



Roj: **STS 8032/2011 - ECLI:ES:TS:2011:8032**

Id Cendoj: **28079140012011100668**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/11/2011**

Nº de Recurso: **767/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE LUIS GILOLMO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 10922/2010,**
STS 8032/2011

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Noviembre de dos mil once.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de DON Ángel Daniel contra sentencia de fecha 17 de diciembre de 2010 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso núm. 4035/10, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por el ahora recurrente contra la sentencia de fecha 24 de febrero de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Tarrasa, en autos núm. 544/09, seguidos por DON Ángel Daniel frente a NTEGES TOT NET, S.A., B. BRAUN MEDICAL, S.A. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL.

Ha comparecido en concepto de recurrida la Procuradora Doña Rosalía Rosique Samper, en nombre y representación de NETEGES TOT NET, S.A.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 24 de febrero de 2010 el Juzgado de lo Social núm. 1 de Tarrasa dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, desestimando la demanda interpuesta por DON Ángel Daniel contra NETEGES TOT NET S.A., BRAUN MEDICAL S.A. y FONDO DE GARANTIA SALARIAL, absuelvo a los demandados de las pretensiones de la demanda."

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1. El actor ha prestado servicios por cuenta y dependencia de NETEGES TOT NET S.A. desde el 8 de marzo de 1993 con una categoría profesional de supervisor y un salario bruto diario de 123,12 euros.

2. El actor no es representante de los trabajadores, ni la ha sido en el año anterior al despido.

3. BRAUN MEDICAL S.A. tiene contratada con NETEGES TOT NET S.A. la realización por parte de ésta de un servicio de limpieza de instalaciones y maquinaria. El contrato suscrito al efecto, en su redacción correspondiente al año 2009, es el obrante en el documento nº 11 de NETEGES TOT NET S.A., que se da por reproducido.

4. El actor ha venido prestando sus servicios en un local de BRAUN MEDICAL S.A. Los trabajadores de NETEGES TOT NET S.A. que prestaban servicios en el local de Braun empleaban maquinaria de trabajo, material y ropa propiedad de NETEGES TOT NET S.A., si bien podían emplear para la realización de tareas de limpieza algunos elementos propiedad de Braun y que se hallan en las instalaciones, como es e caso



de un brazo móvil para ascender a la zona de limpieza, una plataforma móvil o escaleras de emergencia móviles. Únicamente para entrar en las llamadas zonas blancas de Braun, los trabajadores de Tot Net usaban unos monos proporcionados por Braun Medical, al igual que toda persona que entraba en tales áreas. Había una persona de contacto de Braun, que señalaba qué se había de limpiar y cuando; NETEGES TOT NET S.A. gestionaba el cómo se verificaba dicha limpieza. La fijación de turnos, horarios y vacaciones era decidida por NETEGES TOT NET S.A. Los trabajadores de NETEGES TOT NET S.A. podían acceder a la cantina de Braun. Los containers y compactadores de basura eran de Braun.

5. Las funciones del actor se las reparten ahora un jefe de equipo y un encargado general de NETEGES TOT NET, S.A., de los tres que tiene dicha empresa.

6. Los trabajadores de NETEGES TOT NET S.A. han venido realizando horas extras en Braun, a razón de un promedio mensual de entre 150 y 200 horas. Tales horas se realizando cuando se piden trabajos extra y se han seguido realizando tras el despido del actor, aunque en menor número.

7. NETEGES TOT NET S.A. dio por extinguido el contrato del actor con efectos de 3 de abril de 2009 por los motivos reflejados en el documento nº 11 con la demanda, que se da por reproducido en su integridad y que fue comunicado al actor el 2 de marzo de 2009. En la indicada comunicación se señalaba una indemnización de 24.274,20 euros, cuyo importe fue entregado por medio de un cheque al actor el 9 de marzo de 2009.

