

¿PUEDE RETRACTARSE EL EMPRESARIO DEL DESPIDO?

[Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 7 de octubre de 2009,
rec. núm. 2694/2008] *

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social
Magistrado*

PAZ VIVES USANO

*Profesora de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Centro Universitario Luis Vives. CEU*

Extracto:

DESPIDO. Retracción empresarial previa al trámite preprocesal de conciliación. Resulta ineficaz aunque esté determinada por error excusable y sustancial y la comunicación explicita ese error y la completa reintegración del trabajador en todos sus derechos. El despido producido por error se trata de un acto anulable a través del ejercicio de la acción tendente a la declaración judicial de la ineficacia del acto, aunque ésta resulta rechazable por ser contraria a la economía procesal y distorsionadora de la regulación legal. Sala General.

Palabras clave: deposito, error excusable, retractación e ineficacia del acto.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 323, febrero 2010, o en *Normacef Socio-Laboral*.

CAN THE BUSINESSMAN OF THE DISMISSAL RETRACT?

[Comentario a la STS, Sala de lo Social, de 7 de octubre de 2009,
rec. núm. 2694/2008] *

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social
Magistrado*

PAZ VIVES USANO

*Profesora de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Centro Universitario Luis Vives. CEU*

Abstract:

DISMISSAL. Corporate retraction previous to the pretrial conciliation procedure. This is inefficient although it is determined by an excusable and substantial error and announcement makes this error explicit and implies the complete reintegration of the employee in all his rights. The dismissal occurred by mistake is a voidable act through the exercise of the action tending to the judicial declaration of the ineffectiveness of the act, although this is rejectable as contrary to judicial economy and distorting of legal regulation.

Keywords: dismissal, excusable error, retraction, conciliation paper, ineffectiveness of the act.

Sumario

1. Hechos sumariamente referidos.
2. Un fundamento presuntamente demoledor del Tribunal Supremo: el despido ha extinguido ya –ex lege– el contrato de trabajo y el empresario no puede decidir por sí mismo su mantenimiento.
3. La eficacia extintiva automática de todo tipo de despido, desde que se produce, ¿es real o meramente afirmada?
4. Doctrina jurisprudencial que disiente de esa pretendida extinción automática e incondicionada de todo despido.
5. Algunas dudas sobre la pretendida eficacia extintiva automática de toda declaración de despido, desde que se produce.
6. Algunas ideas jurisprudenciales sobre la retractación empresarial del despido.
7. Planteamientos científicos sobre la eficacia de la enervación de la acción.
8. La ejercitabilidad de la enervación de la acción en el proceso laboral.
9. Importante singularidad del presente caso: la retractación empresarial es anterior a todo acto impugnatorio del trabajador.
10. Las dudas y vacilaciones de la STS de 7 de octubre de 2009 sobre la aceptación –en ciertos casos– de la retractación empresarial.
11. Conclusión definitiva: es inevitable aceptar la retractación empresarial del despido, si reúne ciertas condiciones.

1. HECHOS SUMARIAMENTE REFERIDOS

La actora había sido despedida por medio de burofax, debido a faltas de asistencia al trabajo; días después, pero antes de presentarse papeleta de conciliación, se le comunica a través del empresario que la decisión extintiva se deja sin efecto y se le sustituye por una sanción, y se le recuerda que debe incorporarse de inmediato a su puesto de trabajo. Por esas fechas, la trabajadora se hallaba en situación de incapacidad temporal (IT). La actora desatendió el ofrecimiento y no se reincorporó a la empresa.

2. UN FUNDAMENTO PRESUNTAMENTE DEMOLEDOR DEL TRIBUNAL SUPREMO: EL DESPIDO HA EXTINGUIDO YA –EX LEGE– EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL EMPRESARIO NO PUEDE DECIDIR POR SÍ MISMO SU MANTENIMIENTO

La Sentencia de Tribunal Supremo (STS) de 7 de octubre de 2009 expresa, una vez más, que el ofrecimiento de readmisión llevado a cabo por la empresa no restablece el contrato extinguido, ni su rechazo por el trabajador constituye dimisión, tanto si la oferta se hace en trámite de la conciliación extrajudicial (SSTS 03/07/01 –rcud 3933/00–; 06/04/04 –rcud 2802/03–; 24/05/04 –rcud 1589/03–) cuanto si tiene lugar con posterioridad a la misma (STS 15/11/02 –rcud 1252/02–) y –con mayor motivo– una vez presentada la demanda (SSTS 01/07/96 –rcud 741/96–; y 11/12/07 –rcud 5018/06). 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 (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. La demanda de la trabajadora reacciona 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 (como dice la STS 21/10/04 –rcud 4966/02–). 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. No cabe que por una decisión unilateral empresarial posterior con ofrecimiento de readmisión se restablezca un vínculo contractual ya roto e inexistente, pues 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.

3. LA EFICACIA EXTINTIVA AUTOMÁTICA DE TODO TIPO DE DESPIDO, DESDE QUE SE PRODUCE, ¿ES REAL O MERAMENTE AFIRMADA?

Desde un cierto momento la jurisprudencia empieza a afirmar que el despido, cualquiera que sea su modo de expresión, las causas que lo motiva y los hechos en que se funda, extingue automáticamente el contrato de trabajo.

Asimismo, el artículo 55.7 del ET expresa que es el despido el que extingue el contrato, y éste puede realizarse de cualquier modo que manifieste claramente la voluntad extintiva del empleador. Posteriores comunicaciones formales podrán tener la eficacia que la ley les reconozca, pero no demostrarán la existencia del despido realmente producido ¹.

