

# LABORAL

## LA SENTENCIA DEL MES

Enero 2010

### EFICACIA E INEFICACIA JURÍDICA DE LA RETRACTACIÓN EMPRESARIAL EN LOS DESPIDOS

Rafael Senra Biedma

#### I.- INTRODUCCIÓN

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dictado, en fecha 7 de diciembre de 2009, una sentencia en unificación de doctrina que viene a cerrar la construcción jurisprudencial sobre la admisibilidad en derecho de las conductas de los empleadores que, tras despedir a los trabajadores, por diversas circunstancias (no pocas relacionadas con intentos de subsanación de defectos en la decisión extintiva), deciden dar “marcha atrás” y unilateralmente dejan sin efecto el despido y requieren al despedido a la reincorporación a su puesto de trabajo.

El artículo 55.2 del TRLET contiene una previsión de subsanación para los despidos realizados con inobservancia de las formalidades exigidas en el punto 1 del mismo artículo. *“Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumplierse los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que sólo surtirá efectos desde su fecha, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social”.*

Como puede constatarse en la dicción del precepto, en realidad no se trata de una subsanación del despido anterior, sino en la concesión al empleador de la posibilidad dejarlo sin efecto y realizar uno nuevo, que sólo surte efectos desde la fecha en que se dicta y que tiene como premisa necesaria la restauración de la relación laboral hasta la fecha de ese nuevo despido (de ahí que tenga como requisitos “ad solemnitatem” la puesta a disposición del trabajador de los salarios devengados en los días intermedios y el mantenimiento del alta en la Seguridad Social. Por tanto, esa previsión legal contempla la posibilidad de que, para subsanar esos defectos de forma, el empleador pueda anular el despido anterior (y por tanto, los efectos extintivos “ex tunc” del mismo) para proceder a realizar uno nuevo cumpliendo las formalidades exigidas en el punto 1 del artículo 55 del TRLET.

Fuera de esa previsión legal, que además sólo puede ejercitarse dentro de los 20 días siguientes al primer despido, no existe ninguna otra en la que se contemple la

posibilidad de que el empleador pueda unilateralmente dejar sin efecto un despido después de haberlo notificado al trabajador.

Además es lo cierto que los empleadores han realizado poco uso de la previsión legal antes comentada, se supone que como consecuencia de que la misma comporta el abono de los salarios del tiempo transcurrido y la anulación de la baja en la Seguridad Social, pero también debe jugar su papel el simple reconocimiento, ante el despido y sus compañeros de trabajo, de haber cometido el empleador o sus asesores legales un error de bulto en la decisión extintiva, por lo que la inmensa mayoría de las decisiones empresariales de dejar sin efecto unilateralmente un despido, se han producido al margen de esa previsión normativa, y en muchas ocasiones obedecen a la picaresca empresarial, bien para conseguir que el trabajador despedido reduzca sus pretensiones indemnizatorias en determinadas circunstancias, como por ejemplo, cuando llega a oídos de la empresa que durante el trámite de impugnación del despido, ha conseguido encontrar empleo en otra empresa, o ha recibido una buena oferta de empleo para después de que se hubiera dictado sentencia sobre el despido.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, resolviendo estos conflictos planteados como consecuencia de las retractaciones unilaterales de los empresarios tras los despidos, había venido negándoles esa posibilidad de retractación en todos aquellos supuestos en los que el despido ya hubiere iniciado la impugnación judicial del despido. Esa jurisprudencia incardina ese rechazo a la retractación empresarial, en el principio de tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución Española, señalando que si el empleador, con su decisión unilateral de despedir, ha abierto al trabajador despedido la acción correspondiente ante los tribunales y éste la hubiera comenzado a ejercitar, nacía el derecho del trabajador a proseguir el proceso hasta su finalización, sin que el empleador pudiera evitarlo “retractándose” o dejando sin efecto el despido impugnado. Al socaire de la evolución de la jurisprudencia constitucional en conflictos relacionados con la garantía de indemnidad, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo extendió esa prohibición de retractación unilateral empresarial a la fase prejudicial de la conciliación preceptiva previa, entendiendo que el principio de tutela judicial efectiva se proyecta no sólo sobre las acciones interpuestas ante los juzgados y tribunales, sino también sobre las acciones preparatorias del mismo, máxime si resultan preceptivas para la interposición de la acción en sede judicial.

Pues bien, este rechazo jurisprudencial a las retractaciones unilaterales de los empleadores sobre despidos notificados a sus trabajadores, sufrió una importante ampliación en la excelente sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2009, que se acompaña también en su reproducción íntegra, al final del presente comentario. Para realizar esa ampliación del rechazo, esa sentencia lo fundamenta, no ya en el derecho del trabajador a proseguir el proceso iniciado de impugnación del despido, ex artículo 24.1 de la Constitución Española, sino en la naturaleza jurídica del despido y de los efectos del mismo, así como en la doctrina civilista del respeto a los propios actos. En definitiva, puede decirse que el razonamiento jurídico contenido en esa sentencia de 7 de octubre de 2009 parte de la consecuencia lógica de que la decisión extintiva empresarial sea en sí misma constitutiva desde el momento en el que se produce (con independencia de su

impugnación judicial o no) y, por ello, produce efectos “ex tunc” aún cuando sea impugnado judicialmente. A partir de esta naturaleza jurídica del despido y de sus efectos, desarrollada desde siempre por la jurisprudencia, la posibilidad de retractación empresarial, una vez extinguido el contrato de trabajo unilateralmente por el empleador, es jurídicamente inviable intentar “resucitarlo”, por lo que, las decisiones de los empleadores de dejar sin efecto el despido, una vez realizado, quebrarían el carácter constitutivo del mismo y la doctrina de los propios actos. En consecuencia, no son válidos los requerimientos que se puedan realizar al trabajador despedido para que se reincorpore a la empresa, pues el contrato de trabajo es en esos momentos inexistente y, como resultado de lo anterior, si un trabajador en esas circunstancias no obedece el requerimiento de reincorporación, no incurren en falta alguna ni en abandono del puesto de trabajo.

Obviamente, aplicando ese criterio, “a sensu contrario”, el empleador sólo puede retractarse del despido cuando éste aún no se haya consumado, bien porque se encuentre desplazado a un momento histórico posterior (cumplimiento efectivo del preaviso), bien porque se encuentre sometido a una condición extintiva mientras ésta no se cumpla. Y ahí tenemos la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2009, que se reproduce íntegramente a continuación, y que viene a cerrar esa construcción jurisprudencial, aceptando la validez de las retractaciones de los empleadores en los supuestos de despidos en los que aún no se ha producido la extinción efectiva del contrato de trabajo, por estar sometido a un plazo de preaviso.

## II.- LAS SENTENCIAS.

### Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2009

#### **El empresario puede retractarse del despido si se notifica la decisión durante el plazo de preaviso**

Validez de la retractación del empleador en un despido cuando se realiza antes de la efectividad de la extinción del contrato, durante el preaviso, mientras el trabajador continúa prestando servicios.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**—Con fecha 29 de mayo de 2008 el Juzgado de lo Social n.º 4 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes

hechos: "1.º D. Teodosio ha venido prestando servicios para las empresas demandadas desde el día 29 de junio de 1999, en virtud de distintos contratos de trabajo de obra o servicio determinado, con la categoría profesional de oficial de primera Gruista y percibiendo un salario bruto mensual de 2.337,15 euros con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras como media del salario percibido del mes de julio al mes de diciembre del 2007, todo ello en los términos que constan en los contratos de trabajo aportados como documentos 9 y siguientes junto con el escrito de demanda y cuyo contenido se da aquí por reproducido. 2.º La relación laboral se inició en la fecha indicada en virtud de un contrato de trabajo de fijo en obra suscrito con la empresa BARADA S.L. para prestar servicios como pinche 17 años. En fecha 17 de mayo de 2000 la empresa le comunicó la finalización de ese contrato con fecha 31 de mayo de 2000 por terminación de los trabajos de su especialidad en la obra Calle Peña del Cuervo s/n Madrid, señalando en el escrito que se le comunica que el cese se le comunica con el preaviso de 15 días naturales. En fecha 1 de junio de 2000 el actor suscribió un contrato en los mismos términos que el anterior pero esta vez para prestar servicios como peón ordinario, siendo la empresa contratante MELDEN S.A. En fecha 15 de enero de 2001 la empresa le comunicó que con fecha 31 de enero de 2001 cesaría en su prestación de servicios en la empresa por terminación de los trabajos de su especialidad u oficio, en concreto en la obra de la Calle Nicolás Salmerón s/n Madrid, indicando que el cese se le comunica con 15 días naturales de preaviso. En fecha 1 de febrero de 2001 el actor suscribió con la empresa GRUPBAU S.A. un contrato de fijo en obra en los mismos términos que el anterior. El actor fue dado de baja por dicho contrato el 30 de junio de 2003. En fecha 1 de julio de 2003 el actor suscribió un contrato de fijo en obra en los mismos términos que los anteriores, si bien haciéndolo con la empresa BARADA S.L. y para prestar servicios como Oficial de 1.ª Gruista. En fecha 30 de enero de 2004 dicha empresa notificó al actor que con fecha 15 de febrero de 2004 cesaría en su prestación de servicios en esa empresa por terminación de los trabajos de su especialidad u oficio en la obra Calle Atlántico s/n en Galapagar, y que ello se le comunica con 15 días naturales de preaviso. En fecha 16 de febrero de 2004 el actor suscribió un contrato en los mismos términos que el anterior con la empresa GRUPBAU S.A. para prestar servicios en la obra de la Avda. Sierra de Gredos, 11 de Villanueva de la Cañada en Madrid. En fecha 14 de junio de 2004 la empresa le comunicó la finalización de ese contrato por terminación de la obra con fecha 30 de junio de 2004 y con el preaviso de quince días naturales. En fecha 1 de julio de 2004 el actor suscribió un contrato de trabajo en los mismos términos que el anterior con la empresa BARADA S.L. para prestar servicios en la obra del Sector 4 La Pasada, Parcelas 45 a 47 368 a 372 de Villanueva de la Cañada. En fecha 11 de junio de 2007 la empresa le comunicó el fin de contrato con efectos del día 28 de junio de 2007 y el preaviso de quince días naturales. En esa misma fecha el actor suscribió un recibo de finiquito declarando haber percibido la suma de 3.336,67 euros, firmando igualmente la nómina con el desglose correspondiente en los términos que constan en el documento 8 y 9 de los aportados por la parte demandada cuyo contenido se da por reproducido.

En fecha 29 de junio de 2007 el actor suscribió un nuevo contrato similar a los anteriores con la empresa MELDEN S.A. para prestar servicios en la obra c) 18 de Octubre Polígono 2 Parcela 18, Lominchar Toledo. 3.º No consta que el actor haya ostentado representación legal o sindical de los trabajadores. 4.º En fecha 20 de febrero de 2008 el Administrativo de Grupbau D. Benjamín hizo entrega al actor de un documento por el que se le comunicaba la finalización del contrato de obra suscrito con efectos del día 6 de marzo de 2008. El día 29 de febrero de 2008 el Encargado de la obra en la que prestaba servicios el actor últimamente en presencia del administrativo antes señalado indicó al actor que había trabajo que realizar pendiente de grúa y que podía seguir trabajando en la obra todavía durante un tiempo señalando el actor, que se le había comunicado ya la extinción del contrato y que él estaba ya buscando trabajo y que por eso quería su baja para el día 5 de marzo de 2008. Dada la manifestación del actor en el sentido de querer extinguir su contrato de trabajo se le indicó que se le prepararía todo para extinguir el contrato el día 5 de marzo de 2008 y tras prestar servicios el actor en la obra en ese día, el Administrativo le llevó la documentación de la liquidación señalando el actor que no firmaba los documentos dado que no estaba de acuerdo con la liquidación que le mostraba ya que no incluía la indemnización de 45 días por año de servicio, indicando entonces el administrativo que hablara con el Jefe y que se informara bien de qué es lo que quería. El día 6 de marzo de 2008 el actor se personó en las oficinas de la empresa junto con D.ª Macarena para hablar con Efraín, Jefe Administrativo de las demandadas. El actor mantuvo una conversación con el mismo cuya grabación obra unida a las actuaciones en soporte documental, y en el transcurso de la misma tras manifestar sus distintas posturas solicitando el actor que se le reconociera en la liquidación la antigüedad desde el inicio de la prestación de sus servicios para las demandadas y que se le indemnizara conforme a la misma, así como requiriendo a la empresa que le facilitara copia del documento que firmó el día 20 de febrero de 2008, el Sr. Efraín indicó que no sabía por qué no estaba de acuerdo con la liquidación, que el documento que había firmado no era importante, que hablara con sus Abogados y que si no estaba de acuerdo que tenía pensar lo que iba a hacer porque en la empresa había trabajo para él y que una posibilidad era que siguiera trabajando en la obra de la empresa. Ese mismo día por la tarde el Sr. Efraín habló por teléfono con él y le indicó que había decidido que se reincorporara a su trabajo al día siguiente. 5.º El día 7 de marzo de 2008 el actor remitió a la empresa una carta por burofax en la que se hace constar que el día 20 de febrero de 2008 le pusieron a la firma la comunicación de extinción de su contrato de trabajo con efectos del 6 de marzo de 2007, documento que firmó y del cual no le proporcionaron copia, y que personado el día de ayer en la empresa, el Sr. Efraín se ha negado a darle copia de la comunicación de extinción del contrato así como a poner a su disposición la liquidación correspondiente, por lo solicita procedan a comunicarle por escrito la extinción de su contrato de trabajo a la mayor brevedad. La empresa MELDEN remitió al actor un burofax en fecha 10 de marzo de 2008 y que le fue entregado el día 11 de marzo de 2008, indicándole que las condiciones en las que pretende extinguir su contrato

son inaceptables para la misma ya que su contrato de trabajo no se ha extinguido y continúa vigente a todos los efectos, lo que se le comunicó por teléfono el día 6 de marzo de 2008 por D. Efraín, por lo que se le reitera una vez más su obligación de presentarse en su trabajo de inmediato, poniendo en su conocimiento que las faltas de asistencia al trabajo se consideran en el Convenio General del Sector de la Construcción como una falta muy grave sancionable con el despido. 6.º El actor figura dado de baja en la Seguridad Social por la empresa por baja no voluntaria con efectos del 14 de marzo de 2008, habiendo remitido la empresa al actor una carta de despido con efectos de ese día por sus faltas de asistencia al trabajo. 7.º La empresa GRUPBAU S.A. tiene su domicilio social en el Paseo de la Castellana, 163.2.º izda. y su objeto social es la construcción y explotación en venta, arrendamiento u otra modalidad de instalaciones hoteleras y la construcción, mantenimiento y explotación en venta, arrendamiento u otra modalidad. Sus administradores solidarios son Ismael, Landelino. La empresa BARADA S.L. tiene el mismo domicilio social que la anterior y su objeto social es la construcción, y explotación en venta, arrendamiento u otra modalidad de instalaciones hoteleras de todo tipo y otras actividades. Su órgano de Administración es un Consejo de Administración del que forman parte entre otros los administradores solidarios de la empresa citada anteriormente. La empresa MELDEN S.A. tiene el mismo domicilio social que las anteriores, el mismo objeto social y sus administradores solidarios son los mismos que los de la primera empresa mencionada. Consta que las empresas demandadas tienen un Jefe Administrativo D. Efraín que pese a estar dado de alta en una empresa, lleva a cabo la gestión de las tres empresas. Otros trabajadores de la empresa como el Administrativo de la obra en la que prestaba servicios el actor, está dado de alta en Grupbau. 8.º Consta celebrado el preceptivo acto de conciliación previa sin avenencia."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda de despido entablada por Teodosio frente a MELDEN SA., BARADA SL., y GRUPBAU, SA., declaró la improcedencia del despido de fecha 6 de marzo de 2008 y en consecuencia condenó a las Entidades demandadas de forma solidaria a readmitir al actor en las mismas condiciones existentes con anterioridad al despido o bien a su elección manifestada ante la Secretaría del Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución a indemnizarle con la suma de 30.677,06 euros; condenando en cualquier caso a las Entidades demandadas de forma solidaria a abonar al actor los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido y hasta la fecha de la notificación de la Sentencia con arreglo al salario declarado probado."

