



Roj: **STS 1698/2003 - ECLI:ES:TS:2003:1698**

Id Cendoj: **28079140012003101134**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/03/2003**

Nº de Recurso: **2757/2002**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación. Unificación de doctrina**

Ponente: **MILAGROS CALVO IBARLUCEA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a doce de Marzo de dos mil tres.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. PEDRO JIMÉNEZ GUTIÉRREZ en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. contra la sentencia de fecha 14 de mayo de 2002, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 1226/2002, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2001, dictada por el Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid, en autos nº 684/2001, seguidos a instancia de D<sup>a</sup> Almudena contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido el letrado D. ALEJANDRO COBOS SÁNCHEZ en nombre y representación de D<sup>a</sup> Almudena .

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 29 de Noviembre de 2001 el Juzgado de lo Social nº 21 de Madrid dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: "1º) DOÑA Almudena inició la prestación de sus servicios en el Banco Bilbao, en Madrid desde el 26-5-69 como Oficial de Segunda Administrativo, y solicitó el 7-7-78 excedencia voluntaria por dos años, con efectos desde el 3 de agosto de 1978, situación que se prorrogó en dos ocasiones, el 1-7-80 y el 5-7-82, también por plazo de dos años la primera y uno la segunda, y el 20-7-83, recibió comunicación de la entidad bancaria, en la que se le decía: "Nos referimos a su carta de fecha 1 de julio por la que se solicitaba el reingreso de excedencia al finalizarle la que ahora disfruta el próximo 3 de Agosto. Le comunicamos que ha quedado debidamente anotada en nuestros registros y se tendrá en cuenta cuando surja vacante de su categoría. Con este motivo, aprovechamos la ocasión para saludarla atentamente." 2º) El 6-8-01, solicitó la hoy actora su reincorporación a la demandada BBVA, S.A. que respondió el 17 de dicho mes, en los siguientes términos: "Como contestación a su escrito, por el que se solicita el reingreso en el Banco le manifestamos que no es posible acceder a sus deseos, ya que en razón de las modificaciones organizativas habidas desde que dejó Vd. el trabajo, no se prevé la existencia de vacante de su grupo profesional, ni ahora ni en el futuro. En consecuencia, consideramos extinguida, y a todos los efectos, la relación laboral que le unía con este Banco." 3º) Interpuso papeleta de conciliación el 31-8-01, en concepto de despido contra la demandada, que tuvo lugar el 13-9-01, sin efecto, con expresa oposición de la empresa. 4º) Según certificación expedida por el Departamento de Personal de la entidad BBVA, S.A. -folio 85- el importe del salario anual que correspondería a la trabajadora en el año 1978, sería un total de 651.594 pts. y el del año 2001 por todos los conceptos de 3.431.931 pts."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que debía de estimar parcialmente la demanda interpuesta por DOÑA Almudena en concepto de DESPIDO contra el BBVA, S.A. calificándolo de IMPROCEDENTE y condenando a dicha demandada a que opte entre la readmisión en idénticas condiciones que tenía la trabajadora, o al pago de una indemnización de 3.968.170 pts. (23.849,18 euros), y asimismo al



pago de los salarios de tramitación dejados de percibir desde su última petición de incorporación el 6-8-01 y hasta la fecha de notificación de la presente resolución."

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. PEDRO JIMÉNEZ GUTIÉRREZ actuando en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha , en la que consta el siguiente fallo: "Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, en procedimiento por despido seguido a instancias de D<sup>a</sup> Almudena frente a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA y en consecuencia confirmamos íntegramente la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2001 dictada por el Juzgado de lo Social nº 21 en autos 684/01, condenando al recurrente a la pérdida de los depósitos y consignaciones a los que se dará el destino legal, así como al pago de los honorarios de Letrado de la parte recurrida que se fijan en 300 euros."