El despido es la decisión unilateral del empresario que extingue la relación laboral, viva y vigente hasta entonces, que le unía al trabajador despedido. Por ello, para que el despido pueda producirse, es de todo punto necesario que opere sobre una relación de trabajo existente hasta ese momento, es decir, que la decisión extintiva en que el mismo consiste rompa y ponga fin a un vínculo laboral que era real y efectivo hasta ese momento. Así, el artículo 49.1 k) del ET tipifica el despido como uno de los supuestos de extinción del contrato de trabajo ².

La acción ejercitada por la trabajadora implica, como dice la STS de 1 de julio de 1996, 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. Una vez producido el despido se produce automáticamente la ruptura del vínculo contractual, como establece el artículo 49.1 k) del ET ³.

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 3/1987, de 12 de marzo, la relación laboral, a consecuencia del acto de despido, se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo

¹ STS de 22-09-1997.

² STS de 30-03-1995.

³ STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 1998.

tendrá lugar cuando haya una readmisión y ésta sea regular, añadiéndose que también confirma esta tesis la nueva redacción del artículo 55 del ET, que en su número 7 dispone que «el despido procedente convalidará la extinción del contrato que con aquél se produjo», lo que a contrario sensu significa que el despido improcedente cuando se ha optado por la readmisión o el despido nulo restablece o hace renacer el contrato inicialmente extinguido y que la reiterada doctrina de esta Sala sobre la naturaleza indemnizatoria, no salarial, de los denominados salarios de tramitación (STS de 09-12-1999, que sigue otras anteriores) es coherente con el argumento antes expuesto ⁴.

No se puede sostener que el despido no extingue el contrato, sino que tal efecto pende de lo que definitivamente se resuelva en la vía judicial. Esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular en sus Sentencias de 7 y 21 de diciembre de 1990 –doctrina que se mantiene incidentalmente en la de 1 de julio de 1996– que han declarado que «tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido, en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo. Así resulta de los artículos 49.1 k) y 54.1 del ET y del artículo 3 del Convenio 158 de la OIT y así lo atestigua el TC, que en Sentencia 33/1987, de 12 de marzo, invoca la jurisprudencia consolidada del TS y la doctrina del Tribunal Central de Trabajo (TCT) en el sentido de que la relación laboral a consecuencia del acto del despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y ésta sea regular.

Por otra parte, también confirma esta tesis la nueva redacción del artículo 55 del ET, que en su número 7 dispone: «El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo...»; lo que a contrario sensu significa que el despido improcedente, cuando se ha optado por la readmisión o el despido nulo, restablece o hace renacer el contrato inicialmente extinguido. Y la reiterada doctrina de esta Sala sobre la naturaleza indemnizatoria, no salarial, de los denominados salarios de tramitación (Sentencia de 9 de diciembre de 1999) es coherente con el argumento antes expuesto.

No se opone a lo anterior la regla del punto cuarto del artículo 56 del ET, que dispone que el empresario deberá mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el periodo correspondiente... a los salarios de tramitación, ya que esta regla es sólo aplicable a la Seguridad Social pública ⁵.

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 con-

⁴ STS de 20-06-2000.

⁵ El despido disciplinario es el acto unilateral y recepticio por el cual el empresario decide la extinción del contrato de trabajo, basado en el incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones por parte del trabajador; el artículo 49.1 k) establece que «el contrato de trabajo se extinguirá por despido del trabajador», añadiendo el artículo 54.1 que «el contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido...». STS de 17-05-2000.

tractual, reparando los perjuicios causados, salvo desistimiento posterior del trabajador, ya que aunque exista allanamiento del empleador también debe dictarse sentencia ⁶.

El despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el artículo 49.1 k) del 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. 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. Si el trabajador acepta reanudar la relación, ésta vuelve a su estado anterior, dada la concurrencia del consentimiento de los contratantes [arts. 1.261 y 1.262 del Código Civil (CC)], lo que fue contemplado por el TS en Sentencia de 17 de diciembre de 1990 ⁷.

El TS afirma la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo. Así resulta de los artículos 49.1 k) y 54.1 del ET y del artículo 3 del Convenio núm. 158 de la OIT, y así lo atestigua el TC, que en Sentencia 33/1987, de 12 de marzo, estima que la relación laboral, a consecuencia del acto del despido, se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y ésta sea regular. Por otra parte, también confirma esta tesis la nueva redacción del artículo 55 del ET, que en su número 7 dispone que el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, lo que a contrario sensu significa que el despido improcedente, cuando se ha optado por la readmisión, o el despido nulo restablecen o hacen renacer el contrato inicialmente extinguido. Y la reiterada doctrina de esta Sala sobre la naturaleza indemnizatoria, no salarial, de los denominados salarios de tramitación (Sentencia de 9 de diciembre de 1999, que sigue otras anteriores) es coherente con el argumento antes expuesto. La misma sentencia advierte de que la obligación del empresario de mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el tiempo que coincida con los salarios de tramitación supone simplemente que esa obligación es aplicable a la Seguridad Social pública.

Este razonamiento permite concluir con la afirmación de que el acto del despido disciplinario es de naturaleza constitutiva, es decir, extingue la relación laboral en la fecha de efectividad del despido, de manera que no es lógico sostener que ese periodo de tiempo haya de computarse en la anti-

⁶ SSTs de 1-07-1996 y 3-07-2001.