8. El 19 de junio de 2009 NETEGES TOT NET S.A. comunicó al demandante que había observado irregularidades formales en la extinción del contrato del actor comunicada el 2 de marzo de 2009, al no computar la antigüedad real para calcular el importe de la indemnización; por lo que NETEGES TOT NET S.A. había decidido dejar sin efecto el despido de 3 de abril de 2009, comunicando que daba de alta al actor en la empresa, cotizaba las cuotas correspondientes a la Seguridad Social y que abonaba al demandante los salarios dejados de percibir desde el 3 de abril de 2009 hasta el 19 de junio de 2009, por importe de 9.356,37 euros brutos o 6.966,39 euros netos, según la comunicación, que serían abonados al actor una vez éste comunicase si había cobrado prestaciones por desempleo; indicándose que en caso de que así fuera se procedería a la regularización una vez abonado el importe que correspondiese al INEM, y que en caso negativo se transferirían a la cuenta del actor. En la indicada comunicación se señalaba también que se enviaba al actor una nueva carta de despido con efectos de 19 de junio de 2009.

9. Junto con la anterior comunicación se entregó al demandante una comunicación por despido basado en causas productivas y organizativas, con efectos de 19 de junio de 2009. Dicha comunicación se ha aportado como documento nº 4 con el escrito de la parte actora de 15 de julio de 2009 y se da por reproducida. En el indicado escrito se señalaba que el importe de la indemnización de 20 días de salario por año de servicio ascendía a la cantidad de 39.596,60 euros, de los que se señalaba que el actor había percibido la cantidad de 24.274,20 euros y que la diferencia de 15.322,30 euros se habían ingresado en la indicada fecha en la cuenta del actor, así como la suma de 2.159,95 euros netos, según la comunicación, correspondientes al preaviso. La suma de tales conceptos, por importe de 17.482,25 euros, fue abonada por medio de transferencia al actor el 19 de junio de 2009.

10. El 8 de julio de 2009 el actor remitió a NETEGES TOT NET S.A. un escrito en el que señalaba que "la presente es para dar respuesta a su burofax de fecha 19 de junio de 2009, por el que procedían a mi readmisión y, a su vez, a comunicarme de nuevo mi despido. De nuevo de he mostrar mi disconformidad con su decisión que sigo considerando nula e improcedente, y por ello les comunico que seguiré buscando la tutela judicial efectiva de los tribunales, manteniendo la impugnación de su decisión extintiva. A su vez les requiero para que insten mi alta en la Seguridad Social con efectos desde la extinción inicial del 3 de abril de 2009, cotizando por ese nuevo periodo, y, a su vez, ingresen en mi cuenta bancaria habitual el importe de todos los salarios de tramitación devengados desde la fecha de su primer despido nulo (03/04/2009) hasta la fecha de su nuevo despido (19 de junio de 2009), sin que sobre dicha cantidad puedan descontar cantidad alguna. Igualmente, y respecto a la nueva liquidación de partes proporcionales derivada de esta readmisión, la misma también podrán ingresarla en mi cuenta bancaria habitual".

11. El 18 de septiembre de 2009 el actor remitió a NETEGES TOT NET S.A. un escrito en el que señalaba que "como sea que no atendieron el requerimiento efectuado en mi burofax de 7 de julio de los corrientes, para el abono de la nueva liquidación de partes proporcionales y de los salarios de tramitación devengados como consecuencia de su readmisión irregular, que mediante este nuevo aviso les reitero mi petición, sin perjuicio de poner en su conocimiento su demora intencionada al Juzgado Social, en el momento procesal oportuno. Como han tenido ocasión de comprobar, no procede descuento alguno por su parte del crédito salarial que me adeudan, ello no obstante, adjunto a la presente resolución de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal, según la cual esta Administración ha procedido a la compensación de las cantidades que



he percibido de más como prestación por desempleo, como consecuencia de la readmisión irregular que Uds efectuaron".

12. El demandante figura de baja en la Seguridad Social en relación a NETEGES TOT NET S.A. desde el 19 de junio de 2009. Desde el 20 de junio de 2009 figura como receptor de las prestaciones de desempleo.

13. El 1 de octubre de 2009 el SPEE declaró la existencia de una responsabilidad empresarial de NETEGES TOT NET S.A. por una cuantía de 2.450,03 euros por el abono al actor de una prestación por desempleo durante el periodo de 4 de abril de 2009 al 30 de mayo de 2009, que debía deducirse de los salarios dejados de percibir e ingresarse en la Tesorería General de la Seguridad Social. NETEGES TOT NET S.A. ingresó dicha suma en la Tesorería General de la Seguridad Social el 28 de octubre de 2009.