**Segundo.**—La citada sentencia fue recurrida en suplicación por MELDEN SA., BARADA SL., y GRUPBAU, SA. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 2 de diciembre de 2008, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado don Alfonso Carlos Ruiz Galiana en representación de las empresas MELDEN S.A., BARADA S.L. y

GRUPBAU S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 4 de Madrid en autos n.º 508/08 seguidos a instancia de D. Teodosio contra las mencionadas recurrentes, sobre despido. Confirmamos la expresada sentencia, condenando a las empresas recurrentes al pago de las costas causadas, consistentes en el abono de 250 euros por honorarios del letrado impugnante, y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará su destino legal, al igual que a la consignación en su caso efectuada, todo ello una vez que sea firme esta sentencia."

**Tercero.**—Por la representación de MELDEN S.A., BARADA S.L. y GRUPBAU S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 11 de febrero de 2009. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en fecha 24 de noviembre de 1992.

**Cuarto.**—Por providencia de esta Sala de fecha 8 de septiembre de 2009 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

**Quinto.**—Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 1 de diciembre 2009, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-** 1. Es objeto de debate en el presente recurso de casación para unificación de doctrina, determinar la validez de la decisión empresarial de dejar sin efecto la extinción contractual acordada, cuando se retracta de lo dicho antes del cese del trabajador afectado, cuestión que ha sido resuelta de forma diferente por las sentencias comparadas.

2. La sentencia recurrida contempla el caso de un trabajador a quien, tras sucesivos contratos para obra determinada, celebrados con un grupo de empresas, se le comunicó, el 20 de febrero de 2008, la finalización de su contrato el siguiente día 6 de marzo, decisión extintiva de la que la empresa se retractó el siguiente día 29 de febrero, en que se le comunicó al trabajador, quien se negó a continuar trabajando a partir del día 5 de marzo y pidió que con efectos de ese día se liquidara su contrato. Tras finalizar su jornada laboral el día 5 de marzo de 2008, el trabajador pidió que se le liquidara el contrato y, como la liquidación que se le ofrecía no incluía una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, se negó a aceptar la liquidación que le ofrecían, lo que motivó que se le remitiera al jefe administrativo quien le dijo que esa era la liquidación que le correspondía, que en la empresa había trabajo para él y que pensara y consultara lo que le convenía hacer porque podía seguir trabajando en la

empresa, propuesta a la que el trabajador contestó esa tarde diciendo que había decidido no reincorporarse al trabajo. Al día siguiente, el trabajador requirió por burofax que la empresa le diese comunicación escrita de la extinción del contrato, a lo que la patronal le contestó indicándole que las condiciones en que quería extinguir su contrato no eran aceptables para ella, que su contrato no se había extinguido y seguía vigente a todos los efectos y que debía reincorporarse al trabajo de inmediato, para no incurrir en falta de asistencia, lo que el operario no hizo y dio lugar a que la empresa lo diese de baja en la Seguridad Social el día 14 de marzo de 2008, en que le envió carta de despido con efectos de ese día por falta de asistencia al trabajo.

Presentada demanda por despido, recayó en la instancia sentencia en la que, tras reconocerse que la antigüedad que correspondía al trabajador era la correspondiente a la celebración del primer contrato, se declaró la improcedencia del despido con las consecuencias inherentes a esa declaración. En suplicación se planteó, nuevamente, la inexistencia del despido por ser válida la retractación empresarial y tratarse de una dimisión del trabajador, lo que rechazó la sentencia objeto del presente recurso, al estimar que el despido despliega sus efectos extintivos de forma inmediata, que carece de virtualidad la posterior retractación y que para que exista dimisión debe haber un vínculo contractual previo, vínculo que en el presente caso ya no existía.

3. Contra la anterior sentencia ha recurrido en casación unificadora la empresa, quien cita, como sentencia de contraste, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura el 24 de noviembre de 2002, en el recurso de suplicación 548/1992. Se contempla en ella el caso de un trabajador con contrato para obra determinada, a quien la empresa le preavisó el 8 de abril de 2002 que quince días después finalizaría su contrato, decisión de la que se retractó a los pocos días contestando el operario que no le convenía continuar en la obra y que prefería que se liquidara su contrato, a lo que se negó la empresa, quien el 23 de abril, mientras prestaba sus servicios el trabajador, intentó comunicarle por escrito que debía continuar en su puesto de trabajo, a lo que se negó el operario quien, desde ese día no volvió ya por la empresa. Presentada demanda por despido la misma fue desestimada por sentencia que confirmó la sentencia de contraste, al entender que el trabajador había desistido de su contrato y que la retractación empresarial de su decisión inicial era válida por haberse producido durante la vigencia del contrato, mientras el operario se encontraba en activo.

4. Las sentencias comparadas, como se anunció antes, son contradictorias en los términos que requiere el artículo 217 de la LPL para la viabilidad del recurso que nos ocupa, por cuanto han resuelto de forma distinta un mismo problema: la validez de la decisión empresarial de retractarse de una extinción contractual preavisada, cuando tal decisión se toma vigente el contrato, mientras continúa la prestación de servicios, durante el periodo de preaviso. Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a

unificar las doctrinas contrapuestas.

**Segundo.**—Antes de resolver la cuestión planteada conviene recordar la doctrina de esta Sala sobre la validez y efectos de la decisión empresarial de retractarse del despido de un trabajador. En esencia se ha dicho que el ofrecimiento de readmisión llevado a cabo por la empresa no restablece el contrato extinguido y que el rechazo por el trabajador de la readmisión no equivale a la dimisión del mismo, tanto si la oferta se hace en trámite de conciliación judicial o extrajudicial, como si se hace posteriormente, después de presentarse la demanda, e incluso en supuestos en que la retractación empresarial tiene lugar después del cese pero antes de presentarse la papeleta de conciliación [STS de 3 de julio de 2001 (RCUD 3933/2000), 24 de mayo de 2004 (RCUD 1589/2003), 11 de diciembre de 2007 (RCUD 5018/2006) y 7 de octubre de 2009 (RCUD 2694/2008) entre otras].

La cuestión de si la retractación es correcta cuando se acuerda antes de la efectividad de la extinción contractual, durante el plazo de preaviso, no ha sido abordada por esta Sala hasta el momento. Para resolverla, debe resaltarse que la empresa se retracta de su decisión de extinguir el contrato mientras la relación laboral se encuentra vigente y el trabajador prestando sus servicios. Ello hace inaplicable la doctrina antes citada porque la misma se ha dictado para supuestos diferentes, para los casos en que la retractación se produce tras la extinción del contrato, tras la efectividad del despido que tiene lugar el día del cese en el trabajo, conforme a la comunicación recibida, cual viene señalando la doctrina de esta Sala con base en el artículo 55.7 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 49.1.k), del mismo cuerpo legal.

Por tanto, como el contrato permanece vivo mientras el despido no se hace efectivo, momento en el que se extingue y su rehabilitación requiere la voluntad de las dos partes y no de una sola, cabe concluir que la retractación empresarial producida antes de que llegue ese momento es válida y produce como efecto principal el de que el contrato no llegue a extinguirse. En apoyo de esta solución puede decirse que el preaviso es simplemente el anuncio previo de que próximamente se va a rescindir el contrato, pero se trata sólo de una advertencia que se hace por exigencia de la Ley para prevenir al otro de algo que se realizará. El contrato no se extingue, por ende, ese día, sino aquél en el que se decide el cese y se liquida, conforme al artículo 49.2 del Estatuto de los Trabajadores. Por otro lado, conviene precisar que el preaviso no constituye una oferta de contrato, un precontrato que se perfecciona por la simple aceptación de la oferta, por cuanto la extinción del contrato se produce por voluntad unilateral del empresario y no por un acuerdo de voluntades. Además, la regulación que los artículos 54 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores y 108 y siguientes de la LPL hacen del despido, del proceso por despido y de la declaración de improcedencia del despido nos muestra que esta rescisión contractual tiene un tratamiento especial y que la improcedencia de la misma no se salda siempre con el abono de una

indemnización por los daños y perjuicios causados, sino que el patrono tiene siempre la posibilidad de readmitir al trabajador en su puesto de trabajo, limitándose la indemnización por daños al pago de los salarios dejados de percibir, pues predomina la idea de favorecer la conservación del puesto de trabajo. Por ello, si la finalidad de la norma es facilitar la continuidad del contrato y al objeto se establece que el empresario puede acabar optando por la readmisión del despedido, es claro que aquél puede decidir válidamente retractarse de la rescisión del contrato que preavisó, mientras la prestación de servicios continúa y el contrato sigue vigente, máxime cuando se trata de una contrato para obra determinada y el empresario se da cuenta de que aún no está terminada la obra y que sigue teniendo trabajo para el operario preavisado, solución aplicable salvo la probada mala fe del patrono.