⁷ STS de 15-11-2002. En ella se añade: El otro argumento a que nos referíamos anteriormente permite concluir de la misma manera; en repetidas ocasiones ha negado esta Sala naturaleza salarial a los salarios de tramitación, atribuyéndole carácter indemnizatorio; además de la citada Sentencia de 17 de mayo de 2000, en las anteriores de 19 de mayo de 1994 y 14 de julio de 1998, se ha ocupado esta Sala de la cuestión controvertida ahora, declarando que, a la luz de lo dispuesto en los artículos 26.1, 33, 56.1 b) del Estatuto de los Trabajadores; y 110 y 111 de la LPL, y artículos 100, 106 y 109 de la Ley General de la Seguridad Social, pueden sostenerse dos tesis contrapuestas, bien atribuir a los salarios de tramitación naturaleza salarial o carácter indemnizatorio; sin embargo, las sentencias citadas se han inclinado a afirmar que en los mismos predomina el carácter indemnizatorio frente al salarial, pese a constituir un concepto jurídico propio con vertientes que lo asimilan a los salarios y a la indemnización; fue la sentencia de 13 de mayo de 1991 la que hizo las siguientes declaraciones: La figura de los salarios de tramitación o salarios de trámite tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el de no percibir retribución alguna desde la fecha del despido y durante la instrucción del despido correspondiente; la misma doctrina se proclama en la sentencia de 14 de marzo de 1995, que rompió el criterio contrario que aisladamente había sostenido la Sentencia de 7 de julio de 1994.

güedad del trabajador, a ningún efecto, pues en el mismo no se han prestado realmente servicios ni existe nexo laboral entre las partes ⁸.

El despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el artículo 49.1 k) del 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. 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. Esta doctrina no cabe «sustituirla» por otra que traslade la fecha de ruptura del vínculo laboral, al momento en que se pronuncia el auto, al que se refiere el artículo 279 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), dictado en el expediente de no readmisión. De contrario, debe insistirse en dicha doctrina expresiva de que el despido supone la ruptura del vínculo contractual, de modo que, incluso, una vez producido el acto unilateral extintivo del empleador, no cabe que por una decisión unilateral posterior con ofrecimiento de readmisión se restablezca un vínculo contractual ya roto e inexistente ⁹.

El despido produce la ruptura y consecuente inexistencia del vínculo laboral, que se extingue por decisión unilateral del empleador, al considerar *ex lege* tal acto unilateral como causa de extinción del contrato de trabajo [art. 49.1 k) ET], sin perjuicio de su posterior enjuiciamiento en caso de impugnación ante la jurisdicción, donde deberá tenerse en cuenta una peculiaridad.

Consiste esta particularidad, antes anunciada, en que en la fase de ejecución de la sentencia que declaró la improcedencia del despido, el empleador no optó por ninguna de las formas de cumplimiento que le concedía dicha sentencia firme y ello motivó *ex lege* la aplicación del artículo 56.3 del ET, expresivo de que «En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera». Se produjo, pues, en virtud de la dicción legal, un «restablecimiento» del contrato de trabajo, que tiene un singular tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico, de

⁸ STS de 21-10-2004, con cita de las SSTs de 7 y 21-12-1990, 1-07-1996 y 17-05-2000. El otro argumento a que nos referíamos anteriormente permite concluir de la misma manera; en repetidas ocasiones ha negado esta Sala naturaleza salarial a los salarios de tramitación, atribuyéndole carácter indemnizatorio; además de la citada Sentencia de 17 de mayo de 2000, en las anteriores de 19 de mayo de 1994 y 14 de julio de 1998, se ha ocupado esta Sala de la cuestión controvertida ahora, declarando que, a la luz de lo dispuesto en los artículos 26.1, 33, 56.1 b) del ET; y 110 y 111 de la LPL, y artículos 100, 106 y 109 de la Ley General de la Seguridad Social, pueden sostenerse dos tesis contrapuestas, bien atribuir a los salarios de tramitación naturaleza salarial o carácter indemnizatorio; sin embargo, las sentencias citadas se han inclinado a afirmar que en los mismos predomina el carácter indemnizatorio frente al salarial, pese a constituir un concepto jurídico propio con vertientes que lo asimilan a los salarios y a la indemnización; fue la Sentencia de 13 de mayo de 1991 la que hizo las siguientes declaraciones: «La figura de los salarios de tramitación o salarios de trámite tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el de no percibir retribución alguna desde la fecha del despido y durante la instrucción del despido correspondiente»; la misma doctrina se proclama en la sentencia de 14 de marzo de 1995, que rompió el criterio contrario que aisladamente había sostenido la Sentencia de 7 de julio de 1994.

Se atribuye carácter indemnizatorio a esos salarios, porque no corresponden a trabajo efectivo ni a descansos retribuidos; cuando el artículo 56.1 b) del ET habla de «la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo...», no está atribuyendo naturaleza salarial a los de tramitación, sino que la referencia a los dejados de percibir hace alusión únicamente al método a seguir para su cálculo.

⁹ SSTs de 1-07-1996, 3-07-2001 y 15-11-2002.

modo que si este reintegro del trabajador en la plantilla de la empresa no acaece, el artículo 279 de la LPL instrumenta un incidente de no readmisión, que puede terminar, como en el presente caso, por auto que declara la extinción de la relación laboral y abono de los salarios de tramitación, pudiendo, incluso, acumularse otra indemnización a la ya fijada en la sentencia que originariamente declaró el despido improcedente. La singularidad en cuanto a los salarios de tramitación consiste en que el referido auto, que pone fin al incidente de no readmisión, condena al pago de los mismos no desde la fecha del despido hasta la del pronunciamiento de la sentencia que declaró el despido improcedente –lo que ya fue objeto de condena en la sentencia inicial de despido– sino que la condena alcanza a los salarios devengados [art. 279.2 c) LPL] desde la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la fecha del repetido auto dictado en el incidente de no readmisión.

