espera⁷⁵.

III.1.- PRÓRROGA EXPRESA

Dentro de este supuesto, puede ocurrir, a su vez, que:

A) El trabajador solicite una ampliación de su situación suspensiva sin superar el tope máximo temporal establecido por ley (5 años) o convenio. El trabajador, lejos de

⁷⁴ SSTs 17 noviembre 1983 (RJ 5608), 25 octubre 2000 (RJ 9676) y 14 febrero 2006 (RJ 2230), todas ellas como respuesta a un principio de defensa del empleo. En el mismo sentido PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcional*, cit., pág.153 y ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pág. 150. Para esta última autora la protección de la estabilidad del empleo ha de ser concebida como un auténtico derecho subjetivo del trabajador si cumple los requisitos legales y su concesión no es discrecional para el empleador, quien no podrá negarla argumentando circunstancias del servicio o necesidades de la empresa.

⁷⁵ PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcional*, cit., pág. 319, quien utiliza la expresión “prórroga tácita” cuando la situación de excedencia deba ser necesariamente mantenida, entre tanto no haya una vacante apropiada; valora, de igual modo que técnicamente no puede ser considerada como una prórroga en el sentido estricto de la palabra.

poder actuar de forma unilateral, precisa la aceptación de la petición, ante tal eventualidad, el acuerdo será vinculante para ambas partes, aún cuando podrá ser modificado posteriormente con las suficientes garantías⁷⁶.

B) Cuando supera la duración máxima⁷⁷, en virtud de un pacto individual entre trabajador y empresario⁷⁸.

Un sector doctrinal (minoritario) defiende, con fundamento en la buena fe, el ejercicio al derecho de prórroga del trabajador con tan solo respetar los requisitos legales, teniendo en cuenta el uso de los pactos individuales como una forma de llenar los vacíos legales presentes en la regulación del instituto.

No obstante, la tesis mayoritaria considera que el empresario no está obligado a su reconocimiento. Sería, por tanto, de carácter facultativo, salvo por la existencia de un acuerdo entre las partes al respecto, ya individual o colectivo⁷⁹. Posición más favorable al interés patronal, pues la empresa debe reorganizar sus recursos internos para suplir el trabajo no realizado por la marcha del excedente, concediendo la prórroga o no en función de sus intereses.

Formalmente el trabajador obtendría una nueva excedencia (aun cuando apareciera como una prórroga de la anterior), pues su voluntad aparece dirigida a alargar

⁷⁶ Teniendo en cuenta, básicamente, los mismos requisitos y consideraciones de la primera excedencia solicitada (deber de buena fe, de no concurrencia en caso de pactarse etc.), siempre y cuando no vaya en contra de la Ley ni suponga mermar derechos irrenunciables (arts. 1091, 1255, 1256 y 1258 CC), es decir, sin vulnerar derechos laborales de carácter necesario y sin alterar derechos y obligaciones de las partes, salvo pacto en contrario.

⁷⁷ PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcional*, cit., pág. 319, para quien el trabajador no puede ampliar su prórroga mas allá de los límites establecidos, pues el Estatuto de los Trabajadores no hace referencia a tal posibilidad.

⁷⁸ ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pág. 278, quien descarta cualquier otra opción por carecer de un fundamento sólido.

⁷⁹ SSTS 11 diciembre 2003 (RJ 9528) y 23 julio 2010 (RJ 7286), las cuales manifestaron (en relación a lo dispuesto en el art. 46.2 ET), el posible derecho o no del trabajador a la aceptación de su solicitud de prórroga hasta el tope legal establecido en la norma e interpretaron la situación de excedencia como un supuesto atípico de suspensión de trabajo, alterando la normalidad de la relación laboral. De este modo, si bien el derecho está reconocido y el trabajador puede hacer uso de él libremente e indicar su período de duración, una vez concedido, dicho período no puede ser alterado unilateralmente por su sola voluntad. En el mismo sentido, SSTSJ Castilla y León/Valladolid 7 marzo 1995 (AS 912), Andalucía/Sevilla 15 diciembre 1995 (AS 4867), Islas Baleares 20 septiembre 1996 (AS 661), Aragón 18 julio 2006 (AS 2007/19) y Cataluña 5 septiembre 2006 (JUR 2007/111459).

su situación suspensiva. Otra cuestión será su regulación convencional y los requisitos para su ejercicio, pudiendo encontrar cláusulas convencionales de distinta índole, bien de rechazo expreso, bien configuradas como una decisión exclusiva del empresario o cuantas la consideran un derecho del trabajador.

Si la solicitud prórroga fuera denegada, el interesado deberá solicitar su reincorporación⁸⁰ (antes del fin de su periodo), conllevando el reingreso del trabajador y la consecuente reactivación de la relación laboral; y ello con independencia de si decide demandar a la empresa para hacer valer sus derechos o interpreta que esta tiene la obligación de prorrogar siempre y cuando no supere los límites de duración legales⁸¹.

Por contra, silencio del empleador puede ser entendido, en relación con el principio de buena fe contractual, como una presunción de concesión⁸².

Un matiz a tener en cuenta resulta de la concesión por el empresario de la prórroga en un momento dado, sin advertirle de que no lo hará en un futuro, pues ello supuso una división de criterios en los Tribunales: de un lado, cuantos defendían la vinculación del empleador a su actuar precedente; de otro, cuantos nieguen cualquier virtualidad del precedente. Dicha discrepancia fue resuelta en unificación de doctrina asentando (con bastante lógica), su carácter facultativo, sin tener por qué generar derecho alguno. Así, en caso de no reincorporación a su puesto (previa solicitud de la prórroga), y ante la falta de respuesta empresarial, traería aparejada la pérdida del derecho expectante al reingreso y podrá ser considerado como un abandono, o bien como ausencias injustificadas a efectos de un despido disciplinario⁸³.

⁸⁰ La omisión en la solicitud de reingreso causa la pérdida del derecho de reincorporación o de la condición originaria. En este sentido, PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, cit., pág. 35. La solicitud de prórroga debe venir acompañada de la petición de reingreso para evitar cualquier riesgo legal al trabajador de perder su vinculación con la empresa. En este sentido los Tribunales son claros: “la solicitud de prórroga no exonera al trabajador de la obligación de reincorporación a su puesto de trabajo en el plazo estipulado. La auto concesión de la prórroga no está autorizada y, por tanto, el hecho de que el trabajador no acuda a la empresa en la fecha señalada supone una dimisión tácita del mismo por lo que nunca podría interpretarse que la empresa tenía el propósito de despedir al trabajador”, STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife 10 diciembre 2002 (AS 2003/234).

⁸¹ SSTSJ Galicia 27 junio 1991 (AS3737), Madrid 18 julio 1991 (AS 4693) y Cataluña 8 mayo 1992 (AS 2819).

⁸² STSJ Valencia 2 marzo 2006 (AS 2606): “(...) pues tal falta de respuesta no puede perjudicar al actor”.

⁸³ Interpretación distinta respecto al reconocimiento de solicitud de excedencia, en el cual la falta de respuesta empresarial era considerada como una concesión tácita. En este sentido, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., pág.

III. 2.- PRÓRROGA TÁCITA O ATÍPICA

Supuesto que acaece cuando la empresa niega el reingreso del trabajador por falta de vacantes apropiadas, de igual o similar clasificación profesional en ese momento⁸⁴. El interesado puede seguir en tal situación y quedará en espera, expectante hasta producirse aquella⁸⁵.

O bien puede ser denegada su continuidad y al cabo del tiempo incluirlo en una lista de excedentes, lo cual supone una prórroga tácita⁸⁶.

La cuestión viene siendo considerada como un problema sustantivo, pues si la excedencia solo finaliza cuando acaece una vacante en la empresa, es imposible concretar sus límites temporales (el límite máximo estatutario de 5 años pierde su sentido jurídico en ausencia de plazas); por tanto, el resultado final consiste en una prórroga automática, indefinida y con carácter forzoso⁸⁷.

Así, y con independencia del tiempo transcurrido, el derecho al reingreso no prescribe⁸⁸, pues dicha situación no surge por voluntad del trabajador. En consecuencia, parece lógico suponer que las condiciones pactadas inicialmente desaparezcan, con lo cual el trabajador quedaría exonerado de su compromiso y podría acceder a otro empleo

⁸⁴ Cuyos efectos son ya conocidos: el derecho de reingreso deviene en expectante y la situación de excedencia voluntaria se transforma en indefinida a la espera de la vacante apropiada, quedando el vínculo suspendido en espera de poder reanudar el cumplimiento de sus prestaciones y recibir las recíprocas. En este sentido, SSTS 21 abril 1986 (RJ 2213) y 2 julio 1987 (RJ 5062); SSTSJ Cataluña 11 abril 2002 (AS 1788) y Extremadura 31 marzo 2004 (AS 1291).

⁸⁵ STS 5 diciembre 1996 (RJ 9134) y STSJ Galicia 5 octubre 2001 (JUR 2002/5643).

⁸⁶ STSJ Andalucía/Granada 20 mayo 2002 (JUR 7930).

⁸⁷ MONGE RECALDE, J.L.: *La excedencia laboral en la jurisprudencia*, cit., pág. 78. El autor ofrece una crítica cuestionando la gran confusión jurídica provocada por la norma respecto de la denegación del reingreso por falta de vacantes, indicando la generación de una excedencia ilimitada; ello supone un desconocimiento del derecho a la reincorporación y constituye una demora incompatible con la elasticidad del mundo jurídico actual.

⁸⁸ STSJ Andalucía/Sevilla 8 julio 1992 (AS 6540), la cual expone el caso de una trabajadora que solicita su reincorporación antes de concluir el período de excedencia. La conclusión de dicha sentencia fue la subsistencia de la relación laboral, quedando obligada la empresa a su readmisión o, en su caso, a la correspondiente indemnización.

o realizar cualquier actividad por cuenta ajena o propia⁸⁹. Por tanto, si el trabajador hubiera firmado un pacto de no concurrencia inicial, y al pretender la reincorporación se viera obligado a continuar en espera de ser llamado (por falta de vacantes en ese momento), quedará liberado de respetar los términos originales de concesión, disponiendo de total libertad para buscar un trabajo alternativo, sin ningún tipo de límite ni restricción y sin tener la obligación de cumplir las condiciones entonces firmadas⁹⁰.

IV.- RECONOCIMIENTO / DENEGACIÓN / SILENCIO EN LA RESPUESTA EMPRESARIAL. PROBLEMAS CONCEPTUALES

Cuando el trabajador formula su solicitud de excedencia⁹¹ (realmente no solicita, pues posee y ejerce un auténtico derecho de ejercicio potestativo), el sentido y contenido de la respuesta patronal puede ser muy diverso. La premisa fundamental para el análisis al respecto ha de venir dada por el escaso o nulo margen discrecional de réplica concedido al empresario sobre el reconocimiento (no concesión) de este derecho subjetivo⁹², siempre y cuando la petición reúna los requisitos legales exigibles, tanto los legales como cuantos

⁸⁹ Es inconcebible que la empresa en tal situación obligue al empleado a mantenerse en una situación de desempleo o limite su capacidad de acción o decisión con la amenaza de perder su derecho al reingreso; en este sentido, STS 6 febrero 1991 (RJ 808). De esta forma, no procede condicionar el reingreso a no trabajar en otra empresa ocupando un cargo remunerado, o bien obligarle a desistir del contrato de trabajo paralelo en vigor en ese momento. En esta línea, ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pág. 281, quien incluso va más allá, no descartando el caso en el cual el nuevo empleo y el previo, al cual retornaría, fuesen compatibles.

⁹⁰ En este sentido, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., págs. 34-35.

⁹¹ El interesado debe poner en conocimiento del empleador su intención también por su propia seguridad. Aún cuando la norma no lo exija, convendría señalar la fecha de inicio y su duración dentro de los márgenes legales, con una antelación suficiente a la, en su caso, establecida por convenio, lo cual evitaría posibles problemas de prueba en el futuro.

⁹² Es muy común la confusión de ambos términos, usar “concesión” en lugar de “reconocimiento”. Constituye un grave error, pues la concesión presenta una connotación de permiso por parte del empleador, o un sentido potestativo del cual carece, y no es esta la interpretación pretendida por el legislador. De este modo, su disfrute no es el producto de un acuerdo particular entre empleador/trabajador; si así fuera, el precepto (y el derecho) devendría inútil. Un derecho para ser considerado como tal ha de ser utilizado y disfrutado libremente por el titular en toda su plenitud, limitándose el sujeto pasivo del mismo (empresario) a reconocerlo.

el convenio colectivo haya añadido⁹³, sin entrar a valorar o decidir sobre posibles condicionantes.

La afirmación precedente deriva del propio interés particular (personal o profesional) del cual es titular el trabajador, quedándole vedado al empleador, en principio y *ex ante*, establecer condición de ningún tipo a su reconocimiento⁹⁴.

En apariencia, por tanto, no obra margen de oposición alguno una vez verificada la concurrencia en el caso de cuanto demanda la ley, pues ante el derecho contemplado por la norma únicamente cabrá una respuesta afirmativa e incondicional⁹⁵. Bastará, por ende, con cumplir el único requisito exigido en el precepto de estar en posesión de la antigüedad estipulada⁹⁶; sin embargo, establecida la regla, procederá a entrar a sus matices bajo la forma de excepción.

⁹³ Con la salvedad de que sería contraria al ordenamiento jurídico la existencia de cláusulas en los convenios confiriendo al empleador un poder decisorio, ya resolutorio, ya facultativo o meramente arbitrario, en su contestación a la solicitud formulada por su empleado. El nacimiento de un derecho, otorgado por ley al trabajador, no puede depender de su mera voluntad.

⁹⁴ STS 25 octubre 2000 (RJ 9676) y STSJ País Vasco 27 abril 1999 (AS 5833).

⁹⁵ PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, cit., pág. 25, quien entiende necesaria una respuesta empresarial para ofrecer seguridad jurídica al trabajador, materializada en disponer de un documento reconociéndole la excedencia junto con todos los requisitos adicionales a tener en cuenta durante su disfrute. La mayor parte de la doctrina afirma la obligación del empresario de reconocer la solicitud, aun cuando ello resulte muy gravoso, deviniendo nula cualquier disposición convencional entendida como una actuación discrecional a la hora de formular su reconocimiento, o bien estableciendo la imposición de algún tipo de requisito distinto a los legal o convencionalmente establecidos. En esta línea, STSJ Madrid 14 junio 2005 (AS 1612). Respecto de los aspectos formales, su respuesta normalmente tomará forma expresa y por escrito, según recogen, SSTSJ Valencia 29 septiembre 1993 (AS 3946), Madrid 27 marzo 1996 (AS 464) e Islas Baleares 20 septiembre 1996 (AS 366); en otro sentido, la STSJ Cataluña 21 abril 1992 (AS 2290), pues “el art. 46.2 ET no concreta que la concesión de la excedencia voluntaria deba hacerse en un plazo determinado, ni que deba revestir forma escrita”. La Ley tampoco especifica nada al respecto, lo cual puede ser aprovechado para conceder un amplio margen de maniobra a la empresa a la hora de reconocer el derecho. Este vacío legal ha sido resuelto por la jurisprudencia y la negociación colectiva estableciendo plazos máximos para responder a la solicitud.

⁹⁶ Otro vacío legal que da lugar a lagunas interpretativas, respecto de las cuales los Tribunales siguen sin fijar una línea argumental homogénea, viene dado por la falta de concreción a la hora de determinar si el requisito para quien opta a una excedencia voluntaria con un año de antigüedad ha de operar únicamente respecto a un contrato indefinido o basta una relación temporal. La doctrina y la jurisprudencia tratan de aclarar cuestiones tales como hasta qué punto es viable o de qué margen de maniobra dispone el empresario para contratar trabajadores con carácter temporal en puestos de igual o similar categoría profesional al excedente, o bien realizar prórrogas de contratos con carácter temporal o convertir éstos en indefinidos, todo ello siempre con posterioridad a la solicitud de reingreso del interesado. En este sentido, la norma muestra una ambigüedad grave, pues compele a elegir entre dos opciones opuestas: por un lado, y para asegurar la estabilidad del empleo, mantener en su puesto al trabajador que presta sus servicios de forma adecuada para los intereses de la empresa; de otro, dar por terminado este vínculo contractual y optar por el derecho preferente perteneciente al trabajador en excedencia y reincorporarlo a la unidad productiva.

La primera de las situaciones puede venir dada por la negativa (expresa) a su concesión razonando justificadamente sus motivos. Cabe plantear si existe o no una obligación al respecto, o si, por el contrario, puede obrar márgenes para la negativa; es decir, si constituye un derecho de carácter absoluto o no para el trabajador, y, en este último caso, si puede quedar supeditado a las concretas vicisitudes de la entidad en el momento de hacer efectiva la solicitud. Son diferentes posibilidades a tener en cuenta, cuya solución es distinta en función de las circunstancias particulares de cada caso.