Finalmente, conviene recordar que, como la acción por despido nace a la fecha del cese y antes de que el mismo se produzca no empieza a correr el plazo de caducidad de la misma, resulta que no existe derecho a reclamar contra el cese antes de que el mismo sea efectivo, pues hasta ese momento no se precisa la tutela judicial.

**Tercero.**—La doctrina contenida en la sentencia de contraste se ajusta más a la que hemos considerado correcta y, por ende, procede con estimación del recurso casar y anular la sentencia y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimar la demanda origen de este procedimiento, por cuánto la extinción del contrato del demandante se debió a la dimisión del mismo, a que el mismo lo abandonó sin justificación. Sin costas.

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

## **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Alfonso Carlos Ruiz Galiana en nombre y representación de MELDEN S.A., BARADA S.L. y GRUPBAU S.A. contra la sentencia dictada el 2 de diciembre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación n.º 4365/08, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social n.º 4 de Madrid, en autos núm. 508/08, seguidos a instancias de DON Teodosio contra MELDEN S.A., BARADA S.L., GRUPBAU S.A. sobre DESPIDO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimamos la demanda origen de este procedimiento. Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

## Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2009

No es jurídicamente admisible que una decisión unilateral de empleador, posterior a un despido, restablezca un vínculo contractual ya roto e inexistente, ni tampoco la negativa del trabajador a reincorporarse implica dimisión o abandono del trabajo.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.**—Con fecha 14 de septiembre de 2007, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Toledo, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando la demanda interpuesta por D. Lorenza frente a [...], COMUNIDAD DE BIENES, D. Cornelio y D. Florentino, debo declarar que no ha existido despido y debo absolver y absuelvo a la referida demandada de las pretensiones deducidas frente a ella en la demanda rectora del presente procedimiento".

**Segundo.**—En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "Primero.—Doña Lorenza, ha venido prestando servicios laborales para la Comunidad de Bienes demandada, desde el día 3 de mayo de 2000, siendo su categoría profesional de Oficial 1.<sup>a</sup> y percibiendo un salario mensual de 1.062,63 euros incluida parte proporcional de pagas extraordinarias. Segundo.—El día 29 de mayo de 2007, se comunica a la actora por medio de burofax, su despido con efectos desde la última hora laboral del día 29 de mayo de 2007, alegando la empleadora demandada como causa Faltas de asistencia al trabajo sin justificación, desde el día 21 hasta el 29 de mayo de 2007, ambos inclusive, que la empresa califica como falta muy grave, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 92.2 del Convenio Colectivo General de la Industria Textil y de la Confección y sancionable con despido en consonancia con lo establecido en el artículo 93 del mismo cuerpo legal. Tercero.—Con fecha 13 de junio de 2007, se comunica a la trabajadora por la empleadora, que la carta de despido, que le fue comunicada a través de burofax con fecha 29 de mayo, por falta de asistencia injustificada al trabajo, quedó sin efecto al justificar Vd. su ausencia el día 30 mayo, por encontrarse de baja médica por enfermedad, motivo por el cual tan sólo nos vimos obligados a tenerle que sancionar por no comunicarnos en tiempo y forma, mediante los correspondientes partes

médicos, la continuidad de su baja médica. Sanción que le fue comunicada mediante burofax el 8 de junio de 2007 y que dejaba sin efecto la carta de despido. Por tanto a partir de la recepción de esta carta, y dado que ha causado alta médica, la recuerdo que debe incorporarse de inmediato a su puesto de trabajo. Se reitera por la empleadora mediante escrito de fecha 20 de junio de 2007, a la trabajadora su obligación de reincorporarse a la empresa. Cuarto.—Presentada por la trabajadora papeleta de conciliación el día 25 de junio de 2007, fue celebrado el preceptivo Acto de Conciliación ante el SMAC de Toledo el día 10 de julio de 2007, con el resultado de sin avenencia. Quinto.—La actora no ostenta ni ha ostentado durante el año anterior al día 29 de mayo de 2007 la condición de delegado de personal ni de miembro del comité de empresa. Sexto.—La trabajadora ha estado en situación de Incapacidad Temporal desde el día 22 de mayo de 2007 al 12 de junio de 2007".

**Tercero.**—La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D.<sup>a</sup> Lorenza ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la cual dictó sentencia con fecha 30 de mayo de 2008, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso formulado por D.<sup>a</sup> Lorenza, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 1 de Toledo, de fecha 14 de septiembre de 2007, en Autos n.º 463/2007, sobre despido, siendo recurridos [...] C.B., D. Florentino y D. Cornelio, y revocando la expresada resolución, debemos declarar y declaramos que el cese de la actora constituye despido improcedente, condenando a la empresa a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o, a elección de aquélla, a que le abone una indemnización de 11.290,44 €, y, en todo caso, a que le abone los salarios de tramitación desde la fecha del despido (29 de mayo de 2007) hasta la fecha de notificación de la presente sentencia, a razón de 1.062,63 € mensuales".

**Cuarto.**—Por la Letrada D.<sup>a</sup> Laura Gutiérrez Lobato, en nombre y representación de [...] C.B. así como de sus comuneros D. Florentino y D. Cornelio, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social de Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 6 de marzo de 2006.

**Quinto.**—Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar improcedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 25

de junio de 2009; pero dada la trascendencia y complejidad de presente recurso se suspendió dicho señalamiento, acordándose se hiciera en Sala General, fijándose para el día 30 de septiembre de 2009 la celebración de tales actos.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.**—1. Se recurre para la unificación de la doctrina la STSJ Castilla-La Mancha de 30 de mayo de 2008 [rec. 162/08], estimatoria del recurso formulado contra decisión desestimatoria de la demanda por despido que había pronunciado en 14/09/07 el Juzgado de lo Social n.º Uno de los de Toledo [autos 463/07], declarando probado; a) que la actora había sido despedida por medio de burofax, en causa a faltas de asistencia al trabajo; y b) que días después, pero antes de presentarse papeleta de conciliación, se le comunica que la decisión extintiva se deja sin efecto y se le sustituye por una sanción, y se le recuerda que "debe incorporarse de inmediato a su puesto de trabajo"; c) la trabajadora se hallaba —en tales fechas— en situación de IT; y d) la actora desatendió el ofrecimiento y no se reincorporó a la empresa, presentando papeleta de conciliación con posterioridad a haber obtenido el alta médica.

2. Se ofrece como contraste la STSJ Cataluña de 6 de marzo de 2006 [rec. 351/05], en que se resuelve un supuesto sustancialmente idéntico al de autos, por tratarse de un despido del que la empresa se retracta dos días después de haber comunicado la decisión extintiva al trabajador y sin que éste hubiese llegado a presentar —como en el supuesto objeto de debate— papeleta de conciliación ante los correspondientes servicios administrativos; y sin que —tampoco— en la comunicación de la retractación se haga indicación alguna a posibles salarios de tramitación o alta en la Seguridad Social. Y se denuncia infracción —por aplicación indebida— de los artículos 49.1.k) ET, e inaplicación de los artículos 7.2 y 1258 CC, así como 5.a) y 20.2 ET.

3. Las precedentes referencias ponen de manifiesto que en el presente caso se cumple la exigencia de contradicción que para la viabilidad del RCUD impone el artículo 217 LPL (entre las más recientes, SSTS 23/06/09 —rcud 1618/08—; 24/06/09 —rcud 622/08—; y 01/07/09 —rcud 2573/08—), en tanto que en ambos procesos se trata de hechos y pretensiones sustancialmente iguales, y pese a ello las decisiones contrastadas han llegado a opuesta conclusión, pues en tanto la recurrida considera ajustada a Derecho que la trabajadora se negase a su reincorporación, la de contraste califica tal postura como abusiva y contraria a la buena fe.