Y añade: existente y reconocida la deuda salarial, debe aplicarse respecto a las garantías de que goza el salario no el régimen jurídico existente en la fecha en que se extinguió el contrato de trabajo por despido del trabajador, ni tampoco aquel otro vigente en la fecha en que una vez «restablecido» el contrato de trabajo y reintegrado el trabajador, por no haber optado el empleador entre la indemnización y el reintegro, se volvió a declarar extinguido el contrato de trabajo «recuperado», sino que la fecha que debe tenerse en cuenta es aquella en que se dictó el auto de insolvencia –ya bajo la vigencia de la Ley 45/2002– toda vez que debe entenderse que la declaración de insolvencia es la causa determinante de la legislación aplicable, pues es esta circunstancia –supuesta ya la existencia de deuda salarial, a la que antes nos hemos referido– la que determina la responsabilidad sustitutoria del FOGASA en los términos establecidos en la redacción dada al artículo 33.1 del ET por la repetida Ley 45/2002, de 12 de diciembre.

La extinción del contrato de trabajo se produce en la fecha de notificación del despido, y no en aquella otra, posterior, en la que, restablecida la relación laboral por no haber optado el empleador entre la indemnización económica o el reintegro, se vuelve a producir una nueva extinción por declaración hecha en el auto que pone fin al incidente de no readmisión dictado en fase de ejecución de sentencia ¹⁰.

¹⁰ STS de 3-01-2007. En ella se expresa también que el régimen del RDL 5/2002 vigente desde el 26 de mayo de 2002 (disp. final 2.ª) hasta el 13 de diciembre de 2002 (disp. final 2.ª de la Ley 45/2002) modificó el artículo 56 del ET suprimiendo en el despido improcedente los salarios de tramitación en caso de opción por la empresa por la indemnización, pero manteniéndolos desde la fecha del despido a la fecha de notificación de la sentencia, en el supuesto de que el empleador optara por la readmisión. En lo que se refiere a la prestación de garantía la modificación del artículo 33 del ET, eliminó del ámbito de esa prestación los salarios de tramitación, limitando la responsabilidad de este organismo respecto de los salarios a «la cantidad reconocida como tal, en el acto de conciliación o resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1».

El régimen de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, que entró en vigor el 14 de diciembre de 2002 (disp. final 2.ª de la Ley 45/2002) restableció la condena al abono de los salarios de tramitación en los supuestos de despido improcedente y volvió a incluir entre las prestaciones de garantía, con el tratamiento propio de los salarios pendientes de pago, el importe de los salarios de tramitación.

Debe resaltarse que en ambos periodos continuó vigente el artículo 279.2 de la LPL que preceptúa que, en el caso de incumplimiento de la condena a la readmisión, el auto dictado en el incidente de no readmisión declarará extinguida la relación laboral en la fecha del propio auto y condenará al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia hasta la del propio auto de inadmisión.

Se establece, así, que la extinción del contrato era determinante para la aplicación de un régimen jurídico u otro. De otro modo, para la determinación del régimen aplicable a la prestación de garantía debe estarse a la fecha en que surge la causa determinante de esa prestación, que no es la del nacimiento o reconocimiento de la deuda, sino la insolvencia del empresario (Sentencias de 21 de marzo de 1988, en interés de Ley, 24 de febrero de 1998 y 17 de diciembre de 1999).

El mero acto del despido extingue el contrato de trabajo, sin que deba esperarse a la resolución judicial para que dicha extinción se produzca. De esta forma, el restablecimiento de la relación sólo tiene lugar si hay readmisión y ésta es regular. Se mantiene la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo. Se recuerda también que éste ha sido el criterio seguido por la STC 33/1987. En este sentido se pronuncian también las sentencias de 20 de junio de 2000 y 15 de noviembre de 2002, en la que se afirma que el despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el artículo 49.1 k) del 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, lo que «supone que la decisión empresarial de despedir implica la inmediata extinción del vínculo laboral». La reciente sentencia dictada el 31 de enero de 2007 establece que lo que se produce en estos casos es una doble extinción: la primera con el despido y, luego, si el despido se declara improcedente y se opta por la readmisión, se reconstruye la relación laboral; pero si la readmisión no se lleva a efecto, se produce una nueva extinción por la declaración del auto ¹¹.

El despido del trabajador 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 ¹².

La extinción del contrato se produce en el momento del despido, y no cuando se dicta la sentencia que resuelva sobre su calificación jurídica, como ya dijera la STS de 17 de mayo de 2000. Por otra parte, y al margen de los supuestos de subsanación del despido defectuosamente formulado a que se refiere el número 2 del artículo 55 de la LET, se pueda proceder a despedir al trabajador ya despedido por motivos posteriores a los consignados en la decisión extintiva mientras se halla sub iudice la calificación de tal medida adoptada por el empleador, pero se trata en este caso de un despido formulado ad cautelam, vinculado en su análisis y efectividad a la suerte que pueda correr el primero. Como se ha dicho, sólo cabe en esos casos proceder a un segundo despido, que tendrá naturaleza ad cautelam ¹³.

En el caso que nos ocupa hubo readmisión del trabajador y por lo tanto procedía el pago de los salarios de tramitación. c) También procedía el pago de los salarios de tramitación en la fecha en que se dictó el auto extintivo de la restablecida relación laboral, dado que el mismo se produjo bajo la vigencia de la nueva Ley 45/2002, que volvió a contemplar los salarios de tramitación y la garantía protectora del artículo 31.1 del ET. Debe añadirse, expresamente, que esta sentencia modifica la doctrina sentada por esta Sala en la Sentencia de 23 de marzo, 5 de mayo y 26 de julio de 2006, que en casos semejantes en los que, igualmente, se resolvía sobre una pretensión de garantía de los salarios de tramitación provenientes de despido realizados bajo la vigencia del Real Decreto-Ley 5/2002, señalaron como fecha específica para determinar el régimen jurídico aplicable, aquella en que se dictó el auto que, en incidente de no readmisión, declaró extinguida la relación laboral. Esta sentencia se aparta de la doctrina anterior concretamente en que la extinción del contrato de trabajo se produce en la fecha de notificación del despido, y no en aquella otra, posterior, en la que restablecida la relación laboral por no haber optado el empleador entre la indemnización económica o el reingreso, se vuelve a producir una nueva extinción por declaración hecha en el auto que pone fin al incidente de no readmisión dictado en fase de ejecución de sentencia.