Otra variante consiste en no emitir nunca el reconocimiento, a partir de una falta de respuesta encaminada a la prolongación indefinida en la espera de quien inste el derecho. En este sentido, el silencio nunca debe ser interpretado como positivo y el interesado siempre debe esperar una contestación expresa, sin perjuicio de considerar la actitud del empleador, de no contestar en un plazo razonable, como un acto de mala fe, con los efectos anejos a tal declaración⁹⁷.

Otra situación puede venir dada por un otorgamiento de forma imprecisa o poco clara, e incluso un reconocimiento parcial⁹⁸.

Estos avatares pueden provocar la consiguiente incertidumbre e inseguridad al trabajador por no saber claramente cuál ha de ser su proceder⁹⁹.

Ante tales situaciones, el interesado, en cumplimiento de la ley, habrá de instar la oportuna demanda solicitando el reconocimiento de su derecho a acceder a la excedencia al amparo de lo previsto en el art. 46.2 ET. De este modo, será en última instancia el órgano judicial, mediante la correspondiente sentencia, el encargado de declarar

⁹⁷ A este respecto, la buena fe contractual opera en ambas direcciones, y el empleador también debe respetarla, respondiendo a la solicitud a la excedencia en uno u otro sentido, aun cuando el convenio no lo ordene expresamente, pues de lo contrario puede incurrir en mala fe, al considerar que su único propósito es el de obstaculizar el derecho de su empleado. Incluso formulada la solicitud con tiempo suficiente, si su respuesta se dilata en el tiempo, más allá del inicio pretendido para su disfrute, no cabe entender dicha omisión como una concesión del derecho; en este sentido, STS 5 julio 1990 (RJ 6058) y STSJ Andalucía/Granada 8 enero 2003 (AS 665).

⁹⁸ Cuando el empresario, ante la solicitud de reingreso del excedente, le comunica la inexistencia de vacantes en ese momento, pero sin reconocerle el derecho preferente, siendo en este caso más conveniente optar por una demanda de despido en lugar de una declarativa de reingreso cuando su intención fuera acudir a los Tribunales.

⁹⁹ Las situaciones ambiguas o interpretables son resueltas, como siempre, por vía jurisprudencial o a través de la negociación colectiva. Ambas llamadas a colmar las lagunas dejadas por la regulación estatutaria.

justificada o no la posición del empleador¹⁰⁰ y, en su caso, autorizar (aquí sí) el ejercicio del derecho solicitado¹⁰¹.

Obviamente lo no permitido al trabajador bajo ningún concepto es acudir a la vía de hecho, es decir, a la “autotutela” accediendo unilateral y arbitrariamente al ejercicio de un derecho¹⁰² que no le viene reconocido automáticamente o *ipso iure*, ni en la ley, ni en el convenio de aplicación. Alternativa, por tanto, del todo inadmisibles, siendo imperativa la comunicación al empresario (no basta la mera solicitud para el comienzo efectivo del ejercicio del derecho), así como la obtención de su reconocimiento expreso (o tácito, a través de actos concluyentes); en su defecto, instar judicialmente la protección de su posición y elección¹⁰³, pero sin dejar de trabajar¹⁰⁴.

De lo contrario, si decidiera situarse en excedencia antes de obtener una respuesta, habrá de estar muy seguro de su actuación y contar con los suficientes argumentos y pruebas para, en su caso, utilizar en un futuro ante la más que probable reacción empresarial de dar por terminada la relación laboral. En particular, cobrarán singular

¹⁰⁰ SSTSJ Galicia 27 junio 1991 (AS 3737), Comunidad Valenciana 30 octubre 1991 (AS 5872) y Murcia 5 septiembre 2005 (JUR 224149).

¹⁰¹ SSTSJ Islas Baleares 7 marzo 2001 (AS 2446) y Andalucía/Granada 8 enero 2003 (AS 665).

¹⁰² Si el trabajador adoptara esta postura, contravendría el principio general de buena fe exigible en la ejecución del contrato (art. 20.2 ET en relación con arts. 1256 y 1258 CC); en este sentido, SSTS 28 mayo 1983 (RJ 2430), 2 junio 1987 (RJ 4105), 5 julio 1990 (RJ 6058) y 13 febrero 1991 (RJ 832). Igualmente, SSTSJ Cataluña 24 octubre 1994 (AS 3885), Madrid 27 marzo 1996 (AS 1243), 14 junio 2005 (AS 1612) y 8 febrero 2007 (JUR 218413). Por otro lado, numerosas sentencias lo consideran “un derecho subjetivo”, el cual no puede ser autoconcedido de forma unilateral (ello generaría graves consecuencias en la relación laboral, pudiendo concluir con el decaimiento del derecho preferente al reingreso), sin previo reconocimiento por la empresa o por sentencia judicial si es recurrida la denegación; en este sentido, SSTS 29 noviembre 1983 (RJ 5645), 2 junio 1987 (RJ 4105), 5 julio y 7 diciembre 1990 (RJ 6058 y 6658 respectivamente), y 20 junio 2011 (RJ 5425) y SSTSJ Madrid 13 abril 1992 (AS 138). No es tampoco un derecho inalienable, por necesitar de un reconocimiento previo del empresario; al respecto, STS 5 julio 1990 (RJ 6058).

¹⁰³ SSTS 5 julio 1990 (RJ 6058) y 25 octubre 2000 (RJ 9676).

¹⁰⁴ STSJ Andalucía /Sevilla 13 febrero 1998 (AS 5419). En sentido opuesto, ante una denegación tácita o expresa del empleador, otros autores consideran viable para el trabajador la posibilidad de situarse por sí mismo en una posición de excedencia voluntaria y, al mismo tiempo, interponer la correspondiente demanda ante los Tribunales en espera del reconocimiento de su situación; eso sí, asumiendo el riesgo de perder su puesto de trabajo si el Tribunal considera justificada la decisión empresarial. Al respecto, PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, cit., pág. 284-285 y ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pág. 257.

importancia las referidas a un manifiesto abuso de derecho en el ejercicio de los poderes directivos¹⁰⁵.

Entre los aspectos prácticos más relevantes tanto de la regulación legal como la establecida por convenio cabría destacar los acto seguido enumerados:

- A falta de regulación legal, los interesados deben tener en cuenta y respetar los requisitos mínimos en presencia. El desconocimiento no motivado de los trámites establecidos faculta al empleador para justificar la negativa al reconocimiento, si bien el trabajador siempre puede subsanarlos, cuando fuera posible, y volver a formular su instancia¹⁰⁶.
- Puede acontecer falta de adecuación del motivo reconocido por la excedencia solicitada a aquellos tasados en convenio. En este sentido, debido a la amplia casuística existente, no cabe proporcionar una solución válida para cada situación; tan solo criterios de interpretación general, así como una serie de límites del todo infranqueables, allende los cuales la situación deviene ilegal¹⁰⁷.
- Alguna corriente judicial defiende que, una vez instada la excedencia, y justificados sus motivos, si resultare más adecuado o beneficioso para el

¹⁰⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., pág. 30, quien considera el retraso en responder como relevante para que el órgano judicial “sopese la mala fe del empleador si queda justificada una maliciosa y abusiva tardanza para considerar el despido improcedente”, argumentando sobre cuanto establece la STS 29 noviembre 1983 (RJ 5645). No obstante, no deja de ser una situación excepcionalmente adoptada por los Tribunales, como por ejemplo “cuando la solicitud se ha repetido en numerosas ocasiones y siempre se aplaza la resolución instando nuevas precisiones que resultaban superfluas y no habían sido requeridas a otros empleados, en proceder manifiestamente discriminatorio”, STSJ Islas Baleares 7 marzo 2001 (AS 2446).

¹⁰⁶ En ocasiones el empresario asume el papel de último intérprete de la solicitud de excedencia, pudiendo considerarla o no legalmente admisible al calor de las distintas causas o motivos, atribuyéndose un diverso grado de discrecionalidad que no admite pacíficamente la doctrina. En este sentido, ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pág. 238; PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcional*, cit., pág. 270 y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en derecho del trabajo*, cit., pág. 64. Los autores entienden que esta medida tendría implicaciones no deseables, como conceder un carácter discrecional a tal decisión a la hora de admitir o no la solicitud de excedencia. En la misma línea, SSTSJ Madrid 3 diciembre 1992 (AS 6190) y País Vasco 9 diciembre 1993 (AS 5394).

¹⁰⁷ Dependerá de la mayor o menor amplitud del catálogo convencional expuesto y su naturaleza más o menos restrictiva. En este sentido, GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: *La excedencia voluntaria laboral*, cit., pág. 51, para quien, en términos generales, no cabrá admitir un convenio restrictivo de causas o motivos para solicitar la excedencia, llevándolo a un catálogo cerrado.

trabajador acogerse a otro tipo, el empresario le deberá advertir de tal circunstancia. En todo caso, le aplicará en el futuro las condiciones más beneficiosas presentes en la no interesada y a la cual tenía derecho¹⁰⁸. Problema que entronca con la dificultad para confrontar las excedencias legales con las convencionales y cuya generosa respuesta solo puede ser de recibo bajo el criterio (no compartido) de poder mezclar sus regímenes jurídicos.

- Los convenios frecuentemente limitan, el número o porcentaje de trabajadores en excedencia voluntaria de forma simultánea en una empresa¹⁰⁹, de tal modo que no superen un determinado porcentaje de la plantilla. Por igual motivo permiten denegarla si concurren otro tipo de circunstancias adicionales, como estar algunos trabajadores en suspensión del contrato de trabajo por cualesquiera razones. Estas circunstancias influyen en el normal desarrollo de la actividad productiva, constituyen un obstáculo para el disfrute del derecho, pudiendo legitimar la negativa por la confluencia en su ejercicio con otros intereses en juego y abriendo el discurso a un sinfín de problemas¹¹⁰.

Muchas de estas situaciones, probables en el seno de una empresa, contribuyen a dejar sin efecto o hacer inservible la excedencia pretendida por el trabajador, pues el sentido propio de esta institución es hacer uso del derecho en un concreto momento, al ser ese, y no otro, el período en el cual desea disfrutarlo. Cuando no sea así, y pierda interés el beneficio legal, devendrá inútil y carente de sentido.

Además, si el trabajador recurre la decisión empresarial ante los Tribunales por

¹⁰⁸ STSJ Madrid 19 septiembre 2007 (AS 1011).

¹⁰⁹ STSJ Islas Baleares 20 septiembre 1996 (AS 2861), la cual defiende el simultáneo disfrute de la excedencia por varios trabajadores; *contra*, STSJ Murcia 17 noviembre 1995 (AS 4848).

¹¹⁰ El argumento empresarial para justificar la negativa trae causa, frecuentemente, en necesidades del servicio, en ocasiones ambiguas y muy discutibles, inclusive estando debidamente motivadas, pues el límite entre lo razonable o no es muy difuso. Otras veces, centrada en previsiones convencionales, lo cual puede ser contrario a derecho; en este sentido, STSJ Andalucía/Sevilla 15 agosto 2007 (AS 338).

entender vulnerado su derecho, deberá soportar la espera hasta obtener una resolución judicial sin dejar de prestar sus servicios. Esta decisión puede llegar demasiado tarde para satisfacer sus expectativas, incluso aunque le fuera favorable, pues puede haber perdido las oportunidades laborales y/o personales pretendidas en su momento de no haber mediado oposición no ajustada a Derecho¹¹¹.

Su única alternativa residirá en instar la acción de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados¹¹².

De no seguir los trámites establecidos, y erigirse en definidor de sus derechos, asume el riesgo de una sanción, que puede ser considerada como desobediencia al mandato empresarial por incumplimiento de sus obligaciones laborales¹¹³, o del tiempo de trabajo (ausencias injustificadas), hasta poder dar lugar, incluso, a la extinción de la relación laboral mediante el despido disciplinario¹¹⁴; en las situaciones más benignas, considerarlo un abandono¹¹⁵ o una dimisión tácita¹¹⁶.

¹¹¹ STSJ Murcia 24 mayo 1999 (RJ 1690), la cual reconoce en instancia al trabajador su derecho, pero cuya decisión es recurrida por el empresario, debiendo aquel esperar la firmeza de la resolución recurrida y, por tanto, seguir prestando sus servicios en la empresa, so pena de despido. O también las SSTSJ Murcia 24 mayo 1999 (AS 1690) y Cataluña 15 noviembre 2001 (AS 2002/133), las cuales aluden a la espera por parte del trabajador al menos hasta el momento de la ejecución provisional de la sentencia estimatoria, para poder así adquirir el derecho a situarse en excedencia.

¹¹² Sin embargo, son daños difícilmente cuantificables, al entrar en el campo de las expectativas de trabajo o intereses personales, los cuales no son sencillas de predecir.

¹¹³ PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, cit., pág. 284, quien considera la desobediencia del trabajador como justa causa de despido, resultando necesario valorar la entidad de la conducta en cada caso concreto.

¹¹⁴ STS 5 julio 1990 (RJ 6058) y STSJ Madrid 14 junio 2005 (AS 1612).

¹¹⁵ Perdiendo con ello el derecho al reingreso, como establecen, entre otras, las SSTSJ Cataluña 24 febrero 1994 (AS 3885), Madrid 14 junio 2005 (AS 1612) y Andalucía/Sevilla 14 febrero 2013 (AS 1333). Otros autores justifican el despido, no como un abandono del puesto de trabajo, pues no es intención del trabajador extinguir su contrato, sino como faltas de asistencia, o, en el caso de recibir la orden de reincorporación, en función de una desobediencia injustificada; así, por ejemplo, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en derecho del trabajo*, cit., pág. 67.

¹¹⁶ SSTJ 12 y 13 febrero 1991 (RJ 829 y 831) y SSTSJ Cataluña 24 octubre 1994 (AS 3885), Andalucía/Sevilla 13 febrero 1998 (AS 5419), Andalucía/Granada 8 enero 2003 (AS 665) y Castilla y León/Burgos 13 febrero 2008 (AS 1311).

V.- RELACIÓN LEY-CONVENIO Y SU INCIDENCIA EN LA DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EXCEDENCIA

V.1.- RELACIÓN LEY-CONVENIO

Definir la excedencia voluntaria como un derecho de configuración legal e incondicional en favor del trabajador exige la oportuna matización, en tanto su régimen puede ser completado a través de la negociación colectiva, o dotado de un contenido y régimen jurídico distinto al establecido en el Estatuto de los Trabajadores, siempre y cuando su ordenación respete las normas mínimas de derecho indisponible. Cumplida tal exigencia, será de prioritaria aplicación el contenido convencional, incluso si ello supone unas condiciones menos favorables a las legales.

Los convenios cuentan, en consecuencia, con una amplia habilitación legal; disponen de un gran margen para regular tanto las condiciones de trabajo y productividad (art. 82.2 ET), como las de empleo (art. 85.1 ET), lo cual ha servido en muchas sentencias como base para justificar la validez de la opción empresarial por suspender o no permitir el ejercicio del derecho¹¹⁷.

El problema radicará en valorar si los requisitos adicionales son ajustados o no a la norma; a la postre, determinar cuál es el papel del convenio respecto de lo previsto en la ley, pues en este aspecto las relaciones ley-convenio siempre son problemáticas.

V.1.1.- Relación ley-autonomía colectiva en la CE

La Constitución, como fuente primaria del ordenamiento, despliega su primacía respecto del resto de normas estatales. Sus preceptos concretan la sumisión del poder ejecutivo al legislativo; por tanto, la primacía de la ley sobre el resto. Con esta premisa,

¹¹⁷ SSTSJ Madrid 18 noviembre 1992 (AS 5717), 18 septiembre 2001 (AS 3992) y 10 diciembre 2012 (AS 2013/633); Cataluña 21 abril 2006 (AS 3012) y 16 noviembre 2009 (AS 2010/76) o Islas Baleares 12 mayo 2006 (JUR 248916).

reconoce la plena autonomía colectiva¹¹⁸, pues aun cuando no lo afirme expresamente, así cabe deducirlo de sus arts. 1.1 y 2, 6, 7, 20.3, 22, 28.1 y 2, 36, 37.1 y 2, 52, etc., siendo especialmente relevante el art. 37.1, referido al ejercicio del derecho de negociación colectiva¹¹⁹.

En su ordenación obliga a una redistribución de funciones entre el poder normativo del Estado y el dimanante de la autonomía colectiva (en función tanto del principio de competencia como el de jerarquía); en consecuencia, la norma ha de dejar espacio a la autorregulación de trabajadores y empresarios.

Como regla, es frecuente aludir a una regulación “compartida” entre la ley y los convenios colectivos, en lugar de una distribución de competencias entre la una y los otros para regular en exclusiva algunas materias laborales¹²⁰. La doctrina admite una “bipartición típica” entre normas generales (correspondientes al Estado) y normas sectoriales (correspondientes a la autonomía colectiva), incluso con un cierto monopolio de estas últimas para regular las condiciones sectoriales de trabajo, aun cuando no limite a tal su quehacer. Con frecuencia, o tradicionalmente al menos, tal relación supone una regulación por la norma estatal de condiciones mínimas, dejando al convenio el establecimiento de condiciones más favorables para los trabajadores.