**Segundo.**—1. La doctrina de la Sala en orden a la materia que en principio es objeto de debate [posteriormente expondremos las matizaciones que

corresponde hacer respecto del caso de autos, no coincidente con el examinado en nuestros precedentes] resulta expresiva de que el ofrecimiento de readmisión llevado a cabo por la Empresa no restablece el contrato extinguido ni su rechazo por el trabajador constituye dimisión, tanto si la oferta se hace en trámite de la conciliación extrajudicial (SSTS de 3 de julio de 2001 —rcud 3933/00—; 6 de abril de 2004 —rcud 2802/03—; 24 de mayo de 2004 —rcud 1589/03—), cuanto si tiene lugar con posterioridad a la misma (STS de 15 de noviembre de 2002 —rcud 1252/02—) y —con mayor motivo— una vez presentada la demanda (SSTS de 1 de julio de 1996 —rcud 741/96—; y 11 de diciembre de 2007 —rcud 5018/06—). Y al efecto puede razonarse:

a) El despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el artículo 49.1.k) ET, de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción;

b) Esa tesis extintiva —el desistimiento del empresario es el molde conceptual en el que se encajan las diversas figuras de despido, al decir de la doctrina— que la jurisprudencia ha mantenido desde la STS 07/12/90 [—rec. 520/90—; dictada en Sala General], ha sido expresamente recogida por el legislador en la reforma del artículo 55.7 ET operada por la Ley 11/94, de 19 mayo;

c) La acción ejercitada implica "una reacción frente al acto extintivo empresarial que tiene como presupuesto lógico la terminación efectiva de la relación de trabajo", habida cuenta del "carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo" [en tal sentido, STS de 21 de octubre de 2004 —rcud 4966/02—];

d) Desde la presentación de la papeleta de conciliación ya está constituida "la relación jurídica procesal que debe desembocar en la decisión judicial calificando el acto extintivo unilateral del empresario, y en su caso en la restauración del vínculo contractual, reparando los perjuicios causados";

e) "No cabe que por una decisión unilateral empresarial posterior con ofrecimiento de readmisión se restablezca un vínculo contractual ya roto e inexistente, ni mucho menos la negativa del trabajador a reincorporarse implica dimisión de éste por entenderse que con la decisión empresarial dicho trabajador dejaba de estar despedido, privándole no sólo de una acción como la de despido ya ejercitada y del derecho a la calificación del acto empresarial";

f) "La decisión empresarial de dejar sin efecto el despido producido [...] no puede tener la eficacia de restablecer el vínculo laboral ya roto e inexistente y que la relación laboral que surge entre empresario y trabajador tiene por causa un contrato de naturaleza bilateral y consensual, lo que supone que su formalización exige la libre aceptación por ambas partes"; y

g) Pese a ello, "no cabe duda de que si el empresario se retracta de su decisión extintiva y el trabajador acepta el ofrecimiento de reanudar la relación laboral, ésta vuelve a su ser y estado anterior dada la concurrencia del consentimiento de los contratantes", en aplicación de los artículos 1261 y 1262 CC.

2. La precedente referencia jurisprudencial contempla una situación en la que —por efecto de la presentación del escrito conciliatorio ante el órgano administrativo o más claramente por la formulación de la demanda ante la jurisdicción social— la relación jurídico procesal [en sentido amplio] ya está nacida; y —hasta la fecha— ninguna sentencia de este Tribunal ha contemplado una retractación empresarial previa al trámite preprocesal de conciliación, como en el caso presente. Singularidad del supuesto que todavía se acentúa más por el hecho de que en los indicados precedentes la Sala resolvía litigios en los que se planteaba la abstracta posibilidad de que la unilateral voluntad de la empresa vinculase al trabajador, en tanto que lo que ahora debatimos es una retractación, que aparte de ser previa a constituirse la "litis contestatio" [diferencia insustancial respecto de nuestros precedentes, a pesar de la línea argumental en ellos sostenida], está —a entender de la empresa— justificada por las circunstancias del caso [concretamente la existencia de error al adoptar la inicial decisión extintiva].

3. Esta diversidad fáctica respecto de nuestros precedentes invita a considerar si es posible que la regla general ya referida consienta en autos una posible excepción, habida cuenta de la diversidad —doble— que media entre los supuestos de los precedentes jurisprudenciales y el que en estos autos se plantea, tanto en el plano temporal [el ofrecimiento de readmisión se hace antes de que se inicie el trámite administrativo preprocesal], cuanto que en el causal [la retractación se pretende justificar en la existencia de error al despedir]. Diferencias que hipotéticamente podrían también dar lugar a una solución diversa y no comprometedora del criterio anteriormente sentado por la Sala.

En efecto, tal como se ha señalado, la regla general hasta ahora mantenida es la de que el inicio del proceso por el trabajador, pese a haberse producido la retractación del despido, obedece a un interés legítimo y digno

de protección, representando una razonable manifestación del derecho a la tutela judicial, en los términos que la establecen los artículos 5 LECiv, 7.3 LOPJ y 24.1 CE. Pero cabría plantearse —éste es el objeto de debate en autos— si resulta casuísticamente factible que, en determinadas y excepcionales circunstancias, el planteamiento del proceso —pese a la citada retractación empresarial, producida antes de presentada papeleta de conciliación— pudiera calificarse de contrario a la exigible buena fe y abusivo ejercicio de un derecho [conforme a las prevenciones del artículo 7 CC]; o que más simplemente deba apreciarse falta de objeto y de acción [la denominada "falta de causa para litigar"], si bien —en uno y otro caso, como precisaremos— ese abuso o falta de objeto únicamente podría tener trascendencia respecto de los salarios de tramitación.

La tesis mantenida por la decisión recurrida es la de admitir la validez de la retractación, siempre que tenga lugar antes de presentada la papeleta de conciliación y de que la oferta de reincorporación se produzca en términos que comporten la plenitud de la relación laboral; pero, a pesar de ello, la sentencia del Tribunal Superior estima la demanda por considerar que tales requisitos del ofrecimiento de la reincorporación no se han cumplido en autos.

**Tercero.**—1. Frente a esta tesis —que el Tribunal Superior sustenta en abstracto y que el recurso de la empresa pretende aplicar en el caso concreto—, la defensa del trabajador objeta en su escrito impugnatorio que admitir la eficacia vinculante de la readmisión rectificadora contrastaría con la mantenida jurisprudencialmente respecto de la dimisión del trabajador, cuya irrevocabilidad —sostiene la impugnación— constantemente se afirma por la jurisprudencia.

2. Consideramos injustificada la objeción, en primer lugar porque ninguna diferencia sustancial sería de apreciar en el tratamiento de ambas figuras en cuanto a la posibilidad de rectificar la decisión extintiva previa, desde el momento en que esta Sala ha proclamado que la general imposibilidad de retractación por parte de trabajador que dimite, tiene la excepción de que se pruebe alguna deficiencia en el consentimiento que conduzca a la anulación del negocio jurídico, de acuerdo con el artículo 1261 CC [recientemente, la STS de 6 de febrero de 2007 —rcud 5479/05—].

Y en segundo término, porque ese planteamiento simplifica un fenómeno que en realidad es más complejo. En efecto, el contrato de trabajo tiene — como señalábamos más arriba— naturaleza bilateral y consensual, de manera que la posible restauración del vínculo tras su ruptura por decisión unilateral de una de las partes, requiere inexcusablemente el consentimiento de la otra parte; y es aquí donde incide una decisiva

diferencia entre ambos supuestos, pues mientras que la eficacia de la retractación tras la dimisión del trabajador se discute precisamente porque el empresario se niega a reanudar el contrato [faltando así el necesario consentimiento bilateral que restablezca el contrato], de manera que tan sólo respecto del trabajador se puede invocar la doctrina de los propios actos [el fue el dimisionario y habrá de examinarse si tal dimisión fue consciente o viciada], en el supuesto de despido retractado el trabajador no puede alegar tal doctrina frente a la empresa [precisamente porque la misma pretende subsanar una decisión viciada], pero sí puede argüirse —al menos en teoría— frente al empleado, en el caso de que rechace primeramente la oferta preprocesal de reincorporación y solicite con posterioridad en vía judicial lo mismo que previamente había rehusado, siempre que la retractación esté justificada y la oferta cumpla determinados requisitos [de ello trataremos luego]; o lo que es lo mismo, la contradicción —actos propios— no está en la rectificación de una decisión previa [idéntica en ambos casos, dimisión o despido, en cuyo consentimiento quepa apreciar deficiencia formativa relevante], si no en la reacción de la otra parte, que es única en el caso de dimisión [la empresa se limita a no aceptar la retractación], pero que en el caso de despido es objeto de simultánea y opuesta respuesta [el trabajador se niega a aceptar la reincorporación ofrecida por la empresa, pero a la vez la solicita en vía judicial].