¹¹ STS de 12-02-2007. Añade: De esta doctrina parece que se separan las sentencias de 23 de marzo, 5 de mayo, 26 de julio de 2006, que precisamente en unos casos de solicitud de la prestación de garantía en despidos producidos bajo la vigencia del Real Decreto-Ley 5/2002 señalan que la extinción del contrato de trabajo no se produce con el despido, sino con el auto que en incidente de no readmisión, declara extinguida la relación laboral.

¹² STS de 11-12-2007.

¹³ STS de 27-02-2009. Añade: Así se desprende de la sentencia de esta Sala de 18 de diciembre de 2007, en la que se citan las Sentencias anteriores de 6 de octubre de 1984, y 8 de abril de 1986. Por ello, la doctrina de esta Sala —fuera de los

Según la STC 33/1987, de 12 de marzo, la relación laboral a consecuencia del acto empresarial de despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y además ésta sea regular. Por ello, sólo en el supuesto en que se hubiese optado por la readmisión y ésta fuese irregular se admite el cómputo de periodos posteriores al despido, lo que deriva, no de que el despido no extinga el contrato, sino de que el empresario, con su opción, ha restablecido el contrato.

Cuando el artículo 55.7 de la LET expresa que «el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo», a contrario sensu significa que el despido improcedente, cuando se ha optado por la readmisión, o el despido nulo restablecen o hacen renacer el contrato inicialmente extinguido.

Este razonamiento permite concluir con la afirmación de que el acto del despido disciplinario es de naturaleza constitutiva, es decir, extingue la relación laboral en la fecha de efectividad del despido, de manera que no es lógico sostener que ese periodo de tiempo haya de computarse en la antigüedad del trabajador, a ningún efecto, pues en el mismo no se han prestado realmente servicios ni existe nexo laboral entre las partes ¹⁴.

Es suficiente con lo dicho para reflejar el criterio del TS sobre el particular modo de ver el despido, no ya como un acto de desposesión inmediata del puesto de trabajo del trabajador y de la ejecución de su derecho a trabajar con retribución, lo que es evidente, sino como un acto extintivo per se, de modo incondicional, absoluto, y al margen de las circunstancias concurrentes, lo que no sólo no es evidente, sino que resulta contradicho por el propio Ordenamiento Jurídico y por la misma jurisprudencia.

4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE DISIENDE DE ESA PRETENDIDA EXTINCIÓN AUTOMÁTICA E INCONDICIONADA DE TODO DESPIDO

La única referencia a la extinción en la fecha del despido es la que se contempla en el artículo 56.2 de la LET, sobre la base de la no impugnación del despido. En las restantes, el despido pende en cuanto a su efecto extintivo de la calificación que merezca al órgano judicial, sin excluir por ello el valor que se otorga a la voluntad de la empleadora de ser el motor de extinción del vínculo, pues la decisión judicial, de no ser favorable al trabajador tan sólo convalida aquella extinción, pero en el caso contrario, su no convalidación se traduce en la pendencia del despido y el mantenimiento del vínculo hasta tanto se ejercite la acción que, de ser la indemnizatoria, se hará irreversible.

supuestos de subsanación a que antes nos hemos referido que nada tienen que ver con este supuesto, pues supone dejar sin efecto un primer despido y practicar otro nuevo— es contraria a la posibilidad de incorporar al despido disciplinario cartas «ampliatorias» en las que haga constar hechos posteriores.

¹⁴ STS de 10-06-2009. Y añade: Y la reiterada doctrina de esta Sala sobre la naturaleza indemnizatoria, no salarial, de los denominados salarios de tramitación (sentencia de 9 de diciembre de 1999, que sigue otras anteriores) es coherente con el argumento antes expuesto. La misma sentencia advierte de que la obligación del empresario de mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el tiempo que coincida con los salarios de tramitación supone simplemente que esa obligación es aplicable a la Seguridad Social pública.

No se trata en esta fase del procedimiento, de presumir una voluntad favorable a la readmisión en defecto de opción, pues ésta sólo cabe una vez firme la resolución que declare la improcedencia del despido. Se trata de que esa opción va a recaer, en su caso, sobre una relación que está vigente hasta ese momento.

De ahí que no pueda sostenerse la inexistencia de la relación laboral, cuando la empresa acuerda un segundo despido del trabajador, encontrándose sub iudice el primero de ellos, por hechos posteriores al de éste, pero en conexión con el contrato de trabajo, ya que al producirse el despido del trabajador por la empresa, la relación laboral queda pendiente de una condición resolutoria, que de impugnarse por el despido dentro del plazo de caducidad que señalan los artículos 98 de la LPL y 59.3 del ET, el órgano jurisdiccional de instancia o, en su caso, el tribunal ad quem, declaren que es procedente el despido, en cuyo momento y con efectos *ex tunc*, al momento de haberse acordado por la empresa, la relación se considera extinguida; por lo que hasta que dicha condición no se ha cumplido, la relación se considera existente; pues, a mayor abundamiento, a los órganos jurisdiccionales corresponde la aplicación de los artículos 54, 55 y 56 del ET, como explícitamente en ellos se expresa ¹⁵.