V.1.2.- Relación ley- autonomía colectiva a la luz de la ley

Los convenios deben respetar los mínimos de derecho necesario (art. 3.3 ET) establecidos en normas estatales¹²¹. Estos aparecen como un umbral infranqueable para

¹¹⁸ El Tribunal Constitucional también alude a la autonomía colectiva como “principio autonómico” o de “autorregulación”, STCo. 51/1982, de 19 de julio.

¹¹⁹ STCo. 31/1984, de 7 de marzo: “(...) el sistema de fijación normal (...), en general del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios, mediante el ejercicio a la negociación colectiva que proclama el art. 37.1 CE”. Así, el poder normativo derivado de los grupos sociales, de la negociación colectiva, no es algo residual, ni de segundo grado, sino de primero, igual que el emanado del Estado, pues para aquellos la regulación de sus intereses adquieren una facultad no derivada de la ley, es propia, sometida a la CE (no a la norma), de la cual emana la fuerza vinculante de los convenios.

¹²⁰ STCT 30 noviembre 1983 (RTCT 1983/10383).

¹²¹ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1987, pág., 151, quien, en referencia a lo previsto en el ET, no observa referencia alguna a una posible función de mejorar las condiciones de las normas estatales, ni otorgar a estas el carácter de mínimas para la autonomía

la autonomía negociada colectiva, mostrando así su primacía y jerarquía¹²². A sus resultados, cuando la cláusula del convenio estableciera una condición por debajo del mínimo estatal sería nula; pero no, por contra, cuando contuviera una mejora, donde obra plena compatibilidad.

El problema surge al identificar la presencia de un “mínimo de derecho necesario”¹²³, o si este lo es en sentido relativo o absoluto, u obra la reserva en la regulación de una determinada materia, configurando así un techo máximo para el convenio, lo cual conllevaría su inderogabilidad *in peius*.

Otra manifestación de la superioridad de la norma estatal aparece cuando, sin ser coactivas, autorizan al convenio a su derogación *in peius*, pero fijan la competencia y facultades para hacerlo, así como su alcance, más o menos favorable.

Previsión no aplicable a los contratos de trabajo, pues a la voluntad de las partes, no les está permitido establecer una regulación menos favorable en perjuicio del trabajador [art. 3.1. c) ET].

Es tradicional aludir a la superior posición ocupada por la ley en la jerarquía normativa, por cuanto: a) El convenio ha de respetar el derecho necesario establecido en aquella, b) La Ley puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva, c) Excepcionalmente puede reservar para sí algunas materias, excluyéndolas de la contratación colectiva, d) En el ejercicio de sus atribuciones, puede autorizar a la negociación colectiva la regulación de una materia anteriormente excluida.

negociada colectiva; de ello infiere la dificultad para establecer cuándo las normas estatales son de derecho necesario y, en su caso, si lo son de carácter absoluto o relativo.

¹²² STS 20 junio 1983 (Ar. 3024), con una resolución en contra de primacía del convenio sobre la norma estatal, situando en el mismo plano, con iguales límites, a la autonomía colectiva y a la individual. Con todo, este tipo de pronunciamientos son aislados, y la posición doctrinal defendiendo tal criterio sigue siendo minoritaria.

¹²³ Concepto jurídico indeterminado. Como tal, su contenido y alcance es perfilado por la jurisprudencia y la doctrina. Muchas veces el carácter de las normas estatales calificadas como inderogables (en sentido absoluto o relativo), o bien su carácter derogable o dispositivo viene explícitamente contemplado; en otras ocasiones, cabe deducirlo razonablemente. Al respecto, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, cit., págs. 163-164.

En conclusión, ni las normas estatales han estar configuradas necesariamente y con carácter general como mínimos para los convenios (solo cabe esta posibilidad, entre otras más), ni estos tienen como obligación mejorar en todo caso las condiciones de trabajo fijadas por la norma estatal superando tales mínimos; de hecho, muchos convenios establecen condiciones menos favorables a los de la norma estatal.

De ahí, “el fuerte ‘desvanecimiento’ del principio de norma mínima en nuestro ordenamiento laboral”¹²⁴. A sus resultados, y si bien en principio los convenios colectivos no podían tasar las causas o motivos de solicitud, ni exigir al trabajador expresar la razón por la cual solicita la excedencia, la regla general quiebra cuando sitúe, al trabajador en una situación más favorable, ofreciéndole ventajas adicionales, como la reincorporación automática.

De este modo, las normas estatales pueden asumir el carácter de derecho necesario relativo, o de derecho necesario absoluto (excluyentes de la regulación por convenio), supletorias o dispositivas, al remitir a los convenios la ordenación de ciertas materias, tan solo ordenadas en los aspectos nucleares o, incluso, sin tal regulación; en fin, podrá obrar como un techo máximo, no superable por la negociación colectiva.

De hecho, los Tribunales admiten la menor limitación existente para disponer por convenio que por contrato individual; bajo otra perspectiva, lo vedado a este es más amplio que lo prohibido a aquél¹²⁵.

V.2.- PRINCIPALES MANIFESTACIONES DE LAS RELACIONES LEY-AUTONOMÍA COLECTIVA

En relación con la naturaleza jurídica bajo la cual quedó configurada la excedencia, la jurisprudencia ha adoptado dos posiciones a la hora de resolver este tipo de asuntos:

¹²⁴ VILLA GIL, L.E., GARCÍA BECEDAS, G., y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Madrid (Ceura), 1983, pág. 20.

¹²⁵ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, cit., pág. 166.

A) El Tribunal Supremo ya estableció en su momento la configuración de la excedencia como un derecho subjetivo del trabajador, concebido en su interés personal y profesional y con unos límites fundados en no causar perjuicio al empresario. Trazó, de este modo, un evidente paralelismo entre la excedencia voluntaria en clave de ley (no de convenio, siendo este el aspecto relevante a tener en cuenta) y un contenido mínimo destinado a armonizar su ejercicio con el límite dado por la competencia desleal, para así no perjudicar al empresario.

Tal perspectiva subsigue a una relación de complementariedad ley-convenio, donde aquella delimita unos mínimos de obligado respeto de este, y a partir de ahí, fijación de mejoras en beneficio del trabajador; esto es, el derecho es configurado como un mínimo donde, bien articulando normas procedimentales, bien partiendo de su regulación material, hace de mejor derecho al trabajador.

Por contra, la autonomía negocial colectiva no puede, en principio, alterar la regulación estatal en un sentido desfavorable. Así, cuando la norma estatal establece un mínimo para los trabajadores, este es inderogable *in peius* por el convenio, so pena de nulidad de la correspondiente cláusula; y, como indica algún autor, “complementando la técnica de la inderogabilidad relativa con la invalidez parcial de los productos negociales que hubieran procedido a tal derogación y su sustitución automática por los preceptos legales correspondientes”¹²⁶. De esta forma, atribuyen al trabajador individual una serie de derechos subjetivos inderogables en sentido relativo, tanto en el campo de la autonomía colectiva como en la individual.

En el mismo sentido, pero dirección opuesta, la norma estatal es relativamente inderogable, pues admite su modificación *in mellius* por el convenio, donde previamente vuelve a ser conocido como derecho necesario relativo.

B) De otro lado, cuantos contemplan en el caso una relación ley-convenio de complementariedad¹²⁷, partiendo del silencio de la Ley y considerándola una opción

¹²⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, cit., págs. 174-175.

¹²⁷ Pocos autores establecen esta relación como complementaria o coadyuvante, donde lo pactado en convenio prevalezca sobre lo establecido, con carácter general en leyes y reglamentos. En este sentido, DE LA VILLA, L.E. y GARCÍA BECEDAS, G.: “Limitaciones salariales y negociación colectiva. Acerca de la constitucionalidad de la Ley 44/1983”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 1985, pág. 452: “la relación ley-convenio colectivo no es una relación concurrencial y de subordinación, sino institucional y de

abierta que deja al convenio plenas facultades para establecer su voluntad respecto del instituto analizado, incluida, por tanto, la facultad de derogar *in peius* su régimen jurídico legal¹²⁸.

V.2.1.- Relación de complementariedad

Con el paso de los años han ido disminuyendo el número de preceptos de derecho necesario en favor de otras variantes (normas dispositivas, de remisión al convenio, etc.), perdiendo peso la relación de complementariedad en el conjunto de relaciones ley-convenio. Esta realidad es evidente cuando entran en juego distintas técnicas más flexibles y elásticas de tutela, como la propia negociación colectiva u otros mecanismos de intervención por parte del Estado en las relaciones laborales diferentes a la norma estatal inderogable en sentido relativo¹²⁹.

La capacidad de permitir incrementos parciales en los niveles de protección resulta, a veces, limitada o inviable, entre otras razones por la implantación de nuevas leyes vedando concesiones en ese concreto momento, lo cual no descarta futuras negociaciones sobre aspectos considerados cerrados en el presente.

La norma inderogable generalmente ofrece buen resultado respecto de relaciones laborales ya constituidas, pero no confiere protección, o deviene ineficaz, respecto de otro tipo de situaciones, como la de quien quiere trabajar y no puede hacerlo por causas ajenas a su voluntad, o bien al proyectar una relación laboral más allá del ámbito empresarial.

En este sentido, necesita ser complementada con otras técnicas (las cuales

complementariedad. La Ley no puede penetrar la autonomía colectiva caprichosamente, ni subordinarla (sin violación de la CE) a la heteronomía. Negociación colectiva y ordenamiento estatal conforman dos esferas tangentes y complementarias, en ningún caso, concéntricas y subordinadas una a otra”. Posición también recogida en STCT 28 febrero 1985: “en líneas generales la concurrencia ley-convenio (el Estado con sus normas y la actividad negociadora de sindicatos y organizaciones empresariales con las suyas) no debe plantearse en términos de subordinación, sino de complementariedad, evitando la parcelación exclusiva y de rechazo de la norma concurrente”.

¹²⁸ Por ejemplo, estableciendo unas condiciones más estrictas y exigentes en el periodo de suspensión, para así mantener el derecho al reingreso; o, en una segunda muestra, introduciendo prohibiciones absolutas respecto a la concurrencia.

¹²⁹ Es la consecuencia lógica de los cambios ideológicos, sociales, económicos y de todo tipo que acompañan a la estructura dinámica del Derecho del Trabajo, siempre en continua expansión. Baste señalar, como ejemplo, el hecho de ser dignos de protección no solo los intereses de los trabajadores, sino también los del empresario: no perjudicar la estabilidad del empleo, creación de nuevas relaciones laborales, etc.

contribuyen con mayor eficacia a la creación de empleo o resisten mejor los efectos en el mercado de trabajo), dando pie, de este modo, a nuevas relaciones ley-convenio¹³⁰, para potenciar una reducción de las materias donde interviene la norma estatal¹³¹ (sin suprimir su intervención)¹³², y el subsiguiente aumento de lo potencialmente inderogable.

El principio de norma mínima sigue conservando una indudable presencia en el ordenamiento laboral o, como metafóricamente se alude a aquel efecto, “aún goza de buena salud”.

V.2.2.- Relación de complementariedad

La relación de complementariedad entre norma estatal y convenio colectivo supone la actuación conjunta y simultánea de dos normas, una estatal (norma básica) y otra convencional (norma complementaria), para regular un mismo supuesto de hecho a través de una remisión de la primera a la segunda. En este sentido, la ley aparece configurada como incompleta o insuficiente, precisando un “extra” de regulación, es decir, necesitando ineludiblemente al convenio para desarrollar determinados aspectos de fondo o de procedimiento. Es una especie de regulación compartida, con la particularidad de ser la norma estatal quien decide el reparto de funciones y competencia de ambas.

Distinta de suponer la mejora por convenio de una regulación estatal mínima pero suficiente (como ocurría en la relación de suplementariedad); antes bien, su función radica

¹³⁰ Tales como relaciones de complementariedad y supletoriedad, o supuestos donde la norma estatal establece máximos de derecho necesario y/o impide y excluye la negociación colectiva.

¹³¹ El Estado crea cada vez menos normas de derecho necesario relativo (fijando condiciones mínimas), pues van siendo desplazadas por la negociación colectiva, la cual se adapta mejor a las condiciones sociales de cada momento. Dicho de otro modo, la intervención estatal crea un umbral mínimo de subsistencia sobre el cual apoyar la negociación colectiva; necesaria aún, sobre todo ante un giro desfavorable en el mercado de trabajo, pues sin ella resultarían perjudicados los más necesitados, de escasa fuerza o poder contractual. En este sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, cit., pág. 203. Por lo demás, procede tener en cuenta que la legislación tuitiva mínima sigue estando muy presente en otros ámbitos, como el Derecho Internacional del Trabajo o el Derecho Laboral de la UE, obligando a los Estados a respetar ese acervo inderogable de los trabajadores como requisito, por ejemplo, para su ingreso.

¹³² Pues su eliminación total iría en contra de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como la justicia, la igualdad, etc. (arts. 1.1, 9.2, 35.4 etc. CE), los cuales dan forma al Estado como Social y Democrático de Derecho. Como ejemplos, el Estado debe velar por unos suelos salariales mínimos e inderogables *in peius* por la negociación colectiva, por la seguridad e higiene en el trabajo o limitar la jornada laboral garantizando así el descanso semanal. En consecuencia, el Estado no puede abstenerse en las relaciones laborales, tanto individuales como colectivas, aun cuando ello no tiene obligatoriamente que tomar forma a través de la técnica de la legislación relativamente inderogable.

en completar o complementar una normativa estatal insuficiente, incompleta y difícilmente aplicable por sí sola.

Este tipo de relación conlleva proporcionar un mayor protagonismo a la negociación colectiva (completando los preceptos legales en cuantos aspectos le remite expresamente la norma estatal), y dota al ordenamiento de una regulación más elástica, dinámica y completa, posible solo cuando el Estado rehúsa regular total y detalladamente una materia.

VI.- TRATAMIENTO CONVENCIONAL DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA Y SU RELACIÓN CON LAS PREVISIONES CONTENIDAS EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

En esencia, las condiciones de trabajo beben de tres fuentes principales en su regulación: los poderes públicos (tanto del legislativo como del ejecutivo por vía reglamentaria)¹³³, la autonomía colectiva y la individual.

De un lado, las previsiones legales referidas a la excedencia son considerados mínimos de derecho necesario relativo (no absoluto) y, por tanto, susceptibles de mejora¹³⁴.

De otro, el convenio colectivo ostenta gran poder y facilidad para encajar y adaptar las necesidades contempladas en la norma al ámbito concreto y específico en el cual se desarrollan las condiciones de trabajo, esto es, a su concreta realidad. Transformación efectuada normalmente, en este caso, a través del art. 46.6 ET, para crear otras excedencias con los efectos y régimen previstos al efecto, mejorando, ampliando o

¹³³ ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pág. 93, quien alude a la pérdida de protagonismo del reglamento (para la regulación de obligaciones o derechos relativos a la excedencia) respecto de épocas anteriores, siendo poco a poco desplazado por la mayor presencia de la negociación colectiva a la hora de regular condiciones de trabajo, debido a su carácter más flexible y mejor adaptación a los cambios sociales.

¹³⁴ PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, cit., pág. 20.

completando el margen legal de su régimen jurídico¹³⁵; lo cual, sin embargo, no deja de ser una fuente de problemas. Un ejemplo de ello podría ser cuando la negociación colectiva contemplara el plazo de solicitud de reingreso dando pie a una colisión con la regulación recogida en el art. 46 ET, el cual no establece plazo de preaviso.

En este sentido, el papel del convenio vendría dado por mejorar lo establecido en la ley (relación de complementariedad), además de completar (relación de complementariedad) aquellos aspectos del régimen jurídico no desarrollados por la norma legal¹³⁶.

Común resulta, por ejemplo, modificar el requisito de antigüedad y aumentar el tiempo exigido al trabajador de prestación de servicios compensándolo con un superior periodo de disfrute¹³⁷, o establecer otras restricciones mayores a las previstas en el régimen legal a cambio de otras compensaciones a los trabajadores¹³⁸. En estos ejemplos históricos (pero mantenidos pese al paso del tiempo) la negociación colectiva desarrollaba su actividad siempre con el fin de obtener un beneficio jurídico superior al perjuicio causado por la restricción de otros derechos laborales; buscando, en definitiva, una compensación justa y equilibrada.

A su calor surge el interrogante sobre cuáles son los requisitos o condicionantes de la situación de excedencia susceptibles de modificación por el convenio, así como su margen de maniobra. La opinión mayoritaria entiende que, si bien las condiciones del

¹³⁵ Las mejoras frecuentes vienen dadas a partir de una conversión de derechos preferentes de reingreso en incorporaciones automáticas (con un tratamiento similar al de la suspensión o la excedencia forzosa), o en un auténtico derecho de reserva del puesto de trabajo. La vía a tal fin consiste, bien en añadir a situaciones consideradas como excedencias voluntarias los beneficios de la forzosa, bien en reducir los requisitos exigidos para su disfrute, ampliar los periodos de permanencia, etc. De esta forma, los interlocutores sociales están capacitados para crear nuevos supuestos de excedencia voluntaria de carácter especial, gozando del margen de maniobra consagrado en el art. 46.6 ET.