TERCERO.- Por el Letrado D. PEDRO JIMÉNEZ GUTIÉRREZ en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada mediante escrito en el Registro General de este Tribunal el 17 de julio de 2002, fundado en los siguientes motivos: 1.- Contradicción de la sentencia recurrida con las dictadas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en fecha 2 de febrero de 1987. y por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 23 de junio de 1998 (Recurso 1892/1998). 2.- Infracción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, en relación al 46 del mismo cuerpo legal. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 2 de febrero de 1987 (Recurso 1236/86).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 9 de diciembre de 2002 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte demandada para que formalicen su impugnación en el plazo de diez días, habiéndolo verificado mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el 27 de diciembre de 2002.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE. Instruida la Excm. Sra. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de Marzo de 2003.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La trabajadora, excedente voluntaria de la empresa desde el 3 de Agosto de 1978, solicitó el reingreso por última vez el 6 de Agosto de 2001, contestándole por escrito la empleadora mediante carta del mismo mes en la que se le hace saber que no se prevé la existencia de vacante ni siquiera en el futuro, considerando extinguida la relación laboral. Interpuesta demanda por despido la misma fué estimada por el Juzgado de lo Social que calculó las pertinentes indemnizaciones a razón del salario que hubiera correspondido percibir a la fecha del despido, extremo este último con el que la empresa mostró su disconformidad a través del recurso de suplicación que fué desestimado y en el presente recurso de casación para unificación de doctrina.

SEGUNDO.- El recurso que se formula cumple las exigencias del artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, al plantearse sobre dos soportes fácticos iguales, trabajadores en excedencia voluntaria que instaron su readmisión siéndoles denegada por la empresa, que obtuvieron sentencia estimatoria de despido con la diferencia de que en la sentencia recurrida las indemnizaciones se calculan con arreglo al salario que hubiera percibido el trabajador de producirse el reingreso, y en la de contraste, sentencia de esta Sala de 2 de Febrero de 1987, Recurso 1236/1986, se calcularon con arreglo al salario dejado de percibir en la fecha de la excedencia, mostrándose así la necesaria divergencia en los pronunciamientos.

TERCERO.- Alega la recurrente infracción del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, motivo amparado en la modalidad de infracción legal a diferencia del planteamiento del motivo suscitado en la sentencia de contraste, al amparo del artículo 167-5 de la Ley de Procedimiento Laboral, a tenor de la redacción del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1568/1980 de 13 de Junio, que se realiza bajo la fórmula de error de hecho en la apreciación de la prueba al pedir que se tenga en cuenta la prueba documental que cita y en la que figura el salario que correspondía percibir en la fecha de comienzo de la excedencia, resolviendo la estimación del motivo con la afirmación de que ese salario es el computable y no el que la sentencia acepta, referido al que en la fecha de solicitud del reingreso percibe un trabajador de su categoría. La definición del módulo correcto para el cálculo de la indemnización de un despido improcedente cuando el afectado es un trabajador en excedencia deberá tener en consideración que el cómputo de antigüedad se limita al del tiempo que el trabajador permaneció en activo, Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Junio de 1998, Rec. 008/3044/1997, y que no cabe imponer salarios de tramitación porque en la fecha en que se



