



Roj: **STS 4032/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4032**

Id Cendoj: **28079140012013100519**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/06/2013**

Nº de Recurso: **1311/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 1394/2012,**
STS 4032/2013

SENTENCIA

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

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Elías frente a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha 23/Marzo/2012 [recurso de Suplicación nº 265/2012], que resolvió el formulado por ASTURIANA GALVANIZADORA, S.L. contra la sentencia pronunciada en 11/Octubre/2011 por el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Gijón [autos 540/11], sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de octubre de 2011 el Juzgado de lo Social núm. 4 de Gijón dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda de despido interpuesta por Don Elías CONTRA LA EMPRESA ASTURIANA GALVANIZADORA S.L., debo declarar y declaro improcedente el despido sufrido por la parte actora con efectos de 31 de mayo de 2011, y condeno a la empresa demandada a que, de conformidad con la opción que realice dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, readmita al trabajador o le indemnice con la cantidad de 17.239,95 euros; así como a que le abone los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación, en la cuantía de 58,94 euros diarios. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera".

SEGUNDO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: "1º El demandante Don Elías, con DNI NUM000, cuyas demás circunstancias personales obran en autos, venía prestando servicios por cuenta y orden de la empresa ASTURIANA GALVANIZADORA S.L. desde el 7 de octubre de 2004 y con la categoría profesional de especialista. Percibía un salario de 58,94 euros diarios, incluida prorrata de pagas extraordinarias. La relación laboral se rige por el Convenio Colectivo del Sector del Metal del Principado de Asturias.- 2º El 16 de mayo de 2011 el trabajador, igual que otros cuatro, recibió carta de despido de siguiente tenor literal: 'Muy Señor nuestro: Cúmplenos poner en su conocimiento que el próximo día 31 de mayo de 2011 finaliza el periodo vigencia del contrato suscrito con Ud. En cumplimiento de las normas vigentes sobre contratación de personal, se le comunica que con dicha fecha quedará rescindida a todos los efectos su relación laboral con esta empresa, causando baja en la misma; por lo que a partir de ese momento se le efectuará el abono de la correspondiente liquidación de haberes. Rogamos tenga a bien firmar el duplicado adjunto. Atentamente".- 3º Disconforme con el despido, el 24 de junio de 2011 el actor presentó papeleta de conciliación, señalándose para el acto de 4 de julio, en que se suspendió por solicitarlo las partes de común



