



H

Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1ª).
Sentencia de 25 junio 2013[RJ\2013\5745](#)

SALARIOS DE TRAMITACIÓN: se deben desde el día del despido hasta la notificación de la sentencia de instancia que declaró su improcedencia, y no hasta la fecha en la que el trabajador rechazó la readmisión ofrecida por el empresario en el acto de conciliación extrajudicial.

Jurisdicción: Social

Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1329/2012

Ponente: Excm. Sra. mª lourdes arastey sahún

El TS estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador contra la Sentencia del TSJ de Asturias, de fecha 23-03-2012, que casa y anula en el sentido que se indica en la fundamentación jurídica, dictada en autos promovidos por el recurrente contra «Asturiana Galvanizadora, SA», sobre despido.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Junio de dos mil trece.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. Meana Suárez en nombre y representación de D. Ignacio contra la [sentencia dictada el 23 de marzo de 2012 \(AS 2012, 904\)](#) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 260/2012, interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de octubre de 2011, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Oviedo, en autos núm. 565/2011, seguidos a instancias del ahora recurrente contra ASTURIANA GALVANIZADORA SA. sobre despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido ASTURIANA GALVANIZADORA SA representada por la procuradora Sra. Pelaez Diez.

Es Ponente la Excm. Sra. Dª. Maria Lourdes Arastey Sahun,

ANTECEDENTES DE HECHO**PRIMERO**

Con fecha 18-10-2011 el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º** .- Ignacio prestó servicios de especialista, por cuenta de Asturiana Galvanizadora S.L., desde el 30 de mayo de 2001 hasta el 31 de mayo de 2011. Lo hizo en virtud de tres contratos de trabajo de duración determinada, dos de ellos suscritos con intervención de empresa de trabajo temporal. El tercer y último contrato lo firmó directamente con Asturiana Galvanizadora S.L., en fecha 13 de enero de 2004. Respondía a la modalidad de contrato de obra determinada, consistente en la realización de trabajos de galvanizado de materia según pedido de la empresa Imedex S.A. Fijaba la duración hasta fin de obra y se sometía al Convenio Colectivo del Metal.

2º.- El 16 de mayo de 2011 el trabajador recibía comunicación escrita de Asturiana Galvanizadora S.L.,

de finalización del periodo de vigencia del contrato en fecha 31 de ese mes, fecha en la que quedaría extinguida la relación laboral a todos los efectos.

3º.- Idéntica comunicación recibían otros cuatro trabajadores. Un quinto trabajador recibía comunicación el día 19 de mayo, sobre paso a prestar servicios para el grupo Oxizinc-Agalsa S.L. desde el 23 de ese mes, por falta de suficientes pedidos para mantener la plantilla de la propia empresa, a la vez que le anunciaba la posible extinción de contratos por causas objetivas.

4º.- El 24 de junio de 2011 el trabajador presentaba papeleta de conciliación en el UMAC, en solicitud de que la empresa reconociera la improcedencia del despido de 31 de mayo, accediera a readmitirlo en su puesto de trabajo y a indemnizarle, con abono de los salarios devengados desde la fecha del despido hasta que la readmisión tuviera lugar. En el acto de conciliación celebrado el 5 de julio de 2011, la empresa reconocía la improcedencia del despido, la antigüedad a 30 de mayo de 2001, el salario día por importe de 61,14 # y optaba por la readmisión con carácter indefinido a realizar en el plazo de tres días, para cuyo momento dejaba el pago de los salarios de tramitación una vez quedará acreditada la suma recibida por el trabajador en concepto de prestaciones por desempleo. El conciliante no aceptó la propuesta de la conciliada, sobre el argumento de que no podía la empresa restablecer unilateralmente el vínculo laboral y con invocación del propio derecho a obtener un pronunciamiento judicial sobre el despido. Se cerraba el Acta de conciliación sin avenencia.

5º.- A 8 de julio el trabajador no acudió al trabajo, no lo hizo con posterioridad. La empresa le hacía llegar por burofax, entregado al destinatario el 11 de julio, comunicación de que el ofrecimiento de readmisión hecho en el acto de conciliación había tenido lugar pese a la finalización de la obra para la que había sido contratado, como consecuencia de que los asesores de la empresa habían advertido del carácter posiblemente fraudulento de la contratación laboral; que reiteraba el ofrecimiento de readmisión, pues concurría aumento de carga de trabajo, hasta el punto de haberse visto obligada a acudir a la contratación temporal; que si persistía en su idea de esperar a obtener resolución judicial, entre tanto la empresa no tendría por devengados salarios.