La readmisión se condiciona por la ley al cumplimiento de un serie de exigencias, cuyo desconocimiento determina bien que se considere incumplido el mandato de la sentencia o que la readmisión se califique como irregular, lo que producirá, a su vez, el efecto que para el incumplimiento del mandato de readmisión establece el artículo 279.2 de la LPL: extinción del contrato de trabajo con abono de la indemnización legal, calculada al día de la declaración extintiva, más los salarios de tramitación devengados, con una posible indemnización adicional de carácter punitivo ¹⁶.

En las SSTs de 31 de enero de 2007 y 12 de febrero de 2007 se establece que «el despido del trabajador se configura como causa de extinción del contrato de trabajo por el artículo 49.1 k) del 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». Pero lo cierto es que la citada Sentencia de 18 de diciembre de 2007 admite también el segundo despido durante la impugnación del primero como forma de prevenir la eventual revocación o anulación judicial del primer despido ¹⁷.

5. ALGUNAS DUDAS SOBRE LA PRETENDIDA EFICACIA EXTINTIVA AUTOMÁTICA DE TODA DECLARACIÓN DE DESPIDO, DESDE QUE SE PRODUCE

En estas recientes Sentencias de 18 de diciembre de 2007, 23 de julio de 2008 y 16 de enero de 2009 no se parte de la rotunda e inexorable extinción *ope legis* de cada decisión empresarial de despedir. Antes bien, se estima que ése es el efecto pretendido, que se obtiene en muy diversos momentos: una vez superada la condición resolutoria de que depende la relación laboral si se impugna el despido, hasta que se declare que es procedente el despido, en cuyo caso, y con efectos *ex tunc*, la relación se

¹⁵ STS de 18-12-2007.

¹⁶ STS de 23-07-2008.

¹⁷ STS de 16-01-2009.

considera extinguida cuando lo acordó el empresario, por lo que, hasta que dicha condición no se ha cumplido, la relación se considera existente. O, tras el ejercicio del derecho de opción que presupone, inexorablemente, un previo contrato vigente. O en todo caso de incumplimiento de la opción por la readmisión, pues es entonces cuando el juzgador debe extinguir el contrato [art. 279.2 a) LPL]. A ello se añade el eventual segundo despido, para el tiempo posterior al primero, que evidencia el mantenimiento del contrato de trabajo.

Si toda decisión extintiva del contrato de trabajo consiste en su ruptura y finalización del vínculo laboral, es imprescindible que éste existiera de manera real y efectiva hasta ese momento. Esta misma exigencia se tiene que mantener cuando el juzgador, por readmisión irregular o no readmisión, una vez optado por quien proceda por aquélla, ha de dictar auto extintivo, según el artículo 279.2 a) de la LPL, con la o las indemnizaciones correspondientes y los salarios de tramitación.

Si el despido extingue inexorablemente el contrato desde que se produce, no se entiende bien qué significa que la decisión judicial produzca la restauración del vínculo contractual reparando los perjuicios causados (a que se refiere la STS de 1-07-1996), y que el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y ésta sea regular (en la dicción de la STC 3/1987, de 12 de marzo), ni tampoco se entiende que el artículo 55.7 de la LET dice, a sensu contrario, que el despido improcedente, cuando se ha optado por la readmisión, o el despido nulo restablece o hace renacer el contrato inicialmente extinguido (según las SSTS de 17-05-2000, 20-06-2000, 21-10-2004, 12-02-2007, 10-06-2009).

Si se ha extinguido el contrato de trabajo con el despido y éste se califica de nulo o de improcedente, viene a resultar, para que se cumplan sus consecuencias legales, el restablecimiento del contrato, que sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y ésta sea regular (como dice la STS de 17-05-2000). Se trata de una rocambolesca restauración para neutralizar una afirmada y poco fundada extinción previa.

Todo ello porque, según el Ordenamiento Jurídico, lo que produce el efecto extintivo es que el despido se acomode a las exigencias legales, o sea a la forma y hechos justificativos, según el artículo 49.1 k), en relación inevitable con los artículos 54 y 55, todos de la LET, ya que éstos concretan aquella primera declaración, que moraliza y concreta el ejercicio del derecho a despedir, en la forma y en las causas. Si el despido es ilegal, no puede acogerse a los beneficios extintivos que el texto legal señala.

En caso de que prospere la impugnación del despido, si el trabajador acepta reanudar la relación ésta vuelve a su estado anterior, dada la concurrencia del consentimiento de los contratantes (arts. 1.261 y 1.262 del CC) (según dijo la STS de 17-12-1999, y expresa la STS de 15-11-2002). ¿Por qué y cómo vuelve a su estado anterior? ¿Qué capacidad de recuperación de una situación extinguida tiene el trabajador? Dicho de modo más contundente, ¿el contrato de trabajo se había extinguido o estaba latente y susceptible de recuperación? ¿Se puede hablar de una recuperación meramente procesal para que surta efectos materiales? O, ¿esta manera de hablar es una elusión de la realidad?

Si no es lógico sostener que el periodo de tiempo posterior al del despido haya de computarse en la antigüedad del trabajador, a ningún efecto, pues –se dice– en el mismo no se han prestado realmente servicios ni existe nexo laboral entre las partes (SSTS de 21-10-2004 y 10-06-2009), ¿cómo

puede aceptarse que en el artículo 279.2 b) de la LPL se afirme que para concretar la indemnización por no readmisión se compute como tiempo de servicio el transcurrido hasta la fecha del auto extintivo? En todo caso, ha de verse el criterio jurisprudencial, que expresa que el hecho de que la condena por despido improcedente incluya el pago de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta que se dicte la sentencia muestra el mantenimiento del vínculo en su aspecto económico, que no es una cantidad fijada atendiendo a parámetros ajenos a la retribución que viene abonando el empresario, sino que sustituye a ésta, a menos que el vínculo no se haya restablecido al haber optado la empresa, o en su caso el trabajador, por la indemnización¹⁸.