acuerdo. El acto de la conciliación se celebró el 5 de julio de 2011, con el resultado final de sin avenencia, en el que las partes manifestaron: "la parte actora que se afirma y ratifica en el contenido de su papeleta de conciliación en la que solicita que la demandada se avenga a reconocer la improcedencia del despido de fecha 31 de mayo de 2011, notificado el 16 de mayo, y a readmitirle en su antiguo puesto de trabajo, e indemnizarle con los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar. Concedida la palabra a la demandada, manifestó: que se aviene a las pretensiones de la parte actora, y en consecuencia, accede a la petición de readmisión del actor con carácter indefinido, antigüedad de 7 de octubre de 2004 y con un salario de 58,94 euros consistente en el salario del convenio más la media de nocturnos y objetivos percibidos por el trabajador durante el último año, debiendo producirse la reincorporación en el plazo de tres días, momento en el que se le abonarán los salarios de tramitación, una vez acreditadas las sumas percibidas por los servicios públicos de empleo. Concedida de nuevo la palabra a la parte actora, manifiesta que no acepta el ofrecimiento empresarial, porque una vez roto el vínculo laboral por parte de la empresa, ésta no lo puede restablecer unilateralmente, máxime cuando la jurisprudencia ha establecido que en estos casos el trabajador tiene derecho a obtener un pronunciamiento judicial, sin que ello suponga Dimisión o abandono por parte del trabajador".- 4° Se interpuso demanda ante los Tribunales el 8 de julio de 2011 solicitando la declaración judicial de improcedencia del despido, con los efectos inherentes a la misma.- 5° El 8 de julio de 2011 la empresa remitió escrito al trabajador del siguiente tenor literal: "ASTURIANA GALVANIZADORA S.L.- D. Elias .- Valencia 6 - 6° izquierda.- 33210 GIJON (Asturias). Gijón, a 08 de Julio de 2011-10-26.- Muy Señor nuestro, Tal y como ya sabe, el pasado día 05 de Julio de 2011, tuvo lugar la celebración del preceptivo acto de conciliación ante la U.M.A.C de Gijón, en el expediente incoado en virtud de la reclamación que en materia d despido había formulado usted frente a esta empresa.- En dicho acto de conciliación, como igualmente conoce, esta empresa se avino íntegramente a todas sus pretensiones, reconociendo la improcedencia de su despido y optando por la readmisión a su puesto de trabajo, y ello porque pese a la finalización real de la obra para la que había sido contratado, por nuestros asesores jurídicos nos fue indicado el posible carácter fraudulento de la concatenación de contratos.- La opción por la readmisión se produce además ante el aumento de carga de trabajo que ha obligado a esta entidad a contrataciones temporales a través de una ETT, considerando más razonable dar ocupación a nuestra plantilla fija, entre cuyos trabajadores usted se encontraría ya.- Fue fijada como fecha para tal reincorporación la del día de hoy, 08 de Julio de 2011.- Pese al pleno reconocimiento de todas sus pretensiones (reconocimiento expreso de la calificación jurídica de improcedencia de su despido, salario, antigüedad, categoría profesional, abono de salarios de tramitación) por indicación de su letrado usted manifestó su negativa a aceptar el ofrecimiento de esta parte, manifestando que una vez roto el vínculo laboral por parte de la empleadora, esta no podía restablecerle unilateralmente, al considerar que tenía derecho a obtener un pronunciamiento judicial al respecto.- Vista su incomparecencia en el día de hoy a su puesto de trabajo, esta parte ha de reiterar su total voluntad de que se reincorpore usted al mismo en los términos ofrecidos en el acto de conciliación (puesto de trabajo, salario, antigüedad...).- Si en virtud de las indicaciones de su letrado opta usted por esperar a un pronunciamiento judicial y no reincorporarse a su puesto de trabajo, esta parte entiende en todo caso que, dada la total disponibilidad a que pueda ocupar su puesto en cualquier momento, con el reconocimiento pleno de cuantas condiciones laborales fueron establecidas por usted en su papeleta de conciliación, en tanto persista su negativa a la prestación efectiva de servicios, no generaría el derecho al percibo de sus retribuciones salariales.- En espera de sus noticias,".- 6° La referida comunicación fue contestada por la representante del trabajador mediante carta fechada el 12 de julio, según la que: "En Gijón, a 12 de Julio del 2011.- LAURA MARTINEZ FLOREZ, Graduado Social, en nombre y representación de D. Teodulfo , D. Adrian , D. Edmundo , D. Jesús Y D. Elias , y en contestación al burofax de fecha 8/7/2011, notificado a mis representados el 11/07/2011, esta parte quisiera aclarar lo siguiente: Toda relación laboral de los trabajadores con la empresa se conforma a base de contratos temporales sucesivos y siempre fraudulentos. Además, la empresa no les reconocía a ninguno de ellos su verdadera antigüedad.- El 31 de mayo de 2011 todos ellos son despedidos, también de forma claramente fraudulenta.- Antes de que los trabajadores presentasen la papeleta ante el UMAC el 24/06/2011, la empresa demandada contrata a un número importante de trabajadores temporales a través de una ETT.- El día 4/07/2011, día previsto para la celebración del Acto de Conciliación, la empresa se pone en contacto con esta parte vía telefónica ofreciendo una indemnización, que primero, ascendía a 20 días por año de servicios, después se elevó a 33 días, y finalmente, se fijó en 45 días por año de servicio.- Corno la última oferta se produjo a escasa una hora antes del Acto de Conciliación, y la misma era coincidente con las pretensiones de los trabajadores, se alcanza un acuerdo tácito entre las partes por el cual los trabajadores aceptan la indemnización ofrecida por la empresa equivalente a 45 días por año trabajado. Por todo ello, se aplaza el Acto de Conciliación para el día siguiente, día 5/07/2011, a fin de ultimar sólo los aspectos relativos al pago de dicha indemnización por parte de la empresa.- La sorpresa se produce cuando el día 5/07/2011, antes del Acto de Conciliación, se produce una llamada por parte de la empresa rompiendo el acuerdo, volviéndose atrás en el ofrecimiento de la indemnización, y cambiando éste por el ofrecimiento de la readmisión.- Los trabajadores son perfectos conocedores de que la empresa no tiene carga de trabajo como para darles ocupación efectiva, máxime cuando las necesidades actuales de la misma