3. Tanto en este último caso, como en el supuesto de que el consentimiento del trabajador en la dimisión o del empresario en el despido obedeciesen a una voluntad no viciada, parece que en pura dogmática civil la solución habría de ser la misma y obediente a la doctrina de los propios actos [artículo 1258 CC ; y artículos 5.a), 20.2 y 54.2.d) ET], que está construida sobre la base de la buena fe y del artículo 7 CC y que se concreta en proclamar la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma —expresada en actos concluyentes e indubitados— y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla (SSTS —Sala IV— de 23 de marzo de 1994 —rec. 4043/92—; 24 de febrero de 2005 —rec. 46/04—; 23 de mayo de 2006 —rec. 8/05—; 19 de diciembre de 2006 —rec. 2659/05—; y 2 de abril de 2007 —rec. 11/06—).

**Cuarto.**—1. De todas suertes este Tribunal discrepa del planteamiento que está en la base de la decisión judicial recurrida [la retractabilidad del despido producida antes de cualquier actuación preprocesal, siquiera con determinados requisitos], y en nuestra respuesta el punto de partida ha de ser —como elemental lógica requiere— el de la ya indicada eficacia extintiva del acto de despido, conforme a la cual la comunicación de aquél

comporta —sin excepciones— que el contrato de trabajo se extinga, no siendo precisa resolución judicial para que dicha finalización contractual se produzca, habida cuenta del "carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo" [en tal sentido, entre otras anteriores, STS 21 de octubre de 2004 —rcud 4966/02—]; de forma que el restablecimiento de la relación sólo tiene lugar si hay readmisión y ésta es regular, tras la correspondiente declaración judicial o por aquiescencia voluntaria del trabajador.

Así lo proclama una constante doctrina, argumentando al efecto que el despido del trabajador se configura —ya lo hemos adelantado— como causa de extinción del contrato de trabajo por "un precepto tan claro" como el artículo 49.1.k) ET, "de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción" (entre las recientes, SSTS de 20 de junio de 2000 —rcud 3407/99—; 15 de noviembre de 2002 —rcud 1252/02—; 31 de enero de 2007 —rcud 3797/05—, dictada en Sala General; 12 de febrero de 2007 —rcud 3951/05—; y 16 de enero de 2009 —rcud 88/08—. Doctrina de la que se hizo eco la STC 33/1987, de 12 de marzo, FJ 3).

2. El siguiente escalón argumental necesariamente ha de descansar en el concepto del abuso del derecho —recogido por la jurisprudencia a partir de la STS 14/01/44, de la Sala Primera— y cuyos requisitos esenciales se concretan en: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) el daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica y que no hubiese podido ser evitado por el sujeto pasivo que lo sufre mediante una actuación igualmente amparada en la ley; y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva [ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercerlo "ausencia de interés legítimo"] o en forma objetiva [ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo] (de entre las más recientes, SSTS —Sala Primera— 18 de mayo de 2005; 28 de enero de 2005; 25 de enero de 2006; 24 de mayo de 2007; y 21 de septiembre de 2007). En palabras de la STS 1 de febrero 2006 [—rec. 1820/00—], la doctrina del abuso del derecho "se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciado ... una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la Ley no concede protección alguna, generando efectos negativos [los más corrientes, daños y perjuicios], al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del

derecho ...; exigiendo su apreciación... una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas [anormalidad en el ejercicio] y subjetivas [voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo]...; lo que se traduce en que no cabe apreciar el abuso de derecho en quien actúa dentro de las previsiones legales, haciendo uso de los mecanismos procesales para hacer valer su derecho ... [STS 12 de junio de 2005 —rec. 475/99—], y cuando la sanción del efecto pernicioso está garantizada por un precepto legal [SSTS 24 de mayo de 2003; y 31 de mayo de 2003]. Siendo, en fin, doctrina jurisprudencial —que recuerda y aplica la STS 15 de febrero de 2000 —rec. 1452/95— que el abuso de derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo, y que no se puede invocar en favor de quien es responsable de una acción antijurídica".

3. Las precedentes indicaciones nos llevan a entender —como regla apodíctica— que la eficacia extintiva y constitutiva del despido determinan que el trabajador no esté obligado a aceptar la posible retractación de la empresa emitida antes de haberse constituido la relación procesal o de haberse presentado papeleta de conciliación ante el correspondiente organismo administrativo, ni que por tal rectificación unilateral el trabajador se vea privado de su derecho a impetrar la protección jurídica de los órganos jurisdiccionales; a la par que no apreciamos —también como regla general— rasgo alguno definitorio del abuso del derecho en esa posible reclamación frente a una decisión patronal ilegítima, puesto que cuando se solicita la tutela judicial que impone el artículo 24.1 CE, no es apreciable anormalidad alguna en el ejercicio de la acción, una voluntad de perjudicar o posibles daños y perjuicios no legítimos.

En el bien entendido, como ya se infiere de lo antes indicado, que el hipotético abuso del derecho se limitaría —de admitirse la eficacia de la retractación en determinados supuestos excepcionales y la injustificación de que no fuese aceptada— a la pretensión de salarios de trámite; pero que por principio nunca alcanzaría al propio ejercicio de la acción por despido, que siempre está justificado por el artículo 8 del Convenio 158 OIT ["El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro"] y del derecho a impetrar la tutela judicial que confiere el artículo 24.1 CE. Y casi parece superfluo indicar que —en todo caso— el indebido rechazo de la readmisión ofrecida nunca podría calificarse como falta injustificada al trabajo, pues mal puede decirse que está privada de legítima causa una ausencia que es debida a ejercitar judicialmente la acción por despido [en realidad existente y como tal dotado de eficacia extintiva, siquiera llegase a adolecer de vicio justificativo de su anulabilidad]; como

tampoco puede considerarse integrante de dimisión del empleado, como antes hemos adelantado, puesto que —con independencia del precedente argumento— para apreciar tal figura sería preciso que "se produzca una actuación del trabajador que, de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en este sentido o una conducta que de modo concluyente revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral" (SSTS 21 de noviembre de 2000 —rcud 3462/99—; 29 de marzo de 2001 —rcud 2093/00—; 27 de junio de 2001 —rcud 2071/00—; 15 de noviembre de 2002 —rcud 1252/02—; 17/05/05 —rcud 2219/04—; y 19 de octubre de 2006 —rcud 3491/05—).

4. Sentado ello, de todas formas cabe preguntarse si, como admite la decisión recurrida y pretende el recurso, en determinados supuestos —retractación empresarial en singulares situaciones y ofrecimiento de readmisión con específicas cualidades— sería admisible la eficacia vinculante del ofrecimiento de readmisión previo al inicio del proceso. A ello trataremos de dar cumplida respuesta -negativa, como ya adelantamos- en los restantes fundamentos jurídicos.

**Quinto.**—1. Ante todo es claro que para llegar —hipotéticamente y desde una perspectiva propia del Derecho Civil— a una solución diversa a la que hemos anunciado como apodíctica, la decisión rectificadora del despido nunca podría obedecer a un criterio meramente volitivo ni atender a razones de oportunidad o estrategia jurídica alguna que pudieran perjudicar los intereses del trabajador, ni responder a un calculado asesoramiento, sino que —en un plano teórico, de estricto Derecho común— por necesidad habría de traer única causa en un vicio del consentimiento [singularmente el error excusable], en aplicación de las previsiones contenidas en los artículos 1261 y siguientes del Código Civil; tal como parece sostenerse en el propio recurso. Y que este vicio de consentimiento —añadimos— se hubiese participado al trabajador en la comunicación rectificadora y que la explicación dada por el empleador fuese de evidente razonabilidad y accesible acreditamiento.

Pero, aún aceptada la posibilidad de tal retractación a los meros efectos dialécticos [seguimos en el terreno del Derecho Civil, que no Laboral], para alcanzar tal solución ni siquiera bastaría con el vicio del consentimiento, sino que sería preciso —además— que las circunstancias evidenciasen la seriedad y regularidad de la reincorporación que se oferta, con restauración en su integridad del vínculo de trabajo previamente extinguido por la decisión viciada [mismo puesto de trabajo, salarios no satisfechos, alta en la Seguridad Social y cómputo —a todos los efectos— del tiempo durante el cual la relación ha permanecido extinguida]; y siempre —en definitiva—

que se ofreciese aquello que pudiera obtenerse por el trabajador en vía judicial, incluido el reconocimiento de que la medida extintiva adoptada no era adecuada a Derecho; esto último, porque no cabe discutir la existencia de legítimo interés en que conste una declaración sobre tal extremo [esa constancia puede tener indudable trascendencia jurídica], y porque tampoco cabe negar al trabajador despedido el máximo —legalmente posible— de su protección jurídica, en la que por fuerza ha de incluirse la declaración de "improcedencia", ya que no se trata —como acabamos de decir— de un dato jurídicamente neutro.