En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera. Se produjo, pues, en virtud de la dicción legal, un «restablecimiento» del contrato de trabajo, que tiene un singular tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico, de modo que si este reingreso del trabajador en la plantilla de la empresa no acaece, el artículo 279 de la LPL instrumenta un incidente de no readmisión, que puede terminar, como en el presente caso, por auto que declara la extinción de la relación laboral y abono de los salarios de tramitación, con la singularidad en cuanto a los salarios de tramitación, de que el referido auto, que pone fin al incidente de no readmisión, condena al pago de los mismos no desde la fecha del despido hasta la del pronunciamiento de la sentencia que declaró el despido improcedente –lo que ya fue objeto de condena en la sentencia inicial de despido– sino que la condena alcanza a los salarios devengados [art. 279.2 c) LPL] desde la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la fecha del repetido auto dictado en el incidente de no readmisión (según la STS de 3-01-2007). Según esta sentencia: la extinción del contrato de trabajo se produce en la fecha de notificación del despido, y no en aquella otra, posterior, en la que restablecida la relación laboral por no haber optado el empleador entre la indemnización económica o el reingreso, se vuelve a producir una nueva extinción por declaración hecha en el auto que pone fin al incidente de no readmisión dictado en fase de ejecución de sentencia.

No existe base jurídica alguna para hablar de un «restablecimiento» del contrato de trabajo, con un singular tratamiento en nuestro Ordenamiento Jurídico. ¿Dónde se encuentra la base de tal «restablecimiento», o qué disposición legal lo ordena? Lo único que hay es un régimen de extinción *ope iudice* del contrato de trabajo vigente hasta entonces.

¿Qué es eso de una nueva extinción de algo ya extinguido? ¿Cómo se va a volver a extinguir lo que ya no tenía vigencia alguna? ¿Qué tipo de ficción es ésa? ¿Cómo se puede justificar? ¿A qué sirve?

En caso de reingreso del trabajador, se dice que se ha «restablecido» el contrato de trabajo, por no haber optado el empleador entre la indemnización y el reingreso, y se volvió a declarar extinguido el contrato de trabajo «recuperado» (en el tenor de la STS de 3-01-2007).

De nuevo se habla de un «restablecimiento» y de una «recuperación» del contrato sin base alguna técnico-jurídica para ello, y sin que se sepa si es meramente formal o procesal o también material. Si se ha podido recuperar el contrato será porque no estaba desaparecido, extinguido. Y si se ha restablecido es porque existía, aunque no estuviera operativo. ¿Qué galimatías es ése de una

¹⁸ STS de 18-12-2007.

doble extinción: la primera con el despido y, luego, si el despido se declara improcedente y se opta por la readmisión se reconstruye la relación laboral, pero, si la readmisión no se lleva a efecto, se produce una nueva extinción por la declaración del auto (a que se refiere la STS de 12-02-2007)? No existe fundamento jurídico alguno para hablar de una doble extinción. Se trata de una operación de ingeniería jurídica para dar base a una declaración de partida que se tambalea porque carece de apoyo, y es la de que el empresario extingue el contrato, automáticamente, cualesquiera que sean las condiciones y circunstancias del despido. No es así, ya que lo único que se produce automáticamente es la desposesión del derecho del trabajador a la ejecución del contrato. Pero eso no es lo mismo que la extinción del contrato.

Si se procede a despedir al trabajador ya despedido por motivos posteriores a los consignados en la decisión extintiva mientras se halla sub iudice la calificación (según la STS de 27-02-2009), es porque la relación laboral no había fenecido.

Pero, antes que nada y en todo caso, lo que no se ha demostrado jurisprudencialmente, ni tampoco por la doctrina científica, es que el despido tenga como presupuesto lógico la terminación efectiva de la relación de trabajo (como se ha dicho, por ejemplo, en las SSTS de 1-07-1996, 3-07-2001).

Presupuesto es «el motivo, causa o pretexto con que se ejecuta una cosa», según el DRAE; ¿cómo va a ser motivo o causa o pretexto del despido, la previa extinción del contrato de trabajo? Ni lógicamente ni desde ninguna otra perspectiva metodológica. ¿Cómo se va a proceder al despido una vez que se ha extinguido el contrato? No tiene sentido alguno.

6. ALGUNAS IDEAS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA RETRACTACIÓN EMPRESARIAL DEL DESPIDO

La jurisprudencia ya había tenido ocasión de expresar sus criterios en torno a la eficacia de la retractación del empresario respecto del despido producido previamente por él mismo. Y ese criterio, aunque con algunos matices, era manifiestamente negativo.

Posteriores comunicaciones formales podrán tener la eficacia que la ley les reconozca, pero no demoran la existencia del despido realmente producido ¹⁹.

No cabe que por una decisión unilateral empresarial posterior con ofrecimiento de readmisión se restablezca un vínculo contractual ya roto e inexistente. Si el empresario, como parece deducirse de su carta anulatoria de la de despido, rectificó su decisión por incumplimiento de alguna de las formalidades del despido por causas objetivas previstas en el artículo 53 del ET en su redacción anterior a la vigente, con la posible finalidad de proceder a un nuevo despido dentro del plazo legalmente establecido, para subsanar infracciones cometidas anteriormente, ello tampoco subsana el acto extintivo anterior (art. 55.3 ET) y éste sólo surte efecto desde su fecha, como establece tanto la actual

¹⁹ STS de 22-09-1997.

redacción del artículo 55.2 del ET como la anterior; por último, para que exista dimisión del trabajador [art. 49.1 d)], tiene que existir vínculo contractual previo, circunstancia aquí no concurrente dada la extinción del contrato por voluntad empresarial²⁰.