¹³⁶ La relación de complementariedad no es la única a tener en cuenta en las relaciones ley-convenio; también están presentes otras como la de complementariedad, en este sentido GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en derecho del trabajo*, cit., pág. 148.

¹³⁷ Estos beneficios solían aparecer en los convenios; ahora ya solo subsisten algunos por clara inactividad negocial. Era el caso del CC de Telefónica de España, S.A. de 1994, pues con una antigüedad de 5 años cabía solicitar hasta 8 años de excedencia. El IV convenio colectivo de 2008 suprimió esta posibilidad y restableció el requisito de 1 año de antigüedad para iniciar la solicitud.

¹³⁸ Por ejemplo, en materias relacionadas con la necesidad de justificar debidamente los motivos de solicitud de la excedencia. Al respecto, CC de Aviación y Comercio, S.A., 1985 (art. 48).

ejercicio pueden ser alteradas, la previsión convencional restrictiva (más allá de lo establecido en la norma), con un consiguiente perjuicio o empeoramiento de la situación del trabajador, en principio (en tanto establece condiciones *in peius* a la legalmente establecida) debería ser reputada como nula¹³⁹.

No obstante, la afirmación precedente debe ser matizada cuando el convenio contuviera, al tiempo, una situación más ventajosa para el trabajador (como reconocer el derecho a la reserva incondicional del puesto de trabajo al término de la excedencia)¹⁴⁰, en cuyo caso tal contraprestación permitiría alterar las condiciones de algún aspecto de la excedencia, aun cuando sea menos beneficioso para el trabajador¹⁴¹.

Este tipo de restricciones no tienen por qué entrar en colisión con el derecho constitucional al trabajo, pues la regulación convencional puede establecer límites fundados en las propias circunstancias de la relación laboral, como evitar situaciones de competencia desleal o proporcionar respuesta a las necesidades organizativas de la empresa¹⁴².

No obstante, la conclusión no puede alcanzar proyección a todos los casos, pues

¹³⁹ STS 18 mayo 1990 (RJ 4358). Al efecto, PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, cit., pág. 26 y ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pág. 265.

¹⁴⁰ Este tipo de previsiones establecidas en el convenio en ningún caso podrán ser declaradas nulas, pues la compensación de derechos establecida elimina de raíz el perjuicio causado; evitando, por ejemplo, todos los inconvenientes acarreados en la reincorporación, cuando deviene automática. En este sentido, STSJ Galicia 7 mayo 1992 (AS 2753).

¹⁴¹ Como condicionar el reingreso del excedente a pactos de no competencia durante el tiempo de suspensión del contrato, impidiéndole trabajar para otros empresarios de su mismo ámbito sectorial. Encontrando justificación en argumentos tales como el hecho de no ser aprovechados por otros empresarios los conocimientos técnicos adquiridos por el trabajador en su empresa de origen; condicionando, en definitiva, la regulación convencional de la excedencia y construyendo una especie de “pacto de no competencia post contractual”, sin que ello suponga una limitación al derecho a la libre elección de profesión u oficio.

¹⁴² En el mismo sentido, AGRA VIFORCOS, B.: *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (estudio del Artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores)*, León (Universidad de León), 2003, pág. 96 : “ el conflicto inherente a la relación laboral coexiste con una necesaria cooperación (...), obliga a tolerar cierta cesión de los derechos propios ante la lícita pretensión empresarial de lograr hacer realidad los fines de la unidad productiva, amparados por el art. 38 CE. No se trata de una renuncia del trabajador a sus derechos, sino simplemente de la modalización en su ejercicio para adaptarlo a las obligaciones asumidas en el contrato y a la subsistencia de la organización”. Procede tener en cuenta, además, las SSTCo. 129/1989, de 17 julio y 126/1990, de 5 julio, a partir de las cuales, los derechos fundamentales “no son por sí mismos cláusulas de excepción que justifiquen el incumplimiento por parte del trabajador de sus deberes laborales”.

en ocasiones el régimen jurídico regulado en el convenio prevalece sobre la norma al establecer un beneficio evidente en la esfera jurídica del trabajador excedente, como es el no condicionar su reingreso a la existencia de vacantes, o bien a tal fin impone un plazo a la solicitud de reingreso que el trabajador quedará obligado a respetar y cumplir, pues dicho requisito goza de la fuerza vinculante del art. 37.1 CE y encuentra acomodo en el margen de mejora permitido en los arts. 82 y 85.1 ET¹⁴³.

En ocasiones, estos aspectos pueden ser acordados mediante un acuerdo entre empresario y trabajador, en su beneficio o perjuicio. Con todo, y desde un punto de vista legal, los pactos materializados a nivel individual o colectivo deberían atender siempre al provecho del trabajador, mejorando lo previsto en la Ley en una valoración conjunta de cuanto concede y del que no se priva, pues de lo contrario podrían llegar a ser interpretados, bien como una renuncia de derechos prohibida en el art. 3.5 ET, o bien directamente inconstitucionales.

En definitiva, las partes, en virtud del carácter sinalagmático y conmutativo del contrato de trabajo¹⁴⁴, pueden regular alguna[s] condición[es] de la excedencia, siempre y cuando ello no lo hagan en contra de la Ley, no mengüen derechos irrenunciables (arts. 1091, 1255, 1256 y 1258 CC), ni vulneren los límites de los derechos laborales de carácter necesario.

Así, y para evitar tanta confusión en los Tribunales, lo primero y fundamental debería ser delimitar el tipo de excedencia en presencia para, a partir de tal dato, poder dar o quitar la razón al empresario y/o al trabajador en los conflictos surgidos.

Encontrarán así respuesta muchas divagaciones en los Tribunales, los cuales, en ocasiones, enredan el tema tratando de explicar estas cuestiones con “falsos” dilemas transitorios. Tal ocurre con el hecho, repetidamente planteado, de un convenio colectivo que no regula la excedencia o lo hace igual a la ley y, en un cierto momento, introduce cláusulas del tenor expuesto. Eventualidad ante la cual lo razonan en el sentido de ser un

¹⁴³ Otra situación similar consiste en permitir una regulación con elementos peyorativos, a la par que el trabajador pudiera obtener otros beneficios, como sería el caso de regular un reingreso en una vacante de inferior categoría a la del excedente, pero de forma temporal hasta tanto aparezca la vacante apropiada a su clasificación profesional.

¹⁴⁴ STSJ Cantabria 8 mayo 1992 (AS 2819).

derecho adquirido porque el convenio regulaba una excedencia legal y, por tanto, sin límite a la competencia, salvo el hecho de no perjudicar al empresario. En tanto derecho adquirido con anterioridad, la introducción de la nueva regulación en la cláusula no puede afectar al trabajador, y ciertamente no le afecta, pero no con fundamento en ningún razonamiento de derecho transitorio, sino derivado de ser una excedencia pura.

VII.- COMPETENCIA DESLEAL Y EL PACTO DE NO CONCURRENCIA DURANTE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA

Lo hasta ahora expuesto ha preparado el camino para atender el núcleo central del discurso, poniendo en relación el régimen jurídico de la excedencia voluntaria con el instituto de la competencia desleal.

VII.1.- REGULACIÓN, REQUISITOS Y LÍMITES LEGALES

El trabajador en excedencia voluntaria ostenta una serie de derechos, pero también deberes y obligaciones accesorios bajo la nueva situación laboral, tanto de carácter individual como colectivo. Entre otros, debe tener presentes los diferentes aspectos en materia de competencia desleal (cuestión en sí misma resbaladiza, dada la evidente ambigüedad de su término), capaces de dar lugar a multitud de conflictos interpretativos, sobre todo para conocer con exactitud su ámbito de aplicación, el cual viene esencialmente regulado por la negociación colectiva y por el pacto de no concurrencia, dando pie a uno de los problemas más comunes y difíciles de afrontar a nivel práctico.

Su regulación bajo el art. 73 LCT consistía en vedar el hacer concurrencia al empresario o colaborar con quienes la hicieran; en un principio, una prohibición absoluta. Posteriormente fue sustituida por el art. 21.1 ET, el cual alude a la inviolabilidad de prestar servicios a varios empresarios si de ello deriva competencia “desleal” (con introducción del adjetivo entrecomillado para remarcar su sentido final), en relación con el art. 54.2.d) ET, el cual califica de incumplimiento la trasgresión de la buena fe contractual, pudiendo llevar, en los supuestos de incumplimiento grave y culpable, al despido.

Parecido es el literal del art. 5 Ley 3/1991, de 10 enero, de Competencia Desleal,

a cuyo tenor, tal acaece cuando media “un comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”. Otros preceptos del Estatuto de los Trabajadores ofrecen pautas para aquilatar la norma; dos en particular: el art. 5 d) alude al deber de buena fe del trabajador en su obligación de no hacer concurrencia al empresario, limitado a los casos previstos en la Ley; por su parte, el art. 20.2 hace referencia al deber de diligencia del trabajador, así como al de buena fe (común al empleador/empleado) en el cumplimiento de sus respectivas prestaciones laborales (especificando así el deber común recogido en el art. 1258 CC), comprendiendo, entre sus deberes, el de no concurrencia.

Ninguno de los artículos mentados define, sin embargo, la competencia o concurrencia; limitan su previsión al proscribirla. Como concepto jurídico indeterminado, la doctrina y la jurisprudencia son las encargadas de perfilar su contenido. En términos generales, cabe entender por tal la realización en otra empresa de una actividad laboral igual o semejante¹⁴⁵ a la desempeñada antes en la principal donde prestaba servicios el trabajador (ahora en excedencia), siempre y cuando con ello perjudique a quien sigue siendo su empleador¹⁴⁶.

Otros requisitos establecidos doctrinal o jurisprudencialmente para incurrir en verdadera competencia desleal implican “que las actuaciones que la integran tengan cierta entidad, o estén calificadas por rasgos adicionales que la justifiquen como desleal”¹⁴⁷,

¹⁴⁵ STS 22 febrero 1990 (RJ 1136) y STSJ Islas Baleares 23 febrero 2002 (AS 717): “es necesario que se dé una coincidencia material de la actividad desarrollada por el empresario y por el trabajador, con los mismos objetivos y actividades”. En el mismo sentido, STSJ Cataluña 17 mayo 2002 (AS 2029): “la dedicación a actividades laborales de la misma naturaleza o rama de producción que las que se están ejecutando en virtud de contrato de trabajo siempre que las mismas perjudiquen al empresario”.

¹⁴⁶ STSJ Navarra 28 abril 2000 (AS 1017), la cual marca unas pautas interesantes y contiene una definición bastante completa a la hora de calificar el contenido y requisitos esenciales de la competencia desleal (recogidas del TS). Así, tendría lugar “cuando el trabajador despliega una actividad productiva en empresa distinta que tiene el mismo objeto que la que produce la competencia, por dedicarse una y otra a un mismo objeto y un mismo ámbito, con la disputa de un mismo potencial de clientes, de tal manera que la valoración como desleal de su conducta se produce cuando el trabajador utiliza el conocimiento empresarial adquirido contra su principal, para así potenciar la actividad competitiva, y por ello mismo, una deslealtad en la concurrencia del mercado, lo que supone un incumplimiento grave y culpable conforme a lo establecido en el art. 54.2 d) del ET, toda vez que la competencia desleal vulnera la buena fe exigible en cualquier relación laboral con independencia de la ventaja económica que pudiera o no haber obtenido el productor, y el perjuicio causado a la empleadora al afectar al elemento espiritual del contrato y a sus consecuentes deberes éticos”.

¹⁴⁷ ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pág. 313.

pudiendo surgir tanto si el trabajo es por cuenta ajena o propia¹⁴⁸ y comprendiendo los llamados “actos preparatorios a la actividad”, los cuales aparecen encaminados hacia su realización, permitiendo percibir en este tipo de actuaciones una clara intención de provocar o producir un comportamiento calificado como contrario a la buena fe¹⁴⁹, lo cual estaría íntimamente relacionado con el llamado perjuicio potencial (no real) que, en su caso, pueda ser ocasionado al empresario.

El Tribunal Supremo, por su parte, ha ido decantando una serie de pautas generales destinadas a acotar y calificar la conducta como de competencia desleal, pudiendo destacar los siguientes:

- La conducta del excedente deberá tener lugar en un plano de actuación igual al desarrollado por la empresa originaria, realizando similares actividades en entidades de idéntico o semejante género, especie o naturaleza¹⁵⁰, o con iguales fines u objeto social¹⁵¹.
- Contar con una clientela potencial similar o equivalente, es decir, una incidencia en el mismo ámbito del mercado¹⁵².
- Ofrecer idénticos o similares bienes y servicios o comercializar análogos productos¹⁵³.
- Aprovechamiento de la formación y conocimientos adquiridos por el excedente en la empresa originaria (técnico-productivos, organizativos, relaciones financieras y comerciales, etc.) para potenciar la actividad

¹⁴⁸ STSJ Aragón 26 octubre 2001 (JUR 2002/37780). Un trabajador por cuenta propia puede también desarrollar una actividad susceptible de dañar la competencia mercantil, interfiriendo deslealmente con quien esta comprometido contractualmente; en este sentido, parece necesario establecer una regulación equilibrada, ponderando los intereses de trabajador o del empresario: por un lado, limitando la actividad laboral realizada por el excedente (no todo trabajo le está permitido); por otro, la del empresario, controlando un posible exceso en las condiciones o límites impuestos a sus empleados. Por tanto, deben ser respetadas unas garantías mínimas para no dejar al derecho a la excedencia vacío de contenido.

¹⁴⁹ SSTSJ Madrid 25 julio 2002 (AS 3114) y 5 octubre 2005 (AS 3118).

¹⁵⁰ SSTS 28 mayo (RJ 4509) y 20 julio 1990 (6447)

¹⁵¹ SSTS 25 abril (RJ 3496) y 22 octubre 1990 (RJ 7932)

¹⁵² SSTS 17 diciembre 1990 (RJ 9801) y 8 marzo 1991 (RJ 1840).

¹⁵³ SSTS 21 mayo 1990 (RJ 4475).

competitiva o beneficiar de algún modo a aquel para quien trabaja durante la excedencia, como pueden ser los contratos con proveedores o la desviación de clientela en detrimento de su empleador original¹⁵⁴.

- Causar un perjuicio efectivo (real o potencial) al empleador¹⁵⁵.
- Como elemento puramente subjetivo, que la jurisprudencia pone en relación con una trasgresión de la buena fe contractual, actuar atentando contra los deberes de lealtad, obligación básica de naturaleza ética, violación de la fidelidad o del elemento espiritual del contrato, etc.¹⁵⁶

No obstante, a pesar de cumplir los requisitos mentados, no daría lugar a competencia desleal si obrara un consentimiento expreso o tácito del empresario¹⁵⁷. Tampoco de existir una colaboración en otra empresa puramente anecdótica o puntual, sin contraprestación y, por supuesto, sin intención alguna de causar daño alguno¹⁵⁸. Fuera de estos casos, procederá valorar la concreta conducta realizada por el excedente para poder calificar la eventual competencia.

Una modalidad de concurrencia laboral ilícita sería la realizada durante la vigencia

¹⁵⁴ Pues la clientela se configura como elemento fundamental para la competencia entre empresas. Los Tribunales entienden vedada tal conducta siempre y cuando el trabajador la desvíe hacia la actividad concurrente; al respecto, STSJ Cantabria 20 febrero 2002 (AS 3600); en el mismo sentido, AGRA VIFORCOS, B.: *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (estudio del artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores)*, cit., pág. 102.

¹⁵⁵ SSTs 22 febrero (RJ 1135) y 26 diciembre 1990 (RJ9836). La causación de un perjuicio o daño potencial (producido al adelantar la consumación de la infracción mediante actos preparatorios o aquellos cuya ejecución esté dotada de suficiente intencionalidad), puede concluir en un perjuicio para el empresario. Sin embargo, constituye un nuevo factor de controversia, debido a la diversidad en su interpretación. A este respecto, y admitiendo anticipar la consumación, SSTs 22 marzo 1991 (RJ 1889); por contra, requiriendo una competencia actual y no futura, STS 17 mayo 1991 (RJ 3916).

¹⁵⁶ Distintos pronunciamientos aluden, además, a la ruptura o abuso de confianza, a anteponer intereses propios en detrimento de su empresario principal, actuar de modo subrepticio o negligente, o con una premeditada intención de conducta desleal, etc.; entre otras, SSTs 10 abril 1990 (RJ 3450) y 22 marzo 1991 (RJ 1889).