6º.- En el mes de agosto la empresa quiso consignar a favor del trabajador la suma de 4.087,37 #, en concepto de salarios de tramitación, que estimó devengados de 1 de junio a 24 de agosto. Vio rechazada la consignación en resolución judicial. Ponía en conocimiento del trabajador el hecho de la consignación.

7º.- El salario día del trabajador asciende a 61,14 #.

8º.- Ni el año anterior al 31 de mayo de 2011 ni en esa fecha el trabajador contó con la condición de delegado de personal, miembro del Comité de empresa ni delegado sindical."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que debo estimar y estimo la demanda presentada por Ignacio frente a ASTURIANA GALVANIZADORA SL. Debo declarar y declaro la improcedencia del despido de 31 de mayo de 2011, con condena de la demandada a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia opte entre readmitir al trabajador o abonarle una indemnización de 27.742,27 #; a que, en todo caso le abone los salarios de tramitación devengados desde el 1 de junio de 2011 hasta la fecha de notificación de esta sentencia, a razón de 61,14 # día. Esas cantidades devengan el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta resolución hasta el completo pago."

SEGUNDO

La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Asturiana Galvanizadora S.L. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó [sentencia en fecha 23-03-2012 \(AS 2012. 904\)](#), en la que consta el siguiente fallo: "Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa "Asturiana Galvanizadora S.L.", contra la sentencia de fecha 18 de octubre de 2011 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón en los autos seguidos en dicho Juzgado a instancias de D. Ignacio contra dicha empresa recurrente, y en consecuencia revocamos dicha resolución en lo relativo a los salarios de tramitación, acordando en su lugar que la condena por los salarios de tramitación debe comprender únicamente los devengados desde el 1 de junio hasta el 5 de julio de 2011, manteniéndose el resto de los pronunciamientos."

TERCERO

Por la representación de D. Ignacio se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 9-05-2012. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. Asturias de [30 de diciembre de 2011 \(R-2867/2011 \(PROV 2012. 26955\)\)](#))

CUARTO

Por providencia de esta Sala de fecha 25/09/2012 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 quince días.

QUINTO

Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 18/06/2013, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

1. La cuestión debatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se centra en determinar el importe y alcance de los salarios de tramitación en casos de despido reconocido como improcedente. La alternativa que se plantea a la Sala consiste en decidir si dichos salarios han de limitarse a la fecha en la que el trabajador rechazó la readmisión ofrecida por el empresario en el acto de conciliación administrativa o si, por el contrario, producido el rechazo de esa única oferta, los salarios de trámite han de extenderse hasta el día en el que se notificó la sentencia de instancia que confirmó la improcedencia del despido.

2. Según consta en la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, el 16 de mayo de 2011, el trabajador recibió una comunicación de despido, con efectos desde el día 31 del mismo mes, en la que la empresa demandada le notificaba que "con dicha fecha quedará rescindida a todos los efectos su relación laboral". En el acto de conciliación administrativa celebrada ante el UMAC el día 5 de julio de 2011, la empresa manifestó que se avenía a las pretensiones del actor, readmitiéndole como trabajador indefinido y con la antigüedad inicial, "debiendo producirse la reincorporación en el plazo de tres días, momento en el que se les abonarán los salarios de tramitación una vez acreditadas las sumas percibidas por los servicios públicos de empleo". El trabajador no aceptó el ofrecimiento y el acto concluyó sin avenencia. Posteriormente, por medio de burofax del 8 de julio de 2011, la empresa recordó la oferta de reincorporación, sin que la misma fuera atendida por el interesado.

3. Deducida demanda por despido, la sentencia de instancia, lo calificó como improcedente y condenó a la empresa en los términos legales (readmisión o indemnización) con abono, en cualquier caso, de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la propia resolución.

4. Recurrida en suplicación por la empleadora, la Sala de Asturias, en la [sentencia de 23 de marzo de 2012 \(rollo 260/12 \) \(AS 2012, 904\)](#), que ahora se impugna en unificación de doctrina, acogió favorablemente el recurso y, aunque mantiene la calificación del despido como improcedente, limita los salarios de tramitación al día en el que se celebró la conciliación administrativa.