ha perdido definitivamente la oportunidad de reincorporación no se estaba devengando remuneración alguna y no existe pérdida a compensar, asimismo Sentencia de Tribunal Supremo de 26 de Junio de 1998, Recurso 008/3044/1997. La citada sentencia a la que también alude la recurrente establece, sin embargo, como módulo salarial el vigente en la fecha del despido. La decisión de este punto deberá tomar en consideración el daño producido por la no reincorporación y si éste se concreta en la posición ocupada en la empresa al tiempo de la excedencia o en la fecha en que su reincorporación se hace imposible. La noción histórica de la institución que se contempla, el despido declarado improcedente, obliga a considerar los fines perseguidos por la misma. En la fórmula que de modo original e inmediato surtía sus efectos, el disciplinario, el trabajador se enfrenta a la pérdida del puesto de trabajo por causas que no le son imputables en el curso de una relación a la que el empresario pone fin atendiendo a su propio criterio acerca de los acontecimientos, criterio que no se ve convalidado en la decisión judicial. Dicha decisión no obstante va a producir unos efectos de suerte que pese a su no convalidación no por ello va a resultar ineficaz. Las consecuencias serán las de una extinción indemnizada de la relación laboral, en el caso de que así lo decida el empleador pues de tal naturaleza es la eficacia de su decisión aun censurada en la sentencia que es su voluntad la que decide acerca de la permanencia del vínculo salvo la excepción prevista. Así las cosas, aunque se declare contraria a Derecho la decisión empresarial de poner fin a la relación laboral, y siguiendo en el marco del despido improcedente, sigue surtiendo efectos acompañada, eso sí, de la carga indemnizatoria. Se reconoce por tanto a la empresa el derecho a decidir quienes pueden continuar en su seno pero al mismo tiempo se le impone un deber económico que participa de una doble naturaleza, la medida de castigo por ejercitar sus facultades de exclusión en unas premisas no acordes con la normativa aplicable y la compensación al trabajador por la pérdida, que de manera inmediata, ha sufrido al dejar de percibir los salarios de tramitación y el daño supuesto que le ocasiona volver a salir al mercado de trabajo con una difícil expectativa., En ambos casos, al daño se le ofrece un mismo referente, el salario que percibía en la fecha de despido. En la definición de los salarios de trámite es clara su vinculación dada la inmediatez. En la indemnización a razón de 45 días por año de servicio, la razón ya no puede ser la misma pues estamos calculando con salarios actuales una indemnización que utiliza como multiplicador del salario diario una cifra que aumenta a medida que nos alejamos del presente y retrocedemos hasta el momento en que la relación comenzó, No ha querido el legislador, ni ello gozaría de lógica que se emplee un módulo salarial atemperado a cada uno de los años de servicio que van a servir para obtener el multiplicador. La razón está en que no nos hallamos en presencia de un premio a la antigüedad sino de la formación de un capital que ayude al trabajador a afrontar el tiempo que transcurra hasta el hallazgo de un nuevo empleo y esa circunstancia adversa transcurre en el nivel actual de precios y la expectativa razonable de su elevación. La necesidad que de presente se suscita requiere ser gestionada con medios que también son actuales.

En cuanto al ejercicio de una acción por despido originada en una relación laboral que se ha mantenido en suspenso hasta el momento en que la excedencia toca a su fin y que desemboca en una declaración de despido improcedente, pese a las peculiaridades que presenta una relación en la que se interrumpe la prestación de servicios, el pago de salarios y el cómputo de la antigüedad, lo cierto es que todas esas características se encierran en un paréntesis de la historia laboral del trabajador que finaliza al término de la excedencia y para el caso de que el mismo quiera reingresar. La conjunción de ambas circunstancias, que el trabajador quiera reingresar y que se den las condiciones para ello, hace que la relación cobre nueva vitalidad en dos fases, la primera dependiente de una condición, hasta que se haya materializado la expectativa nominada como derecho preferente a una vacante, etapa en la que el trabajador no genera derecho alguno en materia de salarios, prestación de servicios y antigüedad. La segunda a partir del momento en que dicha materialización se produce. A partir de ese momento no hay diferencia en cuanto a tales aspectos entre un trabajador excedente y otro que se encuentra en plantilla y de ahí que las consecuencias deban ser idénticas entre ambos. Es cierto que en las presentes actuaciones la declaración de despido improcedente no se produce a raíz de la materialización de una vacante sino de una posición terminante adoptada por la empresa negando de plano la conservación de la expectativa cualesquiera que puedan ser los acontecimientos o previsiones de futuro, lo que determina en el trabajador excedente una posición idéntica a la que ocupa el trabajador al que se deniega el reingreso existiendo una vacante actual, al menos en cuanto a los parámetros que servirán para modular el daño causado, que se origina desde el momento en que la empresa sustituye el devenir circunstancial por su propia autoridad y con un contenido negativo haciendo inoperante el artículo 46-5º del Estatuto de los Trabajadores. Deberá ser la retribución que a partir de ese momento debiera percibir y no la que rigiera en el pasado la que deberá servir para establecer el montante indemnizatorio, criterio que esta Sala ha aplicado en sentencias de 28 de octubre de 1998 (Rec. 008/599/1998) y de 26 de junio de 1998 (Rec. 008/3044/1997) sirviendo cuanto antecede para la desestimación del recurso, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, con imposición a la recurrente de las costas a tenor de lo preceptuado en el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral.



## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. PEDRO JIMÉNEZ GUTIÉRREZ en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. frente a la sentencia de fecha 14 de mayo de 2002, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 1226/2002, Se declara la firmeza de la sentencia. Se acuerda la imposición de las costas a la recurrente con pérdida del depósito para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala 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. María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