¹⁵⁷ La doctrina jurisprudencial considera como punto de partida una presunción de ilicitud o lesividad respecto de la concurrencia en actividades idénticas o similares a las del empresario principal. Dicha presunción, lógicamente, dejaría de tener efecto si el propio empresario autoriza o consiente la mencionada actividad. En este sentido, STS 7 marzo 1990 (RJ 1773) y STSJ Islas Baleares 23 febrero 2002 (AS 717). Mayores problemas presenta el presunto consentimiento tácito por transcurso del tiempo, a veces admitido, y en ocasiones rechazado, STS 3 junio 1986 (RJ 3454).

¹⁵⁸ STSJ Castilla y León/Valladolid 14 mayo 2002 (AS 3164). En la misma línea, SSTSJ Madrid 8 febrero 2005 (AS 156) y 21 julio 2005 (JUR 213556).

del contrato, a la cual alude el art. 21.1 ET, prohibiendo prestar servicios a varios empresarios si de ello deriva competencia desleal. En este sentido, como establece mayoritariamente la doctrina, dicha ilicitud puede ser intrínseca, si tiene lugar un comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe (art. 5 Ley 3/1991), o a resultas de la exclusión por convenio de una concurrencia objetivamente lícita. Esta segunda posibilidad aparece en el Estatuto de los Trabajadores como “pacto de no concurrencia”, siendo el legislador quien, en ocasiones, lo identifica con el de “plena dedicación”¹⁵⁹, al considerar este implícito en aquel.

Por otro lado, el literal de la norma parece aludir en exclusiva a una concurrencia ilícita si deriva de varios contratos de trabajo simultáneos y con distintos empresarios. Sin embargo, una interpretación finalista la extiende a la realizada de manera autónoma por el trabajador frente a su empresario. Interesa (al objeto del presente estudio) la competencia efectivamente producida por un trabajador mientras permanece en situación de excedencia, al trabajar para otra empresa distinta a la de procedencia.

La prohibición de competir, ya sea legal o pactada, pretende evitar el trabajo para otro (su integración en otra unidad productiva), así como la realización por el interesado de una actividad industrial o comercial para sí, en tanto susceptible de causar un perjuicio (traducido, a fin de cuentas, en detrimento patrimonial) al empresario principal.

Al tratar tal cuestión, jurisprudencia reiterada (secundada por doctrina de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia), parten de una premisa en virtud de la cual los trabajadores en excedencia pueden, en principio, trabajar en empresas de idéntico sector o actividad, incluso con un objeto social igual o similar al de su principal siempre y cuando no exista, bien un pacto expreso de no concurrencia (mutuo acuerdo entre las partes), bien una cláusula a tal efecto en el convenio o (incluso) la voluntad unilateral y excluyente del empresario manifestada expresamente y por escrito al reconocer el derecho.

De no existir estas prohibiciones, o bien no poder acreditarlas, será lógico pensar

¹⁵⁹ MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; SEMPERE NAVARRO, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 2ª ed., Pamplona (Aranzadi), 1998, pág. 90, mostrando su parecer en el mismo sentido, si bien la norma no define qué tipo de actividades debieran ser calificadas como de competitivas, por aplicación analógica del art. 4.1 CC en virtud de lo dispuesto en el art. 21.1 ET, sí establece los supuestos donde cabe adoptar el pacto de no competencia.

en la ausencia de límite alguno a la hora de prestar servicios donde desee¹⁶⁰ (incluidas empresas de igual sector), no constituyendo *per se* competencia. Con todo, ello no significará que “esa actividad durante la excedencia en empresas del mismo ámbito no pueda ser constitutiva de competencia desleal si el convenio no lo contempla, pues la prohibición ha de regir, obre previsión en el convenio al efecto o no”¹⁶¹; es decir, actuará en todo caso el principio de buena fe.

La situación apuntada es poco probable, pues lo normal es entrar en un espacio en el cual confluyen intereses contrapuestos empleador y trabajador (incluso enfrentados a los de la sociedad en general, con fundamento en las políticas de empleo), los cuales toman forma de pactos, acuerdos o cláusulas donde lo complicado es no favorecer en exceso a ninguna de las partes. En este sentido, procede mostrar especial cuidado a la hora de nivelar sus distintas (y generalmente opuestas) necesidades, siempre (y es norte o guía) dentro de un contexto de respeto mutuo hacia sus respectivos derechos¹⁶².

De un lado, el empleado lucha por proteger su derecho al trabajo, libertad de elección de profesión u oficio, iniciativa empresarial, mejora de su situación laboral, etc. De otro, el empleador titular de la unidad productiva se esmera en proteger su libertad de empresa asentado sobre el índice de la productividad, es decir, el beneficio de su negocio. Por su parte, el ordenamiento (tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en otro tipo de normas mercantiles, especialmente la Ley de Competencia Desleal) debe fijar los criterios de prevalencia de unos intereses sobre otros, teniendo presente el mandato de prohibición de concurrencia desleal que, en tanto limita la libertad de empresa y el trabajo del asalariado, debiera ser interpretado de forma restrictiva, sin sobreproteger en exceso el interés empresarial. A la postre, aspiraciones en conflicto iguales, pero contrapuestas.

En este sentido no solo será menester sopesar los derechos o intereses del binomio dado por trabajador y empleador, pues median otros condicionantes sociales también importantes. En el contexto laboral actual, el empleo es un bien escaso y la mayor parte

¹⁶⁰ SSTSJ Madrid 11 septiembre 2001 (JUR 326492) y 1 diciembre 2004 (AS 3275). En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., pág. 20, quien considera, además, el despido improcedente en el caso de constar acreditada la orden de la empresa o la decisión del convenio de prohibir trabajar en empresas del igual sector de actividad u objeto similar.

¹⁶¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., pág. 20.

¹⁶² STSJ Cataluña 29 junio 2012 (AS 1947).

de las políticas centran su atención en intentar conseguir una redistribución equitativa del trabajo, lo cual implica reducir en la medida de lo posible el pluriempleo; tratando, por tanto, de acomodar dos derechos dignos de protección: de un lado, el individual al empleo (incluido el producido en situación de excedencia); de otro, el colectivo de todos los ciudadanos a contar con un puesto de trabajo.

En la práctica, generalmente las políticas mentadas suelen ir encaminadas a favorecer o ensalzar (en mayor o menor grado) el bien considerado de mayor importancia social, poniendo su énfasis en proteger el pleno empleo efectivo; por tanto inclinando la balanza del lado del empresario (con la justificación de salvaguardar otro tipo de intereses privados) y en detrimento de la libertad individual al trabajo, lo cual va en contra de los intereses del excedente a la hora de prestar servicio en tal situación para otra empresa, descuidando o seccionando sus derechos adquiridos. Quedará avocado, de este modo, a una continua e interminable lucha (bien negociando, bien demandando) con el fin de conservarlos y/o ampliarlos; de ahí la necesidad de mantener una interpretación restrictiva a la hora de regular estas situaciones¹⁶³.

No obstante, y en términos generales, el empresario no puede vetar la prestación de servicios en empresa ajena de su excedente, pues su integración en otra organización al servicio de otro[s] empleador[es], no tiene por qué impedir la subsistencia del vínculo laboral, siempre y cuando esta especie de “pluriempleo” resulte compatible con dicha integración, nunca, sin perder de vista las circunstancias particulares de cada caso concreto.

VII.1.1.- Delimitación de especies

¹⁶³ En este sentido AGRA VIFORCOS, B.: *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (estudio del artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores)*, cit., pág.114-115. La norma trata de evitar la afectación de los intereses competitivos del empresario por una persona inserta en su organigrama empresarial, es decir, evitarle cualquier perjuicio, cuyas principales manifestaciones buscan proteger su clientela y perspectivas de negocio del empresario frente a una competencia. Además, “frente al derecho de competencia, concebido como instrumento de política económica del Estado para mantener una concurrencia no falseada y garantizar el orden económico y constitucional, esto es, frente al interés público en mantener el correcto funcionamiento del mercado, los preceptos laborales presentan un enfoque eminentemente privado y contractual por cuanto buscan proteger el interés legítimo de una de las partes contratantes (...), la protección de un interés privado dota de singularidad propia al régimen jurídico de la competencia en el campo del Derecho del Trabajo, abarcando zonas que no alcanza, ni debiera alcanzar, el Derecho de la competencia”, NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de la competencia desleal en el contrato de trabajo. Una singular manifestación del deber de buena fe contractual*, cit., págs. 83 y 169-171.

El concepto competencia desleal bien podría ser considerado polisémico en función de su origen legal, contractual o convencional y unilateral.

1.- La competencia desleal prevista en la norma exige atender al patrón legal para aquilatar sus requisitos (por tanto, determinados por mandato expreso de la Ley), siendo en sí una consecuencia directa del propio contrato de trabajo, íntimamente relacionados con la buena fe y los deberes laborales básicos contemplados en el art. 5 ET. No consistirá, por tanto, en la limitación pactada de un derecho, sino más bien el fruto de un comportamiento prohibido por Ley; por ello, no obra ningún tipo de compensación del empleador hacia el trabajador.

Para determinar su existencia, ha de mediar una verdadera concurrencia y que esta tenga la connotación de desleal¹⁶⁴. A tal fin, cabrá dar cuenta de toda una gama de requisitos objetivos a considerar¹⁶⁵, enfocados a establecer cuando dos actividades entran en conflicto. No obstante, no obran indicaciones concretas acerca de la entidad del daño causado o el número de actividades competitivas a sopesar para considerar la conducta como tal; tampoco del posible beneficio obtenido por el trabajador, siendo tan solo pautas de carácter general desarrolladas y valoradas en cada caso. Respecto de los de carácter

¹⁶⁴ Dicho calificativo restringe a una modalidad concreta dicha prohibición, donde la conducta del trabajador considerada ilícita es la ejercida “en su beneficio, tomando elementos puestos a su disposición por empresarios con ocasión del trabajo o conocimientos del acervo empresarial conocidos por su trabajo cuya adquisición por terceros debilita la posición del empleador, como técnicas productivas u organizativas, situación financiera o comercial, relación de proveedores y clientes etc., con el límite de aquellos conocimientos que deban considerarse razonablemente incorporados al patrimonio profesional del trabajador”; en este sentido, GOERLICH PESET, J.M^a.: “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. (GOERLICH PESET, J.M^a., Dir.): *Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016, págs. 449-450. Con la Ley 3/1990, de 10 enero, de competencia desleal, continuará su matización conceptual, si bien bajo una cláusula general, para considerar como tal cualquier comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe; *a sensu contrario*, los comportamientos y trabajos complementarios que no vayan en contra de tales exigencias no serán competitivos y, por tanto, resultarán lícitos y permitidos. Mención especial merecen los trabajadores a tiempo parcial o los fijos discontinuos (cada vez más presentes en el actual mercado de trabajo) respecto al dato de si les afectan, o no, de igual modo las previsiones de competencia desleal (siendo su vinculación laboral mucho menos fuerte y su jornada de trabajo más corta), pudiendo postular que su obligación de competencia debería ser distinta, tanto cualitativa como cuantitativamente, pero siempre bajo el respeto hacia la buena fe.

¹⁶⁵ Los ya mentados por el Tribunal Supremo: rama industrial o comercial, comercializar similares productos, clientela potencialmente semejante, etc. Todos cobran expresión concreta a partir del perjuicio causado al empresario, cuya valoración exigirá ponderar distintos factores; entre otros: el ámbito geográfico donde desarrolla su actividad tanto la empresa de procedencia como en aquella en la cual presta servicios durante la excedencia, experiencia adquirida por el excedente en la entidad originaria, tipo de información a la cual tiene acceso por su trabajo, etc.

subjetivo han de merecer tal entidad que permite colegir la deslealtad de la conducta, cuya apreciación es indispensable a la hora de calificarla como ilícita, llamando a un análisis en detalle de los comportamientos exigidos por la buena fe¹⁶⁶.

2.- De otro lado, el pacto de no concurrencia (u otro tipo de acuerdos limitativos de derechos), así como las cláusulas establecidas en los convenios (fruto de la negociación colectiva), tienen un carácter paccionado y voluntario; a sus resultados, no están relacionados con los deberes laborales básicos mentados anteriormente.

Los aspectos destinados a su desarrollo son producto de límites convencionales y, en particular, los acuerdos del art. 21 ET (con sus distintos requisitos) conllevan la indemnización por la ampliación de los márgenes a los cuales queda sometido el trabajador. Por tanto, cuando la prohibición de competencia simple durante la excedencia tuviera su raíz de un acuerdo de voluntades, procederá estar a los términos en aquel contemplados, y no a los previstos por Ley, pues para considerar el ámbito de la concurrencia será vital el acuerdo alcanzado entre las partes o cuanto recoja el convenio de aplicación; eso sí, respetando en todo caso el límite máximo establecido en la Ley.

De hecho, quienes admiten la inclusión en el convenio de la competencia simple como desleal (ampliando así su concepto, dado por prestar servicios en el mismo sector de actividad), no estiman necesario siquiera un acuerdo entre las partes, pues ya el propio texto negociado contiene tal precisión. En este sentido, los argumentos utilizados para negar la validez de cláusulas colectivas podrán ser recuperados para hacer lo propio con las derivadas del acuerdo con los representantes de los trabajadores, cuya expresión tiene lugar en análogos términos respecto de la competencia desleal.

Por su parte, pactos autónomos (no derivados del convenio) contienen, en esencia aún cuando contengan alguna modificación; igual esquema de actuación de aquellos y su

¹⁶⁶ Frecuentemente y sin especificar su significado, aparecen coletillas del tipo “siempre y cuando ello no suponga una transgresión de la buena fe”, “respetando el principio de buena fe presente en toda relación laboral”, etc. Alusiones amplias y/o ambiguas que demandan aclarar, en la medida de lo posible, su significado.

objetivo radicaré en obtener el consentimiento formal del trabajador firmando la renuncia del derecho al reingreso cuando incumpla los requisitos establecidos en su clausulado¹⁶⁷.

Mención especial merece la posible discordancia que pueda existir entre un pacto incluido en contrato y lo establecido por negociación colectiva, cuando el acuerdo entre partes sea mucho más restrictivo a la hora de fijar los márgenes de la competencia (prohibiendo la realización de todo tipo de actividad en otra empresa de igual sector comercial). En términos generales, y si no mejora las condiciones establecidas legal o convencionalmente, sobrepasando las fronteras establecidas por convenio, debería carecer de cualquier eficacia.

3.- Por último, si la prohibición de competencia proviniera de la voluntad unilateral del empresario manifestada expresamente y por escrito (en el reconocimiento a la excedencia como condición impuesta para su concesión)¹⁶⁸, procederá considerarla válida, siempre y cuando no sea contraria a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; es decir, si el trabajador no renuncia a sus derechos (o su contenido atenta contra el principio de libertad de trabajo), ni supone un manifiesto abuso del derecho aprovechado en interés de la parte fuerte del contrato¹⁶⁹.

La pauta más frecuente consistirá en introducir alguna de estas prohibiciones con sus respectivos condicionantes (complicando así el ejercicio del derecho a la excedencia en toda su extensión), pues el grado de ambigüedad presente en cada uno de estos

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., pág. 32, bajo cuyo parecer dichos acuerdos suelen ser considerados jurisprudencialmente como “contratos de adhesión cuya validez no suelen discutir los Tribunales (...), siempre y cuando no medien vicios de la voluntad en el pacto”.

¹⁶⁸ Encontrando la presencia de pronunciamientos de distinta índole. De un lado, aquellos que simplemente lo admiten en sus estrictos términos [STSJ Castilla y León/Valladolid 9 julio 2009 (AS 2340)]; o bien con ciertos condicionantes, pero sin afectar a su operatividad, pues estos no son abusivos, [STSJ Madrid 1 diciembre 2004 (AS 3275)]. En otras ocasiones consta de manera patente la negativa del trabajador a firmar una cláusula con tal requisito [STSJ Madrid 5 febrero 2007 (AS 2008/817)], manifestada con frecuencia como una “admonición unilateral a la que no puede reconocerse eficacia contractual, y menos si va en contra de la normativa aplicable” [STSJ Madrid 6 febrero 2012 (JUR 106451)] y otras expresada como “un ‘ruego’ de compromiso de fidelidad y de no concurrencia, pero en ningún caso una prohibición expresa, y menos aún aceptada por el trabajador” [STSJ Castilla y León/Burgos 13 diciembre 2012 (AS 2013/63)].

¹⁶⁹ STSJ Cataluña 24 febrero 2011 (AS 1725).

institutos vendrá dado en función de los límites establecidos (legales o pactados)¹⁷⁰ a tenor de su particular naturaleza. Hará preciso o conveniente, a tales resultas, su análisis pormenorizado, caso por caso, haciendo un especial hincapié en la investigación de los fines y objetivos perseguidos en la empresa donde el excedente pretende trabajar para compararlos con los establecidos en la de procedencia, pues básicamente son cuantos permiten calificar una conducta como “desleal” o detectar la vulneración (o no) de las condiciones establecidas en los pactos, acuerdos o cláusulas; siempre con la prudencia de no perder de vista aquellas otras acordadas en vía convencional, o introducidas por vía judicial¹⁷¹ al calor de la trasgresión de la buena fe contractual.