14. El 28 de octubre de 2009 NETEGES TOT NET S.A. transfirió al actor la suma de 5.311,37 euros en concepto de salarios y liquidación pendiente. El 5 de noviembre de 2009 transfirió al actor la suma de 2.314 euros en concepto de vacaciones.

15. El hermano del demandante es titular de una empresa de limpieza, en la que el actor ha prestado en alguna ocasión servicios después del 19 de junio de 2009.

16. El 22 de abril de 2009 el actor presentó papeleta de conciliación. El acto de conciliación se celebró el 25 de mayo de 2009, resultando sin efecto frente a BRAUN MEDICAL S.A., que no asistió al acto, y sin avenencia frente a NETEGES TOT NET S.A., que sí asistió al indicado acto. La demanda que ha dado origen a las presentes actuaciones se interpuso el 26 de mayo de 2009.

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por Don Ángel Daniel ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 17 de diciembre de 2010, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimamos el recurso de suplicación que formula Ángel Daniel, contra la sentencia del Juzgado Social 1 de Terrassa, de fecha 24 de febrero de 2010 autos nº 544/2009, seguidos a instancia de aquél contra NETEGES TOT NET S.A., BRAUN MEDICAL S.A. y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, en materia de despido, debemos de confirmar y confirmamos la citada resolución en todos sus pronunciamientos."

CUARTO.- Por la Procuradora Doña Montserrat Sorribes Calle, en nombre y representación de Don Ángel Daniel, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 22 de septiembre de 2005, recurso núm. 3365/05.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 12 de mayo de 2011 se procedió a admitir 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 Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de noviembre de 2011, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. En el presente recurso de casación para la unificación de doctrina se impugna por el trabajador demandante la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 17 de diciembre de 2010 (R. 4035/10), que desestimó el recurso de suplicación planteado por él mismo frente a la decisión del Juzgado de lo Social número 1 de los de Tarrasa que, a su vez, había desestimado la demanda rectora de las actuaciones. Según consta en el relato fáctico de la sentencia de instancia, incuestionado en suplicación y transcrito en su integridad en los antecedentes históricos de esta resolución, el trabajador recibió comunicación de despido por causas objetivas el 2 de marzo de 2009, con efectos del 3 de abril del mismo año, y después de que hubiera presentado la papeleta de conciliación el 22 de abril, e incluso después también de que hubiera interpuesto la demanda origen de los presentes autos (el 26-5-2009), recibió otra nueva comunicación empresarial en la que se le decía que, habiéndose observado irregularidades formales en la primera al no computar la antigüedad real para calcular el importe de la indemnización, se dejaba sin efecto aquél primer despido. Esta nueva comunicación se le hizo el 19 de junio de 2009 y en ella, además de informarle de que se le daba de alta en la empresa, que se cotizaban las cuotas correspondientes a la Seguridad Social y que se le abonarían salarios de trámite desde el 3 de abril hasta el 19 de junio de 2009 una vez se regularizara por el INEM, en su caso, las prestaciones por desempleo, se adjuntaba una nueva carta de despido, basada en causas productivas y organizativas, con efectos de ese mismo 19 de junio de 2009. Esta segunda decisión extintiva no consta impugnada.

La sentencia ahora recurrida en casación unificadora confirma la falta de acción acordada en la instancia, razonando, en síntesis, que el trabajador sólo impugnó el primer despido, pero no el segundo, y que debió



formular otra demanda porque el primero quedó sin efecto en la propia comunicación del segundo, sin que pueda ser atendida la alegación actora de readmisión irregular, al tratarse de un hecho nuevo no aducido en la demanda e introducido ex novo suplicación, y sin que la Sala aprecie tampoco la infracción del art. 110.4 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), al no ser de aplicación el plazo de 7 días previsto en dicha norma por no haberse producido en el caso enjuiciado sentencia alguna que declarara la improcedencia del primer despido.