se han cubierto mediante los trabajadores de una ETT que insistimos, fueron contratados justo después de despedir a mis representados, y antes de que los mismos interpusieran papeleta de conciliación.- Por todo ello, las circunstancias que rodean al ofrecimiento realizado por la empresa el mismo día de la conciliación, no reúnen los requisitos necesarios para asegurar la regularidad y seriedad del ofrecimiento de readmisión realizado por la empresa. Es más, mis representados temen que el ofrecimiento realizado por la empresa pretenda únicamente eludir su responsabilidad, y de producirse, venga seguido de un nuevo despido formulado bajo cualquier otra fórmula que sea menos costosa para la empresa.- Por lo anteriormente explicado y por lo ya manifestado en el acto de conciliación, esta parte considera que es necesario llegar a sede judicial, y que ello no impedirá, en ningún caso, el devengo de salarios de tramitación (tal como parece insinuarse al final de su comunicación), salarios de tramitación sobre los que nunca hubo una verdadera intención de abonar por parte de la empresa, puesto que en el Acto de Conciliación tuvo una oportunidad y la desaprovechó, limitándose a hacer un ofrecimiento de abono subordinado a la aceptación de la readmisión por parte de los trabajadores. Atentamente, Graduado Social: Laura Martínez Flórez".- 7º El 24 de agosto de 2011 la demandada presentó escrito ante el Decanato de los Juzgados de Gijón aportado resguardo de ingreso bancario en la cuenta de depósitos y consignaciones por importe de 3.990,37 euros que corresponde a 85 días de salarios de tramitación, entre el 1 de junio y el 24 de agosto de 2011, a razón de 58,94 euros diarios, una vez deducido el importe de 318,14 euros correspondiente a la aportación del trabajador (6,35%) a la Seguridad Social, así como 701,39 euros correspondiente a la retención cuenta de IRPF (14%).- 8º Mediante carta fechada el 24 de agosto de 2011 la empresa puso en conocimiento del trabajador que, en la misma fecha se habla procedido a depositar en la cuenta correspondiente al Decanato de los Juzgados de Gijón la cantidad de 3.990,37 euros, en concepto de importe neto de salarios de tramitación por el periodo de 1 de junio de 2011 al 24 de agosto de 2011, al mantener la empresa la opción de readmisión efectuada en su día ante el U.M.A.C..- 9º.- Por el Servicio Público de Empleo el 31 de agosto de 2011 se resolvió la revocación de prestaciones por desempleo acordadas por resolución de 15 de junio de 2011, declarando la percepción indebida de la percibida entre el 14/6/2011 y el 30/6/2011 en la cantidad de 588,20 euros, al considerar que el interesado no se encontraba en situación legal de desempleo ya que en el acto de conciliación de 5 de julio de 2011 no aceptó el ofrecimiento efectuado por la empresa ASTURIANA GALVANIZADORA S.L. de incorporación a su antiguo puesto de trabajo.- 10º.- La demandante no ostenta ni ha ostentado representación laboral ni sindical".-

TERCERO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación de ASTURIANA GALVANIZADORA, S.L., ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha 23 de marzo de 2012, en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa "Asturiana Galvanizadora S.L.", contra la sentencia de fecha 11 de octubre de 2011 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Gijón en los autos seguidos en dicho Juzgado a instancias de D. Elias 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 de 2011 hasta el 5 de julio de 2011, manteniéndose el resto de los pronunciamientos.- En cuanto a la consignación y depósito efectuado por la recurrente, firme la presente resolución, déseles el destino previsto en la Ley".

CUARTO.- Por la representación procesal de Don Elias se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 30 de diciembre de 2011 (Rec. 2867/2011).

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 20 de junio de 2.013, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se debate en las presentes actuaciones consiste en determinar el alcance temporal de los salarios de trámite cuando en el acto de conciliación administrativa la empresa se aviene a las pretensiones de la demanda [readmisión; cualidad indefinida de la relación; antigüedad; salario/día; y salarios devengados desde el despido], pero el trabajador rechaza el ofrecimiento. Supuesto en el que se suscita decidir si la percepción de los referidos salarios concluye en la fecha en que el trabajador despedido rechaza la readmisión ofrecida, o si contrariamente ese rechazo no impide que persista el ordinario devengo de la indemnización salarial hasta la fecha de notificación de la sentencia por la que se declara la improcedencia de la decisión extintiva.