SEGUNDO

1. Contra dicha sentencia interpone la parte actora el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, denunciando la infracción de los arts. 56.2 del [ET \(RCL 1995, 997 \)](#) y 24 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#) y seleccionando como contradictoria la dictada por la misma Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias el [30 de diciembre de 2011 \(rollo 2867/11\) \(PROV 2012, 26955\)](#), firme en el momento de publicarse la recurrida y de finalizar el plazo de interposición de este recurso, que, también en una reclamación por despido de otro trabajador de la misma empresa y en circunstancias muy similares a la de los aquí demandantes, confirmando la resolución de instancia, condenó a la empleadora al abono de los salarios de trámite desde el día del despido hasta el de notificación de dicha resolución. Afirma la Sala en la sentencia referencial que el único camino para que el empresario no venga obligado a abonar al trabajador los salarios de tramitación es que le ofrezca la indemnización correspondiente y la deposite en el Juzgado de lo Social a su disposición, poniéndolo además en su conocimiento, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al despido. En consecuencia declaró su improcedencia y condenó a la empresa a readmitir a la actora en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o a indemnizarla en los términos legales, con abono de los salarios de tramitación en cualquier caso.

2. Concorre el requisito de la contradicción entre las sentencias comparadas, porque, como vimos, mientras que la recurrida limita los salarios de trámite al período comprendido entre el día del despido y el del ofrecimiento de readmisión en el acto de conciliación administrativa, la sentencia referencial, por el contrario, los extiende hasta la fecha en la que se notifica la sentencia de instancia, siendo así que, en

ambos casos, no se discute la improcedencia de los despidos y el resto de las circunstancias fácticas son esencialmente coincidentes, afectando a trabajadores de la misma empresa. Pese a ello, las soluciones son claramente discrepantes en lo que atañe al devengo o no de los salarios de tramitación, que es la única cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora.

TERCERO

En relación a otros trabajadores de la misma empresa, hemos declarado ya, que la solución más ajustada a derecho se encuentra en la sentencia referencial. ([STS de 5 de febrero 2013 \(RJ 2013, 2859 \)](#) -rcud. 1314/12 -).

En efecto, el recurso merece favorable acogida porque, como ya insistimos en nuestra [sentencia de 11 de diciembre de 2007 \(RJ 2008, 1210 \)](#) (R. 5018/06), teniendo en cuenta la doctrina sentada por la jurisprudencia de esta misma Sala Cuarta del Tribunal Supremo, entre otras, en las sentencias de [1 de julio de 1996 \(RJ 1996, 5628\)](#) (rcud. 741/1996), [3 de julio de 2001 \(RJ 2001, 7797\)](#) (rcud. 3933/2000) y [24 de mayo de 2004 \(RJ 2004, 7097\)](#) (R. 1589/03), hay que reiterar

que "implicando la acción ejercitada por la trabajadora una reacción frente al acto extintivo empresarial que tiene como presupuesto lógico la terminación efectiva de la relación de trabajo, estando desde el mismo momento en que se ejercita, mediante la presentación de la papeleta de conciliación y de la demanda, 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, salvo desistimiento posterior del trabajador, ya que aunque exista allanamiento del empleador también debe dictarse sentencia, 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 solo de una acción como la de despido ya ejercitada y del derecho a la calificación del acto empresarial olvidando la naturaleza consensual y bilateral del contrato de trabajo con obligaciones recíprocas para ambas partes contratantes, y que su finalización tuvo por causa la sola voluntad del empleador". Por último, para que exista dimisión del trabajador (art. 49-4), tiene que existir vínculo contractual previo, circunstancia aquí no concurrente dado la extinción del contrato por voluntad empresarial

" [FJ 3º, [STS 3-7-2001 \(RJ 2001, 7797 \)](#) , rcud. 3933/00].

2. A lo que se puede añadir, "

que la decisión empresarial de dejar sin efecto el despido producido días antes no puede tener la eficacia de establecer 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. A ello debe añadirse que el despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el

artículo 49.1.k) del [Estatuto de los Trabajadores \(RCL 1995, 997\)](#)

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. Ello supone que la decisión empresarial de despedir implica la inmediata extinción del vínculo laboral con la lógica consecuencia del cese de las obligaciones recíprocas derivadas del contrato de trabajo. Pues bien, 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 (

[artículos 1261](#)

y

[1262](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27 \)](#)

), lo que fue contemplado por el

Tribunal Supremo en [sentencia de 17 de diciembre de 1990 \(RJ 1990, 9798\)](#)

. Pero lo que no puede aceptarse es que la sola voluntad empresarial de dejar sin efecto una decisión extintiva ya comunicada y hecha efectiva, vincule al trabajador y le obligue a reanudar una relación contractual que ya no existe, pues ello supondría contravenir el principio general de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (

[artículo 1256 CC](#)

) [...] Es indiferente a estos efectos que en el supuesto fáctico que contempla la referida

[sentencia de esta Sala de 1 de julio de 1996 \(RJ 1996, 5628\)](#)