2. Ello sería así porque —cumplidos con rigor todos los requisitos indicados, conducentes a una "restitutio in integrum"—, pudiera pensarse que el principio de buena fe [artículo 1258 CC] impone que cuando está plenamente justificada la rectificación empresarial [por trascendente vicio de consentimiento en la decisión inicial], cuando la causa de la misma se ha explicitado cumplidamente al trabajador y por virtud de la misma se ofrece extrajudicialmente todo aquello que procedería por ministerio de la ley, en términos que excluyan que al operario despedido pueda alcanzarle algún posible perjuicio por el hecho de aceptar la oferta consecuenta con la retractación, en estos excepcionales casos resultaría obligada —aparentemente— la aceptación del ofrecimiento, pues de lo contrario parece que se incurriría —desde la estricta perspectiva del Derecho Civil, insistimos— en la figura del abuso de derecho [artículo 7 CC], consistente en devengar salarios sin la correspondiente prestación de servicio, que a la par se ofrece por el empleador; y también —como señalábamos más arriba— para no incurrir en la "falta de causa para litigar", por ausencia de objeto y de acción.

3. De otra parte, en el mismo plano de hipótesis dialéctica, respecto del posible error justificativo de esa válida retractación, que rechazamos, ha de recordarse [recientemente, STS 29 de junio de 2009 —rcud 2489/08—, con cita de nuestro precedente de 25 de septiembre de 2003 —rcud 348/03—] que para que el error invalide el consentimiento —como se desprende del artículo 1266 CC— "es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones ... que principalmente hubieran dado motivo a la celebración" del negocio; y además, "que sea excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente" (STS —Sala Primera— 22 de mayo de 2006 —rec. 3355/99—; y en similares términos, la de 17 de julio de 2006 —rec.

873/00—, también de la misma Sala).

**Sexto.**—1. A nuestro entender, sin embargo, el debate que se suscita no puede resolverse aplicando la normativa común que se ha referido, aunque con carácter general el Código Civil sea de innegable aplicación supletoria [artículo 4.3 CC], no sólo porque entendemos que no existe laguna normativa alguna que colmar en el caso del despido, sino también porque tampoco los preceptos del Código Civil llevarían a otra conclusión que no fuese la tradicional de esta Sala; y en último término, porque la entrada en juego de los citados mandatos del Código —de conducir a otra solución, lo que negamos— sería notablemente distorsionadora en la materia de que tratamos.

2. Ciertamente se presenta sugestivo pensar que la solución procesal que legalmente se impone para los supuestos de despido [artículos 103 a 113 LPL] haya de entenderse limitada —cuando menos en todas sus estrictas consecuencias— a los supuestos en que tal negocio jurídico unilateral [la decisión de extinguir el contrato] cumpla los requisitos que le son propios como tal negocio [entre ellos el consentimiento no viciado]; o lo que es igual, que la normal —y completa— regulación procesal del "despido" hubiese de limitarse a los actos que gozan de la eficacia que corresponde a una válida decisión empresarial de dar por concluida la relación laboral, y que por ello no debería alcanzar en su integridad a los supuestos en que tal decisión se acredite haber sido tomada con vicio en la formación de la voluntad. Y ello porque todo negocio jurídico requiere inexcusablemente consentimiento [artículo 1261 CC], a la par que es nulo el prestado por error sustancial [artículos 1265 y 2266 CC] y que pueden ser anulados los negocios jurídicos que adolecen de vicio invalidante [artículo 1300 CC]; preceptos paradigmáticamente aplicables —se ha destacado por la doctrina— en el campo del Derecho del Trabajo.

3. Pero esta tesis no es la que normativamente corresponde, porque la regulación sobre el despido contenida en el ET y en la LPL se presenta cerrada en sus soluciones y sin margen alguno para la retractación [cualquiera que sea su causa], desde el momento en que sólo admite —como actuación empresarial moderadora de los normales efectos que acompañan a la inicial decisión extintiva— el reconocimiento de la improcedencia del despido y el ofrecimiento de la indemnización [artículo 56.2 ET], con la limitada consecuencia de excluir los salarios de trámite posteriores a la fecha del depósito de la citada indemnización.

Lo que no tiene nada de extraño, porque —entramos de nuevo en el campo del Derecho Civil— la nulidad negocial [determinante de ineficacia radical o automática, que en el caso del despido excluiría su virtualidad extintiva] se

limita a defectos relativos a la autonomía privada [vulneración de sus límites], al objeto del contrato [inexistencia, falta absoluta de determinación o ilicitud], a la causa [inexistencia o ilicitud] o a la forma [cuando es exigida *ad solemnitatem* por la ley]. En tanto que la mera anulabilidad —la que procede cuando concurren los defectos previstos en el artículo 1261 CC, conforme precisa el artículo 1300 del propio cuerpo legal— comporta el diferente efecto de únicamente consentir el ejercicio de una acción que es propiamente constitutiva, de forma que —como la mejor doctrina resalta— tan sólo produce la ineficacia de un negocio [en el caso examinado, el despido] que hasta que la acción se ejercita surte todos sus efectos, siquiera con eficacia claudicante [sobre estos extremos, vid. las SSTs —Civil— 18 de marzo de 2008 —rec. 361/01—; 26 de febrero de 2008 —rec. 5674/00—; 31 de julio de 2007 —rec. 3235/00—; 9 de mayo de 2007 —rec. 2097/00—...]. Esto es, que la posible anulabilidad del acto del despido por parte del empresario [al concurrir error sustancial y excusable] en forma alguna significa que no se haya producido ya la extinción del contrato de trabajo, porque —pese a todo— su viciada decisión ya ha producido, conforme a lo dicho, el efecto de poner fin a la relación laboral. Y es aquí —en este punto del razonamiento— donde reiterar nuestra clásica de doctrina, ya referida, de que la acción por despido tiene como presupuesto lógico la finalización efectiva de la relación de trabajo, determinada por el carácter constitutivo del despido.

**Séptimo.—**1. De otra parte, como destacábamos más arriba, atribuir eficacia vinculante a la retractación empresarial [aún mediando error excusable y comunicación readmisoria con toda suerte de garantías para el empleado] no sólo sería del todo distorsionador del proceso por despido, sino que difícilmente satisfaría el exigible —y constitucional— derecho a la tutela judicial efectiva y no protegería los intereses del trabajador en los términos que finalísticamente se derivan de la regulación que sobre el proceso especial por despido contiene la LPL.

2. Para empezar, en manera alguna podría mantenerse tal vinculación si el trabajador considera —estamos en el inseguro terreno de lo subjetivo— que la inicial decisión de despedir era nula por incurrir en alguna de las causas previstas en el artículo 55.5 ET, no sólo por el legítimo interés que el trabajador ha de tener respecto del propio pronunciamiento judicial en tal sentido, sino por las sustanciales diferencias de tratamiento que la nulidad comporta respecto de la improcedencia.

3. También ha de observarse que la propia naturaleza de la anulabilidad impone el ejercicio de la acción tendente a la declaración judicial de la ineficacia del acto [en este caso, el despido], y esto determina la necesaria utilización de un proceso independiente y ajeno al del despido, por cuanto

que así lo impondrían la referida necesidad de accionar [sin ella el acto sigue siendo eficaz y desarrollando todos sus efectos, conforme a lo más arriba indicado] y la inacumulabilidad de acciones [no hay que olvidar que el artículo 27.2 LPL expresamente rechaza la vía reconventional en el proceso por despido]; y en todo caso, el planteamiento en el juicio de despido —por el empresario— de la validez de su retractación excedería con mucho de lo que pudiera calificarse como simple defensa procesal limitada a probar la existencia de "hechos impeditivos" al ejercicio del acción por despido, sino que se trataría —más bien— de la solapada e indebida acumulación de acciones.