2. El recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto sólo por el trabajador demandante denuncia la infracción del art. 49.1.d) del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con el apartado k) del mismo nº y precepto y con el art. 53.4 del ET, así como la inaplicación de los arts. 7.2 y 1258 del Código Civil, e invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia el 22 de septiembre de 2005 (R. 3365/05). En esta resolución, en efecto, se enjuicia un asunto sustancialmente igual pues también en él se produjo un primer despido de tres trabajadores por causas objetivas, con efectos del 6 de enero de 2005, y, después de advertir defectos formales en esa primera comunicación, la empresa acordó dejarlos sin efecto, volviendo a despedir a los actores mediante carta de 8 de febrero de 2005 aunque dispensándolos de la obligación de acudir al centro de trabajo (una cafetería) al permanecer éste cerrado desde el 6 de enero del mismo año. La sentencia referencial no aprecia en este caso la falta de acción opuesta por la empresa, al entender, en esencia, que el ofrecimiento de readmisión no restablece el contrato ya extinguido por el primer despido, ni que el rechazo a tal readmisión constituya un abandono del puesto de trabajo cuando la oferta se hace en conciliación extrajudicial o una vez presentada la demanda porque desde ese momento queda constituida la relación jurídico procesal.

3. Como se adelantó, es claro que concurre el requisito de la contradicción que exige el art. 217 de la LPL porque, en definitiva, la recurrida aplica la previsión del art. 53.4, primer párrafo in fine ("La posterior observancia por el empresario...") del ET en su formulación literal, deduciendo de ella que el segundo despido enerva y priva de efecto alguno al primero, hasta el punto de que el trabajador carece de la acción impugnatoria respecto al mismo y, si quiere combatir la medida empresarial, sólo puede hacerlo impugnando judicialmente aquél. Por el contrario, la resolución de contraste entiende que la readmisión constituye un mero ofrecimiento y no restablece el contrato ya extinguido por el primer despido, con lo que, en realidad, viene a condicionar la eficacia de la readmisión, y la aplicación en ese sentido de la referida norma, a la existencia de un acuerdo de las partes en orden a la reanudación del vínculo laboral extinguido por la primera decisión empresarial, dada la naturaleza constitutiva de esa primera extinción acordada unilateralmente por el empresario.

El Ministerio Fiscal no duda de la concurrencia de la contradicción pero la empresa, en su escrito de impugnación, la niega aduciendo que, en la recurrida, el segundo despido tuvo como finalidad subsanar una "irregularidad" consistente en no computar la antigüedad real correcta del demandante, mientras que en la sentencia referencial sólo se habla de "anomalías en la primera carta", sin especificar en qué consistían éstas, y no consta que la segunda carta de despido fuera distinta de la anterior. También sostiene la empresa, para descartar igualmente la contradicción, que su actividad seguía en funcionamiento en el momento de producirse el nuevo despido y que se declara probado que se abonaron al actor los salarios dejados de percibir durante el período comprendido entre uno y otro despido, mientras que en el caso de la sentencia de contraste la empresa ya estaba cerrada al producirse el nuevo despido y no consta que se abonara a los trabajadores tales salarios.

Pero ninguna de esas diferencias, sobre cuya relevancia nada se razona, de existir (no es del todo cierto que se declare probado el abono real de los salarios antes referenciados porque el ordinal octavo sólo alude a una futura compensación con respecto a la entonces hipotética prestación de desempleo, el ordinal décimo da cuenta del requerimiento del trabajador para que se le abonaran realmente y únicamente el ordinal decimocuarto alude a determinados pagos que la empresa transfirió al actor en concepto de "salarios y liquidación pendiente" y "vacaciones", aunque tales transferencias se hicieron, según refleja el propio ordinal, en octubre y diciembre de 2009, es decir, bastante después de la presentación de la demanda por el primer despido e incluso después del segundo), permiten descartar la contradicción en los términos que ya hemos analizado, máxime cuando en ninguno de los dos supuestos sometidos al juicio de identidad existe el más mínimo indicio de que la revocación de la primera decisión extintiva empresarial (el primer despido) hubiera sido pactada de consuno, es decir, con el consentimiento, aunque fuera tácito, por parte de los trabajadores, y, como enseguida veremos, esa ausencia absoluta de consentimiento, unida a la eficacia extintiva y al carácter constitutivo de la primera decisión empresarial, es elemento determinante para la correcta resolución del recurso.