2.- Tal como acertadamente nos recuerda el Ministerio Fiscal, la materia objeto de controversia ya ha sido decidida recientemente por la STS 05/02/13 [rcud 1314/12], precisamente resolviendo recurso formulado por otros dos trabajadores de la misma empresa demandada que se hallaban en idénticas circunstancias profesionales al ahora reclamante, y que fueron objeto de despido en la misma fecha y que igualmente rechazaron idéntica propuesta readmisoria en el mismo acto de conciliación. Reiterando las afirmaciones fácticas contenidas en aquella sentencia, hemos de decir nuevamente que los referidos trabajadores, «que habían prestado servicios con anterioridad en la empresa demandada mediante sendos contratos de "puesta a disposición" y duración determinada de una E.T.T., suscribieron contratos "por obra o servicio determinado" [trabajos de galvanizado de material, según pedido de terceras empresas] directamente con la demandada ... El 16 de mayo de 2011 ... recibieron una comunicación de despido, con efectos desde el día 31 del mismo mes, en la que la empresa demandada les 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 de los actores, readmitiéndoles ... como trabajadores indefinidos 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". Los trabajadores no aceptaron el ofrecimiento y el acto concluyó sin avenencia. Posteriormente, por medio de burofax del 8 de julio de 2011, les recordó la oferta de reincorporación, sin que la misma fuera atendida por los interesados».

3.- Formulada demanda por despido, el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Gijón dictó sentencia con fecha de 11/Octubre/2011 , declarando improcedente el despido y condenando a la empresa -entre otros extremos- a satisfacer los salarios de tramitación hasta la fecha de notificación de la propia sentencia. Decisión corregida por la STSJ 23/03/12 [rec. 265/12], que limita la percepción de los salarios de trámite hasta la fecha en la que se celebró la conciliación administrativa, argumentando que en «el supuesto analizado ... no es que el empresario se retracte unilateralmente de su primitiva decisión extintiva sino que se aviene a la pretensión formulada en la papeleta de conciliación» y que si bien «es cierto que no se produjo una recomposición real y efectiva del vínculo, ... también lo es que si los trabajadores no prestaron servicios fue porque no lo quisieron y, sabido es, que los salarios de tramitación tienen por objeto compensar o indemnizar al trabajador por un trabajo que no pudieron prestar por causa que a ellos no les fue imputable»; y que sólo la «mala fe explica la negativa a la reincorporación al puesto de trabajo por parte del trabajador, que pese a todas las garantías y presupuestos en que su readmisión tiene lugar, evita tal incorporación, concededor de los efectos que pese a ello lucrará»; por lo que la falta de reincorporación del trabajador en los términos señalados, debe llevar anudada la consecuencia de la pérdida de la indemnización por los salarios que se pudieran devengar a partir de esas fechas, por el período en que el trabajador no ha querido trabajar tras el acto de conciliación en que el empresario optó por la readmisión de los actores ..., pues así lo exige el criterio de la buena fe que debe presidir el entendimiento y la aplicación del precepto».

SEGUNDO.- 1.- Frente a esta sentencia interpone el trabajador recurso de casación, con denuncia de haberse infringido los arts. 56.2 ET y 24 CE, y señalando como contradictoria la STSJ Asturias 30/12/11 [rec. 2867/11], relativa a reclamación por despido de otro trabajador de la misma empresa y en circunstancias muy similares a la de los aquí demandantes, por la que se confirmó la resolución de instancia que había condenado al abono de los salarios de trámite desde el día del despido hasta el de notificación de dicha resolución. Sentencia de contraste en la que se sostiene 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.

2. Con lo dicho se evidencia que concurre el requisito de la contradicción entre las sentencias comparadas, que impone el art. 219.1 LRJS como presupuesto de admisibilidad del recurso, al requerir que la parte dispositiva de las sentencias contrastadas contengan pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales (así, entre tantas precedentes, SSTS 18/12/12 -rcud 1117/12 -; 24/01/13 -rcud 823/12 -; y 05/02/13 -rcud 929/13 -). Y éste es el caso, porque las soluciones a que han llegado las decisiones comparadas son opuestas en lo que atañe al devengo de los salarios de tramitación, que es la única cuestión planteada en el presente recurso de casación unificadora.

TERCERO.- 1.- Sin perjuicio de reconocer que la tesis sostenida por la decisión recurrida ofrece en principio cierta consistencia y que en su formulación argumental se presente no exenta de razonabilidad, lo cierto es que la Sala se inclina por mantener el criterio ya expuesto en nuestra precitada sentencia de 05/02/13 [rcud 1314/12], por ser el más acorde al significado extintivo que corresponde a la figura del despido, el más consecuente con la doctrina general sobre las obligaciones y contratos, y el que mejor atiende al derecho a la tutela judicial que corresponde al trabajador, partiendo todo ello de dos consideraciones elementales que no deben ser perdidas de vista, cuales son las de que el proceso tiene origen en una ilícita actuación



del empresario y que los normales efectos del despido improcedente -que en el caso rechaza la sentencia recurrida- hubieran podido ser evitados por la empresa no solamente -como es obvio- con no haber adoptado una decisión extintiva contraria a derecho, sino también -como posteriormente indicaremos- con la adecuada consignación de las indemnizaciones en su momento debidas; de forma que la consecuencia indemnizatoria que se considera inadecuada obedece a la doble causa de ilicitud en la extinción contractual y de inaplicación de la medida legal que hubiera corregido aquel efecto.