VII.1.2.- El papel de la buena fe contractual y su relación con la competencia desleal

Al hilo de lo expuesto, un concepto tan amplio como la buena fe, presente en cualquier relación del ámbito laboral, merece un tratamiento específico, para destacar las notas a partir de las cuales aquilatar su sentido, el cual ha ido matizándose con el transcurso del tiempo, destacando los siguientes aspectos:

1.- Tradicionalmente, al hacer referencia a los deberes derivados del contrato era frecuente acudir a conceptos como la lealtad¹⁷² o la fidelidad¹⁷³, integrados en el concepto genérico de buena fe. En su día el empleo aparece signado por una sensación de permanente inseguridad provocada por la inestabilidad, con contratos de corta duración, la aparición de nuevos yacimientos, formas de trabajo atípicas, etc. Frente a cuanto ocurría antaño, resulta un ideal casi utópico tomar como referencia a trabajadores con un vínculo firme, a jornada completa y por tiempo indefinido, lo cual ha servido para desterrar la visión comunitaria de empresa y, a sus resultas, los anteriormente mentados

¹⁷⁰ Además, opera no solo para trabajadores con el contrato en vigor o en situación de excedencia. Un antiguo trabajador también puede ver limitada su libertad para trabajar en ciertos sectores debido a las prohibiciones establecidas en el ordenamiento mercantil, sin perjuicio de las relaciones laborales especiales que regulan sus propios condicionantes, como el personal de alta dirección, deportistas profesionales, etc.

¹⁷¹ STSJ Baleares 22 septiembre 2003 (AS 2004/28)

¹⁷² STSJ Murcia 15 junio 1999 (AS 2504) y Castilla-La Mancha 21 abril 1999 (AS 1888).

¹⁷³ En tal sentido, este deber de fidelidad queda “sustentado en una especie de confianza entre las partes que deriva del carácter *intuitu personae* del contrato de trabajo (...) es un negocio jurídico que implica un íntimo y estrecho contacto entre las partes”, AGRA VIFORCOS, B.: *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (estudio del artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores)*, cit., pág. 151.

conceptos de fidelidad, lealtad, como integrantes de la buena fe. Con todo, las referencias permanecen, pero no con el sentido de épocas anteriores, pues el escenario jurídico tanto del empleador como del trabajador aparece sobretodo a una continua evolución. Así, por ejemplo, quien presta sus servicios en una empresa a medio o corto plazo, es decir, en periodos de tiempo no excesivamente prolongados, no estaría sometido a aquellos conceptos tan rígidos de lealtad y fidelidad, sin perjuicio del deber de respetar los requisitos establecidos legal o convencionalmente, lo cual influye en interpretaciones de grado acerca de su sentido. De otro lado, el concepto de empresa es cada vez menos “familiar” y, por consiguiente, las relaciones personales entre trabajadores y empresarios están en declive.

2.- En el presente, en el marco de las relaciones contractuales, “la buena fe crea deberes no estrictamente pactados adicionales a los contractualmente acordados o accesorios al deber principal de la prestación”¹⁷⁴. Así, y en tanto especie abierta¹⁷⁵, presenta un componente de aleatoriedad, a integrar por el juzgador a través de un examen valorativo destinado a fijar el comportamiento adecuado a cada situación singular en función de unos parámetros objetivos,¹⁷⁶ fundados en un estándar de conducta según los imperativos éticos exigibles bajo la conciencia social imperante. Es decir, actuar con buena fe haría referencia a criterios de honestidad, rectitud, lealtad, cumplimiento de las obligaciones laborales, etc., cuyos requisitos morales y/o sociales pueden cambiar en cada momento histórico. Para ello cabrá recurrir a la interpretación general de los contratos, naturaleza de la relación jurídico laboral, así como de la voluntad y finalidad perseguida por las partes al celebrarlo (no solo los estipulados legalmente, sino todos aquellos a los

¹⁷⁴ NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo. Una singular manifestación del deber de buena fe contractual*. cit., pág. 124; DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: “Comentario al artículo 1258 del Código Civil”, en AA.VV. (PAZ-ARES, C.; BERCOVITZ, R.; DIEZ-PICAZO, L. y SALVADOR CODERCH, P., Dirs.): *Comentario al Código Civil*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, T. II, pág. 436.

¹⁷⁵ Su gran amplitud y generalidad facilita concebirla como envoltorio de la relación laboral en su devenir diario, así lo establecen MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; RÍOS SALMERÓN, B.; SEMPERE NAVARRO, A.V.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, cit., pág. 272.

¹⁷⁶ En el presente, la tendencia mayoritaria pasa por la exigencia de una cooperación fundada en la obediencia impuesta a través de una serie de reglas objetivas, perdiendo con ello cada vez más virtualidad el concepto de buena fe; no obstante, sigue siendo el recurso más utilizado para apreciar determinadas conductas a falta de otra explicación más satisfactoria. En este sentido, ALONSO OLEA, M.: *El despido (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Madrid (Instituto Estudios Políticos), 1957, págs. 185-195.

cuales cada parte queda obligada respecto de la otra, implícitos en la esfera de sus compromisos respectivos, es decir, las concretas obligaciones asumidas por el trabajador), la conducta social correcta en el ámbito o sector al cual pertenece el trabajador, los usos normativos o la costumbre, etc.

3.- En relación concreta con la competencia desleal, el hecho de poder dilucidar si ha existido o no la tan mentada trasgresión de la buena fe a la hora de definir cuando una conducta es o no concurrente¹⁷⁷, ha sido habitualmente usado como cajón de sastre, al permitir establecer el debate en el ámbito subjetivo, lo cual es práctica habitual en el mundo jurídico, haciendo honor al tópico “quien hace la Ley, hace la trampa”, pues lo cuanto no se consigue o no interesa integrar dentro de una norma se subsume en el mundo valorativo de lo abstracto, lo ambiguo, los conceptos jurídicos indeterminados, para darles una explicación coherente; en este sentido, la buena fe da mucho juego.

Así, en innumerables ocasiones obra el intento de reconducir a la vía de la buena fe ciertos comportamientos¹⁷⁸ que no encajan legalmente en otro sitio; ha lugar a un concepto forzado, en tanto noción de aprehensión intuitiva, reacia a definiciones teóricas, favoreciendo con ello su uso como motivo aducido a la hora de sancionar una amplia gama de comportamientos. De hecho, apenas tiene sentido preguntar por el carácter abierto o cerrado de la enumeración legal contenida en el art. 54 ET, pues todas las cuestiones no comprendidas en el mismo pueden ser reconducidas por esta vía.

4.- Todo lo anterior no puede llevar a perder de vista que este deber de buena fe opera en ambas direcciones, estando también el empresario obligado a respetarlo, so pena de incurrir en mala fe si abusa del poder de dirección. Vínculo bidireccional con reflejo en el hecho de que las exigencias comprendidas en este amplio concepto no permitirán desarrollar una actividad paralela cuando fuera incompatible con las demandas de la

¹⁷⁷ La competencia desleal actualmente no aparece como una causa específica de extinción del contrato; no obstante, resulta común acudir al despido disciplinario de mediar transgresión de la buena fe contractual [art. 54.2. d) ET], sin perjuicio de exigir otro tipo de responsabilidades como la resarcitoria de daños y perjuicios causados, posibles sanciones penales, etc. En este sentido, AGRA VIFORCOS, B.: *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (estudio del artículo 21.1 de Estatuto de los Trabajadores)*, cit., pág. 110.

¹⁷⁸ La gran variedad de matices comprendidos dentro del concepto de buena fe puede ser reconducido a la categoría unitaria, y en cierto modo viciar el significado pretendido por el legislador, pudiendo ser usados por el empresario como instrumento para prescindir de trabajadores incómodos a la hora de apreciar un incumplimiento de aquella, como excusa para dicho fin.

organización a la cual pertenece; es decir, la buena fe no solo afecta a las partes del contrato, implicando una proyección más amplia y extensiva hacia la propia empresa y sus necesidades productivas¹⁷⁹, la cual adopta una doble forma fundamental: en primer lugar, “no realizar acciones ni tener comportamientos que ocasionen o sean susceptibles de ocasionar, un daño material al patrimonio del empresario”¹⁸⁰, añadiendo cuantos supongan un daño al prestigio comercial o reputación de la empresa, pues en definitiva repercuten en el ámbito económico, al ver reducida (o estar en disposición de hacerlo) su clientela o proveedores; en segundo término, en la obligación de no revelar secretos empresariales, ni informaciones confidenciales de la empresa durante la vigencia del contrato de trabajo, incluida la situación de excedencia. Bajo esta perspectiva, la prohibición de competencia desleal no quedará circunscrita solo a los casos donde sigan activas las obligaciones principales del contrato (aún cuando la Ley no lo establezca específicamente), alcanzando proyección a todas las vicisitudes durante su vigencia¹⁸¹.

5.- Por todo lo expuesto, en la relación existente entre la prohibición de competencia y el deber de buena fe, lo imperativo será dilucidar hasta dónde llegan sus límites, equilibrando las libertades de trabajo y empresa. Realizar, por ende, una adecuada ponderación entre las restricciones razonables de un derecho (fruto del trabajo en otra empresa) y aquellas otras demasiado invasivas (en ocasiones anacrónicas), las cuales pueden llegar a suponer una subordinación total del trabajador, fundada en un exorbitante y potenciado interés empresarial (difícilmente justificable) cuyo fin radica en impedir la integración del trabajador (restringiendo o frustrando sus expectativas de trabajo por cuenta ajena o propia) en otra actividad laboral sin autorización previa. La interpretación jurisprudencial realizada en estos aspectos (al ser demasiado extensivas) suelen decantarse a favor de la empresa, en perjuicio o detrimento de la posición del trabajador. En cualquier caso, la buena fe como principio integrador de las obligaciones contractuales, exigible en todo tipo de contratos, incluido el de trabajo, no debería llegar al extremo de convertirse en un mecanismo ampliador de las obligaciones laborales; desde este plano, sería conveniente evitar tal tipo de interpretaciones.

¹⁷⁹ GARCÍA VIÑA, J.: *El principio general de la buena fe en el contrato de trabajo*, Barcelona (Tesis Doctoral Universidad de Barcelona), 2000, pág. 106.

¹⁸⁰ NOGUEIRA GUSTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo. Una singular manifestación del deber de buena fe contractual*, cit., pág. 138.

¹⁸¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., pág. 19.

6.- Respecto de la relación con el artículo 54 ET [apartados 1 y 2.d)], cabe aclarar su sentido cuando establece como causa de despido, derivado de un incumplimiento grave y culpable, la transgresión de la buena fe contractual, siempre y cuando acaezca “en el desempeño del trabajo”. Tal literal ha sido utilizado como argumento para justificar la improcedencia de algún despido, en tanto el excedente aún no se ha reincorporado a su puesto de trabajo¹⁸².

Ante tal panorama, el grado de gravedad y/o culpabilidad resulta (como no podía ser de otra forma) nuevamente algo ambiguo e interpretable, lo cual suele ser utilizado para moldear su significado efectivo en un sentido interesado, tanto por quien alega su existencia, como por quien la niega, pues de sus conclusiones cabrá colegir si ha existido o no competencia desleal. Para ello, a la hora de valorar conductas de esta naturaleza procede conjugar los requisitos objetivos exigidos tanto para la existencia de concurrencia, como los subjetivos vinculados a la transgresión de la buena fe, generalmente haciendo más hincapié en aquellos primeros, mucho menos tintados de discrecionalidad.

En el hecho de no estar debida y exactamente delimitada la obligación de no hacer impuesta al trabajador para no incurrir en la conducta sancionada laboralmente como falta (con el despido como máxima sanción, pues conllevaría la pérdida del empleo) radica la aparición de múltiples problemas interpretativos, tanto en vía judicial como los producidos por dejar en manos del empresario demasiado poder discrecional, facultándole a poder hacer un uso disciplinario arbitrario, a veces desproporcionado.

Por tanto, esta falta de concreción puede dar lugar, a la hora de proceder a su sanción (bien sea por el juzgador o por el empresario), a consecuencias demasiado elásticas en función de cómo sean interpretadas dichas conductas, especialmente si están

¹⁸² Dicha exposición, a todas luces carente de sentido, viene siendo rebatido por la jurisprudencia al señalar, por ejemplo, cómo “la transgresión de la buena fe contractual, (...) es valorada por la jurisprudencia como una causa genérica de despido que cubre todas las violaciones de las normas de buena fe y fidelidad (...). De ahí que, desde siempre, se haya declarado procedente el despido de un trabajador que durante la situación de excedencia compite deslealmente con su empresa. En segundo lugar, la suspensión de obligaciones laborales que la excedencia comporta se contrae solamente a la exoneración temporal de las obligaciones básicas de trabajar y remunerar el trabajo, pero no abarca las exigencias morales de la buena fe que siguen prohibiendo cualquier actuación contraria a las normas, dada la pervivencia del vínculo jurídico y la conservación por el trabajador de un derecho preferente al reingreso (...). Por último, por muy suspendido o aletargado que este el contrato, no queda el trabajador habilitado para ejecutar actos que transgreden la buena fe o implican deslealtad para con la empresa a cuyo servicio pretende reingresar”, STSJ Asturias 19 octubre 2001 (AS 3767).

fundadas en la transgresión de la buena fe contractual, pues esta aumenta la incertidumbre y reduce la seguridad jurídica del trabajador. La solución a este problema sería sencilla: bastaría con especificar con más detalle la conducta vedada para no tener que recurrir a la buena fe como medio de rellenar posibles lagunas, o evitar encajar en ella los casos no encuadrables legalmente en otro sitio.

Así, la existencia de una descripción bien delimitada del tipo, estableciendo el comportamiento a evitar por contrario a la norma, generaría un mayor grado de certeza, igualdad y seguridad jurídica al trabajador, lo cual no ocurre a menudo. Aún cuando la potestad sancionadora concedida al empresario está sometida a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, siendo, por tanto, necesaria la debida concreción y claridad en los hechos atribuidos, el Derecho Sancionador Laboral es mucho menos estricto que el Penal¹⁸³, entre otras razones debido al carácter privado y público y los distintos bienes protegidos en uno y otro¹⁸⁴, pues el bien jurídico protegido dista de tener la misma consideración en uno y otro ordenamiento.

VII.2.- CLÁUSULAS CONVENCIONALES SOBRE COMPETENCIA DESLEAL. ALGUNOS PROBLEMAS DEL CONVENIO COMO PATRÓN PARA SANCIONAR

Cuando en una situación de excedencia los aspectos relacionados con la competencia desleal vengan descritos en las cláusulas establecidas al efecto en el convenio de aplicación, la negociación colectiva completará o complementará lo dispuesto en la Ley con una serie de requisitos, condiciones o prohibiciones añadidos para determinar el ejercicio de tal derecho y, por ende, los límites de la competencia desleal a fin de evitar incurrir en posibles sanciones, las cuales pueden derivar, en último término, en la extinción del contrato¹⁸⁵.

¹⁸³ A diferencia de lo que ocurre con el Derecho Penal, donde por lógica la descripción del tipo debe estar perfectamente delimitada, a fin de evitar cualquier duda o ambigüedad en la conducta, pues ello podría suponer una indebida extensión en la sanción. En este sentido, AGRA VIFORCOS, B.: *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (estudio del artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores)*, cit., págs. 127-133.

¹⁸⁴ En el Ordenamiento Social los principios de legalidad y tipicidad encuentran su fundamento constitucional en el art. 9.3 CE, y no en el art. 25 CE, como ocurre en el Derecho Penal.

¹⁸⁵ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., pág. 20.

Así, si el excedente a tenor de los límites establecidos infringiera el deber de no concurrir con su empresario, no resultará lógico aceptar la posterior reincorporación (manteniéndole en unos derechos ya adquiridos) de quien le ha causado un perjuicio y ha ganado su desconfianza; quedando facultado para negar su readmisión cuando le sea solicitada, o bien poniendo fin al vínculo laboral durante la excedencia¹⁸⁶.

Respecto al contenido recogido en los convenios, lo normal es encontrar cláusulas de tipo genérico, las cuales contienen la prohibición mentada mientras dure la excedencia. La mayor parte de las examinadas establecen expresiones tales como “durante la excedencia, no habrá de incurrirse en competencia desleal”. Pecan en exceso, por tanto, de imprecisas e indeterminadas, pues no suelen aportar nada a lo establecido por la norma; en consecuencia, podrán dar lugar a pronunciamientos dispares en los órganos judiciales sobre la existencia justificada (o no) de competencia desleal¹⁸⁷, siendo valoradas caso por caso a tenor de sus circunstancias.

El trabajador debería tener claros los límites y el grado de restricción a soportar para no incurrir en la conducta vedada. Lo lógico sería concretar las condiciones, delimitar el campo de actuación o ámbito en el cual el excedente no debería actuar¹⁸⁸. Ello haría mucho más factible la comprobación posterior de si verdaderamente ha sido transgredida o no la buena fe o incumplidos los requisitos establecidos por pacto o convenio.