4. Finalmente, como indicábamos, la posible eficacia vinculante de la retractación sería altamente distorsionadora de la regulación legal, aún cuando la pretensión se ejercitase en proceso independiente. Distorsionadora en dos aspectos.

En primer lugar, porque resultaría de muy problemática articulación con la acción por despido, puesto que la lógica lleva a pensar que tal cuestión necesariamente habría de resolverse —para el caso de su ejercicio independiente, repetimos— con anterioridad al juicio por despido [si lo fuese después, el proceso carecería de objeto y la sentencia estimatoria sería papel mojado] y que ello comportaría ineludible retraso en orden a resolver los intereses vitales que están en juego y justifican su preferente respuesta judicial [implícitamente deducible de la ley, pese a la falta de expresa indicación en tal sentido].

En segundo término, como los actos anulables producen todos sus efectos hasta que judicialmente se les priva de eficacia, el efecto pretendido de eliminar los salarios de trámite [ya hemos dicho que bajo ningún concepto se podría privar al trabajador de su derecho a obtener una sentencia declaratoria de que el despido no es ajustado a Derecho] en manera alguna se conseguiría, pues la indicada remuneración se devengaría hasta la fecha de la sentencia, que mal podría dictarse con mayor premura que la que corresponde al proceso por despido, por lo que la hipótesis habría de rechazarse por contraria a la economía de la parte y a la procesal.

**Octavo.**—1. La doctrina precedentemente expuesta nos lleva claramente a la desestimación del recurso, porque si bien la sentencia recurrida ha admitido la posibilidad de que la retractación sea eficaz y vincule al trabajador, cuando se produce antes de haberse presentado la papeleta de conciliación y "siempre que la retractación sea completa y suponga la restitución de la totalidad de los derechos del trabajador, derivados de la relación laboral que se quiere reponer y restaurar en su originaria configuración", y a pesar de que esta doctrina sea opuesta a la

tradicionalmente mantenida por esta Sala y que en esta sentencia reiteramos, de todas formas es lo cierto que estima el recurso de la trabajadora y se rechaza la eficacia concreta de la retractación enjuiciada, por considerar que en el caso concreto no concurrían aquellas circunstancias determinantes de vinculante rectificación, por lo que aún no coincidiendo con el punto de partida de su planteamiento confirmamos esta decisión.

2. Es más, aún para el caso de aceptarse el criterio jurídico de la decisión recurrida, también habríamos de coincidir con ella en la solución dada al supuesto objeto de debate, de cuyo relato de hechos probados ofrecimos un resumen en el fundamento primero [a efectos de contradicción] y que ahora ampliamos [para resolver sobre el fondo]: a) la actora permaneció en situación de IT del 22 de mayo al 12 de junio de 2007; b) fue despedida en 29 de mayo de 2007, con la imputación de "faltas de asistencia al trabajo sin justificación, desde el día 21 hasta el 29 de mayo"; c) en 13/ de junio de 2007 se le comunica nuevamente que "la carta de despido ... quedó sin efecto al justificar Vd. su ausencia... motivo por el cual tan sólo nos vimos obligados a tenerle que sancionar por no comunicarnos ... la continuidad de su baja médica. ...Por tanto a partir de la recepción de esta carta, y dado que ha causado alta médica, la [sic] recuerdo que debe incorporarse de inmediato a su puesto de trabajo"; d) en 20/Junio se le reitera a la trabajadora "su obligación de reincorporarse a la empresa"; y e) se presentó papeleta de conciliación el día 25 de junio y en 10 de julio se celebró "sin avenencia" el acto, en el que —folio 9— el representante de la empresa manifiesta "que no está dispuesto a llegar a una solución conciliatoria por las razones que alegarán en el momento procesal oportuno".

3. Pues bien, aunque se admitiese —que no— la posibilidad de dejar sin efecto el despido por unilateral decisión del empresario [concurriendo los requisitos que más arriba se han indicado], de todas formas habría de rechazarse el recurso interpuesto, siendo así que aunque en la expresiones utilizadas por la empresa se insiste en que el despido se dejó sin efecto y fue sustituido por una sanción, y que la trabajadora "debe incorporarse de inmediato a su puesto de trabajo", lo cierto es que ninguna referencia expresa se hace a que su despido hubiese sido improcedentemente acordado [no tiene el mismo significado decir que el despido es "improcedente" que expresar "quedó sin efecto", ya que esto último puede decidirse por cálculo de conveniencia o por mera benevolencia]; ni a que hubiese sido dada de alta nuevamente en la Seguridad Social o al salario devengado con posterioridad al 12 de junio [fecha del alta médica] y hasta la reincorporación; ni para nada se alude a las prestaciones

complementarias del subsidio de IT a cargo de la empresa [aunque ciertamente figuran en la nómina de mayo: folio 2 de la prueba actora]; como tampoco se hace referencia al cómputo del tiempo con el contrato extinguido a efectos de antigüedad. Y la falta de constancia de tales extremos determina que no pueda afirmarse que la reincorporación se hubiese ofrecido con íntegra restauración del vínculo [en igual forma que si se hubiese acordado judicialmente] y que generase en la despedida la convicción sobre la innecesariedad de reclamación alguna respecto de todos sus componentes [declaración de improcedencia, salario, cobertura de Seguridad Social y prestaciones complementarias, así como antigüedad], por ofertarse la reincorporación en los términos que configuran la absoluta reintegración a la situación anterior, alterada por una decisión [viciada en su génesis, pero objetivamente desajustada a Derecho] del empresario. Pero lo que es más importante, aunque en la carta rectificadora de la decisión extintiva se alega una razonable causa, cual es el desconocimiento de la situación de IT justificativa de las ausencias, no solamente tal causa no está acreditada ni es admitida por la trabajadora, ni se presenta inexcusable, sino que aparece contradicha por algunas expresiones que figuran en las sucesivas comunicaciones de la empresa [se alude a los partes de confirmación] y por la propia nómina del mes de mayo, en la que figura la prestación complementaria a cargo de la empresa, lo que demuestra —todo ello— que la misma tenía conocimiento de la situación de IT de la trabajadora y que toda la cuestión se redujo a un cambio de criterio en orden a valorar disciplinariamente el hecho de que la empleada no hubiese presentado oportunamente el parte de confirmación; lo que nada tiene que ver con el error —excusable— que hipotéticamente habría de servir de amparo a la retractación del despido.

En tales condiciones, con independencia de que la Sala —de acuerdo con lo razonado con anterioridad— no considera eficaz la retractación del despido, cualquiera que sea su causa y cualesquiera que sean las condiciones en que se ofrezca la readmisión, lo cierto es que de ninguna forma aprecia en la actuación de la trabajadora demandante la ausencia de finalidad legítima [el ejercicio del derecho no se aparta de la finalidad para la que está concebido] ni exceso en el ejercicio del derecho que caracterizan la figura del abuso [recordemos que con arreglo al artículo 7 CC el ejercicio abusivo ha de ser "manifiesto" y que conforme a la jurisprudencia es de "índole excepcional y alcance singularmente restrictivo"], sino la razonable utilización del mecanismo procesal adecuado para hacer valer sus derechos frente a quien ha llevado a cabo una actuación antijurídica y que ni tan siquiera persistió en su oferta readmisoria en el acto de conciliación ante el correspondiente servicio administrativo [con todo lo que indiciariamente ello representa sobre la

finalidad —seriedad— del ofrecimiento]; con lo que —cualquiera que fuese la tesis que se mantuviese respecto de la controvertida eficacia de la retractación— no estaríamos en ningún caso frente a la petición con "manifiesto abuso" que los Tribunales "rechazarán fundadamente", en palabras de los artículos 11.2 LOPJ y 247.2 LECiv.

**Noveno.**—Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar —como sostiene el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe— que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia recurrida y que —en consecuencia— procede confirmarla. Con imposición de costas de costas en este trámite [artículo 233.1 LPL].

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

### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de " [...] C.B.", Don Florentino y Don Cornelio, confirmando la sentencia dictada por el TSJ de Castilla/La Mancha en fecha 30/Mayo/2008 [recurso de Suplicación n.º 162/08], que a su vez había revocado la decisión —desestimatoria de la demanda— que en 14 de septiembre de 2007 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 1 de los de Toledo [autos 463/07], en reclamación de despido formulada por Doña Lorenza.

Acordamos la pérdida del depósito y el destino legal para la consignación, con condena en costas en el presente trámite de Casación.

Devuélvase las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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