, el ofrecimiento de readmisión se hiciese después de presentada la demanda, ya que lo decisivo es que en los tres casos -sentencias recurrida, de contraste y la aludida de esta Sala- el trabajador impugnó inicialmente el despido mediante la papeleta de conciliación ante el SMAC, que terminó sin efecto; intento conciliatorio que constituye un presupuesto del proceso mismo (

artículo 63 de la [ley de Procedimiento Laboral \(RCL 1995, 1144, 1563\)](#)

) y por tanto es un requisito esencial, juntamente con la demanda para constituir validamente la relación jurídico-procesal [...] por último hay que destacar que para apreciar la existencia de una voluntad extintiva de la relación laboral por parte del trabajador -dimisión- es preciso que exista un comportamiento de éste que de forma clara, evidente e inequívoca ponga de manifiesto dicha voluntad; lo que no concurre en el presente caso; en tal sentido se ha pronunciado retiradamente

esta Sala ([sentencia de 21 de noviembre de 2000 \(RJ 2001, 1427\)](#)

, entre otras muchas)

" [FJ 3º y 4º, STS 3-7-2001, rcud. 3933/00].

3. En esta misma línea doctrinal, cabe mencionar también nuestras más recientes [sentencias de 7 de octubre de 2009 \(RJ 2009, 5664 \)](#) (R. 2694/08), dictada por el Pleno de la Sala , y la de [7 de diciembre de 2009 \(RJ 2010, 255\)](#) (R. 210/09), en la que, aunque se trataba de un supuesto de preaviso de despido y por ello entendimos que el contrato permanecía vivo y cabía la retractación empresarial, volvimos a reiterar (FJ 2º) 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 (

S.TS. de 3 de julio de 2001 (rcud. 3933/2000

),

[24 de mayo de 2004 \(RJ 2004, 7097\)](#) (rcud. 1589/2003

),

[11 de diciembre de 2007 \(RJ 2008, 1210\)](#) (rcud. 5018/2006

)

y 7 de octubre de 2009 (rcud. 2694/2008

) entre otras)

".

4. Y si no resultaba obligado para el trabajador aceptar la oferta de readmisión que el empresario le formuló en el acto de conciliación administrativa, tal vez la mejor solución empresarial para limitar hasta entonces el devengo de los salarios de trámite, al margen de su eventual compensación "hasta que [el despedido] hubiera encontrado otro empleo" (art. 56.1b) [ET \(RCL 1995, 997 \)](#)) o, en su caso, su incidencia respecto a posibles prestaciones de desempleo del afectado, no era insistir en esa oferta de reincorporación después de extinguido el vínculo con carácter constitutivo, sino sustituirla por la alternativa de la indemnización, consignándola, beneficiándose así de dicha limitación en la forma prevista de modo expreso en el párrafo segundo del art. 56.2ET , en la redacción vigente en la fecha en que se produjeron los despidos (31-5-2011), porque -insistimos- "

lo que no puede aceptarse es que la sola voluntad empresarial de dejar sin efecto una decisión extintiva ya comunicada y hecha efectiva, vincule al trabajador y le obligue a reanudar una relación contractual que ya no existe".

La "opción" que el empresario dice haber ejercitado en el momento de la conciliación administrativa no es tal porque la misma sólo podría haberla efectuado, y a los efectos que aquí se dilucidan (la extensión de los salarios de tramitación), bien una vez concluido el proceso de despido "en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia" (art. 56.1ET) que declarara su improcedencia, o bien, cuando así lo reconociera el propio empleador "si ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste" (art. 56.2.2ºET).

CUARTO

.- Todo lo dicho conduce, de conformidad con lo mantenido en el preceptivo dictamen del Ministerio

Fiscal, a la estimación del recurso, a la casación y anulación de la sentencia recurrida y a que, resolviendo el debate de suplicación, se desestime el recurso de tal clase interpuesto en su día por la empresa, manteniendo así el pronunciamiento de instancia; 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 la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Ignacio frente a la [sentencia dictada el 23 de marzo de 2011 \(AS 2012, 904\)](#) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 260/2012 . Casamos y anulamos la sentencia recurrida, y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de tal clase y confirmamos la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Oviedo, autos núm. 565/2011, seguido a instancias del ahora recurrente contra ASTURIANA GALVANIZADORA SA. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo Jurisprudencial 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. Maria Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El presente texto se corresponde exactamente con el distribuido de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), en cumplimiento de lo establecido en el artículo 3.6 b) del Reglamento 3/2010 (BOE de 22 de noviembre de 2010). La manipulación de dicho texto por parte de Editorial Aranzadi se puede limitar a la introducción de citas y referencias legales y jurisprudenciales.