Este tipo de cláusulas (donde cualquier actividad puede ser considerada desleal para la empresa principal), en ocasiones encuentran justificación porque, a su vez, reconocen un beneficio al excedente bajo la forma de contraprestación no contemplada en la ley. Sin embargo, tal proceder no debería amparar la prohibición de cualquier tipo de actividad, pues la regulación convencional estableciendo un régimen más favorable a la excedencia no alcanzará al extremo de traducirse en una prohibición de carácter

¹⁸⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., pág. 19.

¹⁸⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., pág. 21.

¹⁸⁸ La frontera razonable entre lo “permitido” y todo aquello que no debiera contemplar el clausulado de un convenio, so pena de nulidad o anulación, probablemente vendrá dado en no causar “perjuicio” al empresario principal, evitando así la imposición de una sanción demasiado estricta bajo la cobertura de lo dispuesto en el convenio.

absoluto¹⁸⁹, antes bien tan solo facultará a fijar condiciones en orden a su correcta aplicación.

Un caso extremo sería aquellas cláusulas que contuvieran prohibiciones de carácter general o absoluto, las cuales, en principio deberían ser declaradas nulas¹⁹⁰, por suponer un pacto de exclusividad sin la necesaria compensación económica.

Por otro lado, cabe dar cuenta de otro tipo de previsiones que requieren como condición para reconocer el derecho a la excedencia, un compromiso formal por parte del trabajador de no concurrir con su empresario¹⁹¹, so pena de provocar la extinción de la relación laboral¹⁹²; es decir, anteponer la asunción de la prohibición al reconocimiento, funcionando como condición resolutoria, pues bastará con alegar la existencia de concurrencia para “que, *in genere*, el empleado sepa a ciencia cierta en qué razón funda el empresario su decisión unilateral de dar por concluso el contrato de trabajo (...), y no tratándose de actos disciplinarios, no sería necesaria una imputación típica”¹⁹³. Por su parte, el criterio mantenido por el Tribunal Supremo fue considerarlo como la pérdida del único derecho (el de reingreso) conservado durante la excedencia; en consecuencia, provocando una extinción de la relación laboral (no despido sino una medida asimilada)

¹⁸⁹ ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, cit., pág. 320. La autora tiene una opinión en contra sobre tal aspecto, defendiendo la validez de este tipo de cláusulas de prohibición absoluta a la hora de concurrir deslealmente. Justifica su opinión haciendo hincapié en el beneficio recibido por el trabajador como contraprestación, pues disfruta de reingreso automático al término de la excedencia; hecho privilegiado destinado a proporcionar estabilidad en el empleo y un mayor grado de seguridad. No deberán ser justificadas, ni gozar de validez, aquellas previsiones claramente limitativas del derecho al trabajo, al ser portadoras de una interpretación amplia del concepto de competencia desleal (extensiva a casos de simple competencia), pues no respetan la regulación general mínima.

¹⁹⁰ No puede ser aceptado como válido todo lo establecido por convenio, pues podría dejar sin contenido el propio derecho a la excedencia, privando de opciones al trabajador para ejercerlo, vedándole de forma sistemática e impidiéndole progresar profesionalmente por este camino.

¹⁹¹ No obstante, el empresario deberá respetar una serie de condiciones encaminadas a atemperar las obligaciones de ambos, teniendo especial cuidado en que la parte débil no asuma cargas excesivamente gravosas, capaces de incidir negativamente incluso en el principio de libre competencia. En este sentido, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., págs. 25-26.

¹⁹² La decisión unilateral del empleador de poner fin al vínculo laboral (sin sanción) partía de la inexistencia del propio contrato, al haber acrecido la causa válidamente pactada como extintiva.

¹⁹³ Una condición resolutoria será efectiva necesariamente con la denuncia del empresario, es decir, la invocación de un ilícito laboral. En este sentido, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., pág. 28.

fundada en el art. 49.1.b) ET¹⁹⁴.

El momento oportuno para dicha extinción sería al término de la excedencia, al solicitar la reincorporación. Todo pasa, empero, por admitir la causa como “válida”, pues cuando la condición resolutoria presenta algún vicio (como puede ser extender la competencia desleal a la simple, yendo más allá de lo contemplado en la norma), el juzgador puede considerarlo como un despido improcedente, bien sea por falta de causa o por defecto de forma, o por no contemplar en la notificación de la extinción la relación precisa y circunstanciada de los hechos como exigencia formal concreta e indeclinable para la procedencia del despido disciplinario¹⁹⁵.

Es conveniente sopesar los márgenes para la competencia desde el principio, bien sea en el propio acuerdo de reconocimiento a la excedencia, como condición unilateral impuesta por el empresario, o en virtud de lo previsto en el convenio; también establecer mecanismos preventivos de abuso o cautelas legales hacia la parte débil, o algún tipo de medidas encaminadas a suplir o equilibrar situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión. De hecho, resulta muy gravoso para un trabajador sometido a un eventual proceso judicial, probar, por ejemplo, un consentimiento viciado ante el temor de perder su empleo cuando, por determinadas circunstancias, se vio compelido a adherirse a un contrato, pacto o acuerdo portador de cláusulas abusivas.

Las posiciones asumidas en los Tribunales respecto de la competencia tal y como la definen las normas convencionales distan de resultar unánimes:

¹⁹⁴ En el contrato de ejecución continuada, cuando una de las partes asume la posición económicamente débil, los mecanismos extintivos adquieren mayor importancia, pues han de afrontar una tensión social difícil de componer, como sucede en el contrato de trabajo, donde la prioridad es proteger al trabajador frente a desistimientos infundados o arbitrarios de su empleador. De esta forma, el precepto afronta los modos de extinción de la relación laboral, siendo su apartado b) una de las vías contempladas, debiendo considerar los términos expresados en el contrato, como “condición” con virtualidad resolutoria. Esta suele aparecer formulada como “causa válidamente consignada en el contrato”, aludiendo a una condición resolutoria en cuanto a suceso futuro e incierto, siempre y cuando no sea imposible, inmoral o prohibido. Como tal condición debe ser establecida al contratar; acto seguido, continúa con una excepción “salvo que las mismas constituyan abuso manifiesto de derecho por parte del empresario”, es decir, si la condición resultara inadmisibles, el contrato no desaparece, pues el efecto de la nulidad parcial avoca a la continuidad del negocio.

¹⁹⁵ SSTSJ Aragón 13 febrero 2008 (AS 1105), Galicia 15 enero 2010 (AS 217), Andalucía/Sevilla 8 marzo 2012 (AS 1002).

De un lado, cuantos consideran que el Estatuto de los Trabajadores contiene un mínimo de derecho necesario absoluto (incluida una noción legal de competencia desleal), donde el convenio solo puede establecer mejoras (relación de complementariedad), con fundamento en cualquier interés personal o profesional del trabajador (sin necesidad de alegar causa alguna), siempre y cuando respete las exigencias de la buena fe contractual. A sus resultas, deviene nula (o merece la sanción de invalidez parcial) cualquier cláusula en otro sentido, pues supondría una derogación *in peius*, por ejemplo, cuando en lugar de ceñir el reingreso únicamente a la existencia de vacantes de igual o similar categoría, lo condiciona a la prohibición de no realizar actividad laboral remunerada en otra empresa de igual o semejante objeto.

De otro, aquellos para los cuales no existen límites para la negociación colectiva a la hora de regular una situación de excedencia¹⁹⁶; por tanto, la amplitud para su definición objetiva es completa, pudiendo establecer requisitos más exigentes a los previstos en el Estatuto de los Trabajadores o condiciones diferentes a través de los pactos de no concurrencia, en atención al mutuo interés de las partes.

Entre los aspectos mejorados y/o modificados cabrá destacar dos:

1.- Establecer un derecho incondicional de reincorporación automático en el mismo puesto de trabajo dejado por el excedente, una vez finalizado su periodo de excedencia. Lo cual supondrá un derecho a la reserva de plaza, en lugar del simple derecho preferente de reingreso, propio de la excedencia común. La contrapartida ofrece una gran tranquilidad al excedente y supone una serie de inconvenientes para el empleador, tanto en la organización productiva y/o de personal (reorganización de trabajadores para cubrir el puesto dejado vacante de forma temporal, contratación o no de un trabajador sustituto o temporal, el cual cesará tras la reincorporación del excedente), así como otro tipo de inconvenientes, tales como la pérdida de capital humano (inversión en formación, experiencia adquirida, contactos personales, etc.), los cuales pueden

¹⁹⁶ Recopilando de capítulos anteriores, dentro de los aspectos susceptibles de modificación por negociación colectiva en situaciones de excedencia estaría todo lo relativo a la competencia desleal, a través de la vía del art. 46.6 ET. Son casos donde la norma actúa como supletoria de la norma convencional, ofreciéndole libertad de regulación, de régimen y efectos en este nuevo “tipo” creado, el cual puede formar su propio concepto de competencia desleal (incluyendo *per se* la competencia simple), mejorando y/o modificando algún aspecto esencial en beneficio del trabajador, cambiando así el tipo legal y provocando otro tipo de efectos distintos a los de la excedencia común.

implicar costes importantes a la hora de llevar a cabo la adaptación a la nueva situación creada por la ausencia temporal del trabajador.

2.- Permitir un menor tiempo de antigüedad para acceder al derecho por primera vez o, incluso, acortar los periodos exigidos entre una excedencia y otra.

Por su parte, y como contraprestación en favor del empleador (aun cuando sea de forma genérica) introduce otro tipo de condiciones para su aplicación. Entre las más comunes destacan:

1.-Exigir del excedente la especificación motivada y por escrito de la causa por la cual solicita la excedencia¹⁹⁷ (justificación no exigible, en ningún caso, en la “excedencia común”, pues sus razones son personales o profesionales, debiendo reputar nula cualquier cláusula en otro sentido), para así enervar, de principio, cualquier conato de competencia desleal. La intensidad en la motivación aducida será mayor cuanto más prolongada sea la duración solicitada (no es lo mismo pedir una excedencia por 4 meses que por 5 años); en palabras del Tribunal Supremo, “debe ser proporcionalmente más fuerte que en la excedencia breve”.

En ocasiones, el trabajador no tiene claro el tipo de excedencia a la cual pretende o debe acceder, pudiendo crearle un conflicto sobre la pertinencia o no de declarar. Ante tal tesitura cuenta con varias opciones:

- Podrá negarse a responder, o hacerlo de forma genérica, lo cual es lícito y está amparado por Ley¹⁹⁸ (salvo cuando constituya una condición impuesta en el convenio). Si por ello el empresario demora su respuesta

¹⁹⁷ En el caso de trabajar para otra entidad, procederá, por ejemplo, aclarar todas sus circunstancias, a saber: nombre de la empresa donde pretende prestar servicios durante la excedencia, sector al cual pertenece, tipo de actividad laboral a desarrollar, etc. Supuesto emblemático de una excedencia voluntaria “especial” y no “común”, pues aquella requiere unos requisitos añadidos, como exigir dicha motivación razonada a cambio de otras contraprestaciones. En igual sentido, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, cit., pág. 22. Esta imposición de explicitar una causa puede parecer excesiva, incluso intrusiva en la esfera e intereses personales del trabajador, al punto de atentar contra el propio derecho; sin embargo, bajo la perspectiva del empresario, si este concede algún beneficio especial, el excedente a su vez habrá de soportar otro tipo de consecuencias, incluso perjudiciales para sus intereses.

¹⁹⁸ Pues de indicar la empresa concurrente con la cual va a trabajar en excedencia, se expone a que le sea denegada su solicitud, en tanto reacción apoyada por una amplia jurisprudencia en este sentido, STS 3 octubre 1990 (RJ 7526).

insistiendo en que el trabajador concrete los motivos de su solicitud, dicha actitud puede ser considerada, sin otros condicionantes, como mala fe.

- Puede optar por “mentir”¹⁹⁹, tratando de ocultar a la empresa principal su verdadera intención de trabajar en otra empresa concurrente; si este aspecto es acreditado posteriormente, ello puede ser considerado una deslealtad o una trasgresión de la buena fe contractual (al utilizar la excedencia con otros fines a los aducidos en un primer momento, como solicitarla alegando problemas personales, familiares o cansancio físico, psíquico etc.); inclusive una conducta en fraude de lo estipulado previamente ya sea en convenio o contrato.
- También, podrá optar por no dar ningún tipo de explicación, y una vez concedida la excedencia, prestar sus servicios en otra empresa sin notificarlo a su primer empleador, pero si estuviera obligado a comunicar los motivos, pues así viniera establecido en el convenio, habrá de asumir el riesgo a ser descubierto y las más que probables consecuencias derivadas de tal decisión.

2.- Hacer uso del pacto de no concurrencia. Variante muy frecuente y consistente en comprometerse a no prestar servicios en otra empresa dedicada a igual o semejante actividad, a veces con específica referencia geográfica a la misma localidad²⁰⁰. Parte de la libertad de un trabajador para compatibilizar su trabajo con otro, ya sea por cuenta

¹⁹⁹ En la práctica, sentir la necesidad de “mentir” al empresario acerca de las razones reales por las cuales quiere una excedencia, especialmente para trabajar en otra empresa de igual sector o área de actividad (incluso aunque no lo tenga prohibido por convenio), suele venir motivada por el hecho de intuir con cierto atino la desaprobación de aquél, temiendo el inicio de un tortuoso proceso donde comience a ponerle obstáculos con el fin de hacerle desistir de su propósito (intentando retrasar al máximo su respuesta, obligando al trabajador a someter la cuestión a un interminable proceso judicial de forma que cuando obtenga una respuesta sea ya demasiado tarde para sus intereses, etc.). El trabajador quiere evitar esta especie de “chantaje camuflado”, donde a veces el empresario consiente en reconocer el derecho cuando sea solicitado. En este sentido, sobre la obligatoriedad o no del trabajador de motivar sus razones, cuando afecte a una excedencia con reserva del puesto de trabajo, para afirmar la necesidad de ir acompañada de una motivación, STSJ Andalucía/Granada 27 febrero 2007 (AS 3386).

²⁰⁰ Lógicamente dentro de la misma ciudad, pues la jurisprudencia ha considerado la inexistencia de concurrencia cuando la actividad tiene lugar en localidad distinta, considerando que ello no supone competencia ilícita al no interferir en la esfera o campo de actuación del empresario originario. Sin embargo, la afirmación puede alcanzar matices muy distintos, debe ser analizado el caso concreto para determinar los posibles beneficios aportados por el excedente a su segundo empleador y determinar si ello es o no constitutivo de competencia; en este sentido, STSJ Extremadura 4 febrero 2010 (AS 1083).

ajena o propia (arts. 35.1 y 38 CE), pues tal es la esencia del derecho al empleo, en esta ocasión bajo la forma de pluriempleo, cuyo límite tan solo viene dado por los deberes de “no concurrir con la actividad de la empresa en los términos fijados en la Ley” [art. 5.d) ET], o la proscripción de trabajar para varios empresarios “si se estima concurrencia desleal” (art. 21.1 ET).

La obligación de no concurrencia persigue la protección de un interés patrimonial de la empresa²⁰¹, su capacidad competitiva y su estatus en el mercado, así como asegurar un tipo de daño (el llamado “daño concurrencial” a consecuencia de una actividad competitiva)²⁰², el cual acabaría resultando incompatible con las exigencias de la buena fe.

Este tipo de pactos introducidos en el contrato suponen una transacción cuyo punto de arranque cabe situar en una limitación a la esfera de libertad del trabajador, en relación con el derecho al pluriempleo en toda su amplitud. Por ello, si el empresario tuviera intención de restringir la libertad al trabajo en el sentido previsto en el pacto, deberá obtener el consentimiento de la contraparte y respetar una serie de requisitos dirigidos a atemperar la cesión para recuperar un equilibrio inestable, dada la desigualdad entre los sujetos intervinientes, evitando así que la parte más débil asuma condiciones excesivamente gravosas²⁰³. Otra consecuencia evidente, pero mucho menos perceptible, resultaría de sopesar hasta qué punto incide negativamente sobre el principio de libre

²⁰¹ Este tipo de pacto o cláusula, “si bien en sí misma no significaría una restricción excesiva a la libertad de trabajar, amplía las posibilidades de una lectura unilateral por parte de quien proporciona empleo, merced de su carácter demasiado parco y sintético”, AGRA VIFORCOS, B.: *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (estudio del artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores)*, cit., pág. 118.

²⁰² Dicho daño puede ocurrir cuando el trabajador actúa a su vez como empresario en igual mercado de bienes y servicios al de su empleador; también cuando lo hace por cuenta ajena en una empresa de la competencia, situándose en una clara posición de conflicto con aquel; en la misma línea, NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de la competencia desleal en el contrato de trabajo. Una singular manifestación del deber de buena fe contractual*, cit., pág.143.