SEGUNDO.- El recurso merece favorable acogida, siguiendo así la consolidada tesis de esta Sala al analizar idéntica cuestión, aunque referida hasta ahora a los despidos disciplinarios, por las siguientes y resumidas consideraciones:

1) Porque, en cualquier caso, el despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato por el art. 49.1.l) del ET, exactamente igual que la prevista en su apartado k), de modo las "causas objetivas" también



producen efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento sobre su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción (entre otras, SSTS, del Pleno, de 31-1-2007 y 7-10-2009, RR. 3797/05 y 2694/09; 10-11-2004, R. 5837/03; 12-2-2007, R. 99/2006; 30-3-2010, R. 2660/09; y todas las que en ellas se citan).

2) Porque, aunque, como igualmente resume la sentencia citada en último lugar (TS 30-3-2010), en los despidos disciplinarios cabe "la posibilidad de un segundo despido durante la tramitación de la impugnación de otro anterior ... a partir de la consideración de la falta de firmeza de éste" (TS 6-10-1984 y 8-4-1986), sin perjuicio "del efecto extintivo del acto empresarial de despido al margen de su impugnación" (TS 8-4-1988, 7-12-1990, 20-6-2000 y 15-11-2002), la misma solución se impone respecto a la regulación contenida en el art. 53.4 "in fine" del ET, porque, como ese precepto establece, la "posterior observancia por el empresario de los requisitos incumplidos no constituirá, en ningún caso, subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo acuerdo de extinción con efectos desde su fecha".

3) Porque en estos casos, el segundo despido objetivo, lo mismo que si fuera disciplinario, se configura igualmente como una decisión preventiva para el supuesto de que el primero no gane firmeza (TS 4-2-1991 y 16-1-2009 citada).

4) Porque, también igual que en los disciplinarios, "si con posterioridad la primera decisión extintiva gana firmeza el segundo despido pierde incluso esa eficacia puramente cautelar y no puede declararse de nuevo extinguido lo que ya lo está de manera firme ... pero de no ser así el segundo despido puede desplegar una eficacia propia, sin perjuicio de lo que resulte de su impugnación" (STS 16-1-2009, R. 88/2008).

5) Y porque, en fin, tal como así mismo hemos declarado en relación con el despido disciplinario, debemos entender como algo "incondicionalmente cierto" o "necesariamente válido" (DRAE), esto es, 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 art. 24.1 CE, no es apreciable anomalía alguna en el ejercicio de la acción, una voluntad de perjudicar o posibles daños y perjuicios no legítimos" (FJ 4º.3. STS 7-10-2009, del Pleno, R. 2694/08, ya citada).

En definitiva, procede la estimación del presente recurso de casación para la unificación de doctrina pues, como ya adelantamos al analizar la contradicción, no existe en autos el más mínimo indicio de que la reanudación del vínculo laboral se hubiera intentado siquiera con el consentimiento tácito del trabajador, lo que unido a todo lo precedentemente razonado, determina que, resolviendo el debate de suplicación, debamos estimar en parte también el de tal clase interpuesto en su día por el trabajador demandante, para revocar así la decisión de instancia que declaró su falta de acción para impugnar el primer despido, y, con devolución de las actuaciones al Tribunal de Cataluña, para que se dicte una nueva sentencia por el Juzgado de lo Social en la que, partiendo de la existencia de dicha acción impugnatoria, resuelva el resto de las cuestiones planteadas en la demanda. Sin costas.

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

FALLAMOS

Estimamos el recursos de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Ángel Daniel frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de diciembre de 2010, dictada al resolver el recurso de suplicación formulado por el propio demandante contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de los de Tarrasa, dictada en procedimiento por despido número 544/09, instado por él mismo contra "NETEGES TOT NET, S.A.", "BRAUN MEDICAL, S.A." y FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. Y resolviendo el debate de suplicación estimamos en parte el de tal clase interpuesto en su día por el trabajador demandante, para revocar la decisión de instancia que declaró su falta de acción para impugnar el primer despido y, con devolución de las actuaciones al Tribunal de Cataluña, para que se dicte una nueva sentencia por el Juzgado de lo Social que, partiendo de la existencia de dicha acción impugnatoria, resuelva con plena libertad de criterio el resto de las cuestiones planteadas en la demanda. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo 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. Jose Luis Gilolmo Lopez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