2.- Sentado ello cumple decir en apoyo de nuestra tesis que es consolidada doctrina jurisprudencial 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 cualquier actuación preprocesal, bien sea en conciliación extrajudicial [SSTS 03/07/01 - rcd 3933/00 -; 06/04/04 -rcud 2802/03 -; 24/05/04 -rcud 1589/03 -; 11/12/07 -rcud 5018/06 -; 05/02/13 -rcud 1314/12 -] o tras ella [STS 15/11/02 -rcud 1252/02 -], cuanto si se lleva a cabo una vez presentada la demanda [STS 01/07/96 -rcud 741/96 -] (Doctrina recordada por las SSTS de 07/10/09 -rcud 2694/08 -; 07/12/09 -rcud 210/09 -; 11/12/09 -rcud 660/09 -; 02/04/12 -rcud 2951/11-, en obiter dicta ; y la ya referida de 05/02/13 -rcud 1314/12 -). Quedan a salvo, es cierto, los supuestos de retractación justificada por relevante vicio de la voluntad en el acto extintivo, pero incluso en este supuesto estaríamos en presencia de mera causa de anulabilidad que requeriría el ejercicio de acción tendente a la declaración judicial de la ineficacia del acto (SSTS Sala I 18/03/08 -rec. 361/01 -; 26/02/08 -rec. 5674/00 -... SSTS Sala IV 07/10/09 -rcud 2694/08 -; 11/12/09 -rcud 660/09 -; y 26/04/10 -rcud 2785/09 -).

Y «al efecto puede razonarse: a).- El despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el art. 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 [STS 11/12/07 -rcud 5018/06 -]; 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 art. 55.7 ET operada por la Ley 11/94 [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 21/10/04 -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 arts. 1261 y 1262 CC » (STS 07/10/09 -rcud 2694/08 -, refundiendo argumentaciones anteriores).

3.- Por lo mismo -como argumentábamos en nuestro precedente de 05/02/13 rcd 1314/12- «si no resultaba obligado para los trabajadores aceptar la oferta de readmisión que el empresario les 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 despido] hubiera encontrado otro empleo" (art. 56.1.b ET) 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. 56.2 ET ».

4.- Finalmente, aunque no puede negarse la ejecutibilidad de lo acordado en conciliación, ex art. 68 LRJS (SSTS 16/03/95 - rcd 2969/94 -; 28/04/98 -rcud 3235/97 -; y 26/10/01 -rcud 25/01 -) y que en el acto administrativo la empresa se había avenido a todas las pretensiones actoras, ello no significa que el trabajador carezca de interés legítimo en obtener la satisfacción de lo pretendido a través del oportuno título judicial, pues tampoco nos cabe duda de que la complejidad de la concreta situación del accionante [en cuanto a la fecha de antigüedad computable; cualidad de relación indefinida; y salario a percibir] y el precedente desconocimiento de los correlativos derechos, hacen bastante comprensible que -de cara a posibles conflictos futuros- al empleado le ofreciese mayor seguridad jurídica una sentencia declaratoria de tales derechos que el simple



reconocimiento empresarial de los mismos, siquiera ello se produjese en el marco -singularmente protegido, a efectos de su posible incumplimiento- de una conciliación ante órgano administrativo.

TERCERO.- Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -como con acierto sostiene el Ministerio Fiscal en su estudiado informe- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada. Acordando -para el trámite de suplicación- la pérdida del depósito y el destino legal para la consignación [art. 228 LRJS]; e imposición de costas [art. 235.1 LRJS] en tal trámite y sin ellas en el presente.

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 Don Elias y revocamos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias en fecha 23/Marzo/2012 [recurso de Suplicación nº 265/12], que a su vez había revocado la resolución que en 11/Octubre/2011 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 4 de los Gijón [autos 540/2011], por la que se había estimado la demanda formulada contra la empresa «ASTURIANA GALVANIZADORA, SL» y que confirmamos en su integridad.

Se acuerda -respecto del trámite de suplicación- la pérdida del depósito constituido y el destino legal para la consignación o aseguramiento, así como la imposición de costas a la recurrente en el citado trámite.

Devuélvanse 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 Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.