²⁰³ Pues a diferencia de cualquier contrato civil, donde las partes actúan en pie de igualdad, no ocurre lo mismo en el ordenamiento laboral, donde es necesario proteger a la parte débil el trabajador. Ante la dificultad manifiesta de anular cláusulas pactadas con abuso de derecho, el ordenamiento “pone límites a las limitaciones contractuales”, conforme afirma CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: “Prohibición de competencia y contrato de trabajo”, cit., págs. 35-36.

competencia el hecho de limitar en exceso la actuación de los trabajadores en el mercado²⁰⁴.

No obstante, y de ser aceptado el pacto por el trabajador, una consecuencia resultaría clara: a sus términos, y no a los del convenio y la ley procedería estar²⁰⁵. Entre las contraprestaciones a tal exigencia, el Estatuto de los Trabajadores prevé una compensación económica por este sacrificio (real o potencial) soportado por los trabajadores, cuya especificación deja a la voluntad de los contratantes; pudiendo quedar incorporada al propio contrato inicial o ser añadida con posterioridad²⁰⁶.

Respecto a su cuantía, y ante la falta de referencia legal, queda a voluntad de las partes a tenor de las circunstancias concretas del caso, pudiendo consistir en una cantidad a tanto alzado, o una de devengo y percepción mensual. Su consideración no es una cuestión admitida pacíficamente por la doctrina, pues a pesar de usar la misma expresión “compensación económica”, para aludir a la cantidad en virtud de la cual viene a ser gratificada la no competencia post contractual y la contractual, su naturaleza no tiene por qué ser la misma.

Parte de la doctrina la considera salario, constituyendo un complemento retributivo destinado a remunerar una mejor calidad en los servicios profesionales del trabajador (en cuyo caso, procedería incluirla como una partida mas en la indemnización por despido improcedente); otros, empero, la consideran de naturaleza indemnizatoria, pues no es debida a un trabajo efectivamente prestado, apareciendo ordenada a resarcir al trabajador por la falta de ingresos que podría haber obtenido al realizar otro tipo de

²⁰⁴ CASTIÑEIRA FERNANDEZ, J.: “Prohibición de competencia y contrato de trabajo”, cit., págs. 35-36.

²⁰⁵ No obstante, el convenio podrá establecer que determinados puestos deban ser cubiertos por trabajadores con plena dedicación, los cuales serán debidamente compensados. Obran previsiones expresas sobre ello, por ejemplo, en el RD 1382/1985, de 1 agosto, sobre la relación laboral especial del personal de alta dirección, impidiendo a estos trabajadores la celebración de otros contratos de trabajo con distintas empresas, salvo pacto escrito en contrario o autorización del empresario.

²⁰⁶ SALA FRANCO, T.: “La excedencia voluntaria”, cit., pág. 455-456, para quien “en la regulación legal no se precisa el momento en el cual ha de concertarse el pacto, siendo pacífico que pueda hacerse tanto en el momento de concertar el contrato de trabajo, como en uno posterior, incluso en el momento de finalizar la relación al suscribirse el finiquito. (...) Requisito esencial es dejar acreditado un efectivo interés industrial o comercial del empresario”.

trabajos complementarios (en cuyo caso, procedería incluirla en la indemnización por despido improcedente)²⁰⁷.

Por último, multitud de pronunciamientos manifiestan la necesidad de constatar expresamente y por escrito la prohibición en estos pactos, pues, pese a ser indispensables para la protección de los intereses legítimos de la empresa, devendrían ilícitos de no cumplir con la forma requerida, y ello con independencia de lo claros y limitados que resulten en el tiempo y el espacio²⁰⁸.

En cuanto a la tipificación de la infracción laboral hace, su descripción puede ser completada a través de negociación colectiva, cuyos aspectos más relevantes son los expuestos a continuación:

- En materia disciplinaria puede actuar con competencia expresa el instrumento negociado (art. 58.1 ET), llegando incluso a destipificar la prohibición del art. 21.1 ET²⁰⁹, sin perjuicio de que la valoración de las faltas y sanciones impuestas por la dirección de la empresa pueda ser revisable por la jurisdicción competente (art. 58.2 ET).
- Es el convenio quien describe los requisitos necesarios para sancionar conductas mediante un listado de faltas y sanciones graduadas según su gravedad. Dispone de la capacidad de llegar a situaciones con límites atípicos como, por ejemplo, apreciar un despido en casos considerados como faltas leves por ley, pero valorados de forma distinta por el instrumento negociado, en atención a variadas circunstancias (peculiaridades del sector o la actividad, etc.), o incluso no sancionar ciertas conductas menos graves por no alcanzar los requisitos más exigentes contemplados en este. Obra, así, una relación de

²⁰⁷ GOERLICH PESET, J.M^a.: “ Artículo 21.2 b) ET” en AA.VV. (GOERLICH PESET, J.M^a, Dir.), Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. *Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, cit., págs. 452-453.

²⁰⁸ SSTSJ Islas Baleares 22 septiembre 2003 (AS 2004/28), Madrid 1 diciembre 2004 (AS 3275), Islas Canarias/Tenerife 22 febrero 2007 (AS 1953) y Andalucía/Sevilla 10 abril 2007 (AS 3264).

²⁰⁹ AGRA VIFORCOS, B.: *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (estudio del artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores)*, cit., págs. 141-142.

complementariedad aparente (libertad por crear el tipo), pero suplementariedad última (exigencia, en todo caso, de un comportamiento grave y culpable).

- De otro lado, y debido a sus características de temporalidad y dinamismo, permite adaptarse en cada momento a las necesidades de la empresa, actualizando continuamente las conductas a sancionar, pues puede ir recogiendo situaciones no tenidas en cuenta en épocas anteriores o surgidas como consecuencia de nuevas relaciones laborales, técnicas de trabajo, etc. La continua negociación entre los interlocutores sociales permite un casuismo inviable en la norma, la cual suele contener una descripción genérica a desarrollar posteriormente por vía negocial (especificando cuando considera los incumplimientos producidos como graves y culpables), concretando el tipo, la forma y el modo en el cual deben ser activados los poderes empresariales tanto directivos como disciplinarios²¹⁰.

En términos generales, suelen aportar poco o nada a lo establecido en la ley en esta concreta materia, representando la máxima expresión de la procrastinación, generalmente por la resistencia de los representantes de los trabajadores a negociar este tipo de asuntos poco gratos, evitando su regulación y terminando por revertir dicha misión hacia el poder disciplinario genérico de los empresarios.

Así, los titulares de la unidad productiva terminan heredando este poder sancionador debido a la pasividad del convenio, disfrutando de un gran margen de maniobra para hacer y deshacer ante la falta de detalle de las conductas sancionables (en su propio beneficio), al contar con una norma casi en blanco a su disposición.

²¹⁰ AGRA VIFORCOS, B.: *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (estudio del artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores)*, cit., págs. 142-144.

No obstante, en no pocas ocasiones, dejarán el listado de faltas y sanciones de igual o semejante forma a como quedaban enunciados en la norma, permitiendo el anclaje de casi cualquier conducta, pues su formulación en la ley resulta (procede insistir) demasiado genérica²¹¹.

CONCLUSIONES

Primera: Poner en conexión dos institutos que el legislador nunca ha previsto que se conozcan, pero que la práctica demuestra que así ocurre, suscita como primer desafío la necesidad de poner en conexión dos sistemas muy distintos de relaciones entre ley, convenio y contrato.

De un lado, procederá aclarar la compleja relación entre ley y convenio en cuanto hace a la excedencia, que si bien de partida puede ser considerada como de complementariedad en lo material y complementariedad en lo procedimental, bien cabría tornarse, por mor de la decisión contenida en el art. 46.6 ET, en un nexo de estricta complementariedad en el cual la ley acabe actuando como fuente subsidiaria, con la singularísima cualidad de depender su actuación que el interesado así lo manifieste a través de una opción expresa al efecto.

A su lado la competencia desleal, que carece de regulación legal, puede ser precisada o matizada por convenio o por contrato. La relación, en consecuencia, sería la clásica de complementariedad si no fuera porque, en el contexto de la excedencia voluntaria, y por mor otra vez del art. 46.6 ET, puede entrar en el círculo de la complementariedad con esa opción subsidiaria en favor de la ley que pudiera ejercer quien aspire al beneficio.

Segunda: El complejo entramado de fuentes que se ha descrito impide al jurista situarse en un punto estático para valorar cuándo existe realmente competencia desleal del excedente voluntario.

La variante posición que puede derivar de la conexión entre excedencia y deberes accesorios de buena fe permite localizar hasta tres escenarios diferentes:

²¹¹ AGRA VIFORCOS, B.: *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (estudio del artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores)*, cit., pág. 146.

1º) Los supuestos en los cuales ni el régimen legal de la excedencia, ni la definición de competencia, hayan sido alterados por la voluntad colectiva o individual de las partes de convenio y contrato. Ante tal eventualidad cabrá exigir esa buena fe atenuada o “dormida” que se predica de cualquier situación suspensiva, y la competencia desleal habrá de ser referida a la prueba de un perjuicio efectivo para el empresario.

2º) De alterarse solo el régimen de la excedencia para introducir variantes en su solicitud, disfrute o reincorporación, cualquier modificación que de hecho se introduzca al régimen de la competencia desleal incurrirá en un exceso que no puede ser de recibo: la excedencia no se “solicita” ni “concede”, pues como derecho subjetivo que es tan solo se “anuncia” y, en caso de no ser reconocida, se reclama ante los Tribunales. Tampoco cabe alterar los términos de su disfrute con previsiones novatorias que desvirtuarían su propósito final. En fin, ningún problema ha de plantear la reincorporación del trabajador cuando el empresario no pueda demostrar la desviación de clientela o pérdidas reales o potenciales que deriven del abuso de derecho a partir de la conducta del trabajador.

3º) El último de los referentes vendrá dado por la alteración convencional de los términos previstos en la ley tanto de la excedencia como de la competencia desleal. En la medida en la cual el art. 46.6 ET resulta ser un campo abierto a la creación libre por los interlocutores sociales, cabrá alterar todas y cada una de las reglas del juego, y a sus términos procederá estar de haber aceptado el trabajador ese marco de desarrollo.

Pero de seguro es en este prostenoio donde se produce el conflicto de mayor interés, por cuanto debe quedar clara siempre la voluntad inequívoca del trabajador de acogerse a las ventajas que le ofrezca el régimen convencional de la excedencia voluntaria (con tales ventajas ningún sentido tendrá su desarrollo) a cambio de la restricción en su actividad durante el periodo de su disfrute.

Tercera: Sobre los condicionantes anteriores importará tener claros tanto el régimen de la excedencia voluntaria como, sobre todo, el de la competencia desleal.

Mientras el primero aparece nítidamente perfilado en la Ley y completado por los convenios, el segundo suscita graves problemas, al tener que ser referido a una definición que solo se infiere de la norma y a unos límites que podrán ser cuestionados desde el art. 3.5 ET, cuando en lugar de una transacción oculten una renuncia inadmisibile de derechos.

Es, por tanto, en la mayor o menor elasticidad del concepto de competencia desleal donde se encontrará la clave última para cualquier interpretación. En este sentido, cuatro son los elementos a ponderar en cada ocasión:

1º) El ámbito funcional nunca podrá quedar referido (como suelen hacer los convenios) ni a la rama, ni al sector de producción, por ser injustificadamente extensos; tampoco al objeto social, en la medida en que resulta una referencia indeterminada e indeterminable por su habitual extensión más allá de la actividad del empleador. En función de si la ocupación del excedente durante la excedencia resulta ser por cuenta propia o ajena, el límite habrá de venir dado por la coincidencia de actividades, en el primer caso, y la similitud de tareas o funciones en el segundo.

2º) El plano locativo acabará convertido, igualmente, en un elemento determinante. Lo es en la medida en que tan solo una coincidencia geográfica en la actividad podrá acreditar la desviación de clientela cuando esta sea la manifestación aparente de la concurrencia. E igualmente el factor temporal adquirirá un protagonismo destacado por referencia a la necesidad de que el contrato interrumpido no abogue a formas irregulares en suspensión ni se haya visto extinguido por otras vías. Tal será, por ejemplo, la situación crítica de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos porque, de extenderse el concepto ordinario de competencia desleal, quedarían relegados a una situación de precariedad que no es de recibo.

3º) El análisis del consentimiento que hubiere podido prestar el empresario deviene fundamental cuando, como ocurre con frecuencia, resulta sencillo de acreditar que ha conocido y consentido la actividad del excedente, y solo reacciona procediendo al despido, o inadmitiendo la reincorporación en el momento en el cual el trabajador pretende volver a integrarse en la entidad que en su momento abandonó temporalmente.

4º) En fin, todos los elementos anteriores quedan condicionados a poder apreciar la mala fe del trabajador bajo una forma muy concreta: los daños o perjuicios reales o potenciales causados al empresario. Sin este elemento podrá haber otro tipo de deslealtad punible (*rectius*, transgresión de la buena fe), pero no concurrencia competitiva.

Cuarta: El viejo lema de conformidad con el cual solo las personas con un cierto nivel de ingresos pueden aspirar a una excedencia voluntaria, como periodo no retribuido en medio de su carrera profesional, no debe ser mantenido en un moderno sistema de

relaciones laborales. Muy pocos trabajadores podrían aspirar a la excedencia sin trabajar, y hacerlo precisamente en aquellas funciones para las cuales están preparados y que coinciden con las que siempre han desarrollado. Una lectura en otro sentido de esta pareja de institutos que se ha estudiado podrá conducir a una lectura formalmente impecable, pero materialmente injusta.

BIBLIOGRAFÍA

AGRA VIFORCOS, B.: *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral (estudio del Artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores)*, León (Universidad de León), 2003.

ALONSO OLEA, M.: *El despido (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Madrid (Instituto Estudios Políticos), 1957.

ARGÜELLES BLANCO, A.R.: *La excedencia laboral voluntaria*, Pamplona (Aranzadi), 1997.

BALBUENA GUIRNALDOS, A.: “El cesante: análisis de un tipo social del siglo XIX”, *Cuadernos de Historia Contemporánea*, núm. 2, 1990.

BOTANA LÓPEZ, J.M.: “Tendencias actuales en la jurisprudencia social en materia de suspensión y excedencia en la relación laboral”, *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002.

CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J.: “Prohibición de competencia y contrato de trabajo”, *Colección de Tesis Doctorales*, Madrid (M.T.), 1977.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: “Comentario al artículo 1258 del Código Civil”, en AA.VV. (PAZ-ARES, C.; BERCOVITZ, R.; DÍEZ PICAZO, L., y SALVADOR CODERCH, P., Dirs.): *Comentario al Código Civil*, Madrid (Ministerio de Justicia), 1991, T.II.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: “Excedencia voluntaria y competencia desleal”, *Trabajo y Derecho*, núm. 2, 2015.

GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Excedencia voluntaria común y derecho a la indemnización derivada de expediente de regulación de empleo”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2000.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid (Ministerio de Trabajo y Seguridad Social), 1987.

GARCÍA VIÑA, J.: *El principio general de la buena fe en el contrato de trabajo*, Barcelona, tesis doctoral, 2000.

GOERLICH PESET, J.M^a.: “Comentarios al estatuto de los trabajadores”, en AA.VV. (GOERLICH PESET, J.M^a., Dir.): *Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, R.: *La excedencia voluntaria laboral*, Albacete (Bomarzo), 2013.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Las excedencias en derecho del trabajo*, Granada (Comares), 1998.

MONGE RECALDE, J.L.: *La excedencia laboral en la jurisprudencia*, Barcelona (Bosch), 1987.

MONTOYA MELGAR, A.; GALIANA MORENO, J.M.; SEMPERE NAVARRO A.V. y RÍOS SALMERÓN, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 2ª ed., Pamplona (Aranzadi), 1997.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo. Una singular manifestación del deber de buena fe contractual*, Pamplona (Aranzadi), 1997.

PEDRAJAS MORENO, A.: *La excedencia laboral y funcionarial*, Madrid (Montecorvo), 1983.

PÉREZ ALONSO, M.A.: *La excedencia laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: *Debate Parlamentario sobre el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (Instituto de Estudios Sociales), 1982, T.II.

SALA FRANCO, T.: “La excedencia voluntaria”, en AA.VV. (SALA FRANCO, T., Dir.): *Libro Homenaje a Abdón Pedrajas Moreno*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2012.

VIDA SORIA, J.: “Suspensión del contrato de trabajo”, en AA.VV. (BORRAJO DACRUZ, E., Dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (Edersa), 1983, Vol. 1, T. IX.

VILLA GIL, L.E.

- y GARCÍA BECEDAS, G.: “Limitaciones salariales y negociación colectiva. Acerca de la constitucionalidad de la Ley 44/1983”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 1985.
- GARCÍA BECEDAS G., y GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN, I.: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Madrid (Ceura), 1983.
- y SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: “Caracterización general de la suspensión del contrato de trabajo”, en AA.VV. *El derecho del trabajo en España*, Madrid (IESS), 1981.