La negativa del trabajador a reincorporarse tras la decisión empresarial de readmisión no 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, 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.

Una vez producido el despido se produce automáticamente la ruptura del vínculo contractual, como establece el artículo 49.1 k) del ET, que no puede entenderse rehabilitado por la unilateral decisión de la empresa de readmitir cuando el trabajador ya ha iniciado el proceso judicial que debe terminar conforme a cualquiera de las formas legalmente previstas en nuestro ordenamiento procesal, entre las que desde luego no se encuentra el ofrecimiento de readmisión, por la empresa, no aceptado por el trabajador.

De estimarse que el unilateral ofrecimiento de readmisión por parte del empresario deja sin efecto el despido y con ello la eficacia del proceso judicial ya interpuesto, podría causarse un evidente perjuicio al trabajador que opta por esperar la resolución del pleito sin reincorporarse a su puesto de trabajo, dando así lugar a un posible despido disciplinario, mientras que de estimarse lo contrario ningún perjuicio se causa a la empresa, que puede consignar la indemnización en el juzgado para limitar así el pago de salarios de tramitación, como permite el artículo 56.2 del ET, evitando con ello la eventual sinrazón que puede suponer el mantenimiento por el trabajador del proceso judicial, o la torticera utilización por el mismo de este mecanismo para continuar devengado salarios sin contraprestación alguna²¹.

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 (arts. 1.261 y 1.262 del CC) (STS de 17-12-1990). 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 (art. 1.256 CC)²².

²⁰ SSTs de 30-03-1995, 1-07-1996.

²¹ STSJ de Cataluña de 20-11-1998. Y añade: No puede olvidarse que es la empresa la que adopta la inicial decisión de despedir para luego reconocer la ilicitud de su conducta, lo que impide aplicar a estos hechos una solución perjudicial para el trabajador de la que el empresario pudiese acabar extrayendo algún beneficio cuando es su propia actuación la que le ha obligado a iniciar el proceso judicial, y ha dado lugar a esta situación de inseguridad jurídica que en ningún caso puede hacerse recaer sobre la parte que no ha contribuido a su nacimiento, y menos aún cuando el vigente sistema legal concede mecanismos al empresario para soslayar el posible perjuicio que pudiese ocasionarle el mantenimiento del procedimiento judicial por el trabajador, incluso injustificadamente.

²² STS de 3-07-2001. Añade que para que exista dimisión del trabajador [art. 49.1 d)], tiene que existir vínculo contractual previo, circunstancia aquí no concurrente dado la extinción del contrato por voluntad empresarial. *Id.* también SSTs de 15-11-2002 y 11-12-2007.

En el caso de que el trabajador había presentado la papeleta de conciliación el día 3 de octubre de 1999 y ésta había tenido lugar, sin efecto, el 16 de octubre, y al recibir el 18 de octubre el telegrama que instaba a su reincorporación, no sólo el vínculo laboral se había extinguido, sino que con el cumplimiento del requisito preprocesal de la conciliación, la relación procesal que sirve de soporte a la reclamación ya se hallaba entablada ²³.

Es indiferente a estos efectos que el ofrecimiento de readmisión se hiciese después de presentada la demanda, ya que lo decisivo es que 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 (art. 63 LPL) y por tanto es un requisito esencial, juntamente con la demanda para constituir válidamente la relación jurídico-procesal ²⁴.

Son suficientes estos documentos jurisprudenciales para expresar el parecer y criterio del TS al respecto.

7. PLANTEAMIENTOS CIENTÍFICOS SOBRE LA EFICACIA DE LA ENERVACIÓN DE LA ACCIÓN

La enervación de la acción es una opción legal que ofrece el artículo 22.4 del Ley de Enjuiciamiento Civil (LECiv.) en procesos de desahucio de finca urbana, si se producen antes de la celebración de la vista y el arrendatario paga al actor o pone a su disposición en el tribunal o notarialmente el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento en que tiene lugar dicho pago enervador del desahucio.

Se trata de una posibilidad única, de modo que no se puede repetir si el arrendatario hubiera enervado el desahucio en otra ocasión anterior. Tampoco es utilizable si el arrendador hubiera requerido de pago al arrendatario por cualquier modo fehaciente, al menos con dos meses de antelación a la presentación de la demanda, y el pago no se hubiese efectuado al tiempo que dicha presentación.

De ello se deduce la existencia de varias notas configuradoras: el ejercicio del derecho de enervación de la acción ha de tener lugar por una sola vez; existe imposibilidad de ejercicio cuando el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario por un medio fehaciente con antelación de dos meses a la presentación de la demanda, sin que el pago se hubiera hecho al tiempo de dicha presentación; el ejercicio del derecho a la enervación de la acción debe tener lugar en cualquier momento antes del inicio del juicio; la cantidad que se debe pagar o consignar es la suma de lo realmente adeudado en el momento de pretenderse la enervación; la suma debida ha de estar fijada con claridad, pues si no existe liquidez de la misma se hará preciso acudir a otro proceso previo para su concreción; la cantidad que se ha de consignar incluye tanto las rentas como cantidades debidas por el arrendatario por otros conceptos como rentas

²³ STS de 15-11-2002.

²⁴ STS de 11-12-2007.

o intereses o impuestos; no es posible que a la consignación o pago se le añada alguna condición, cualquiera que sea ésta; y no es posible plantear la disconformidad con el importe reclamado²⁵.

Si se acude a la doctrina científica laboral, específica, encontramos algunos pareceres, de los que se pueden destacar los siguientes:

Es posible en el ámbito laboral el ejercicio de la enervación de la acción, como con carácter general se dice: quien excepciona no insta condena alguna contra o frente al excepcionado, sino que se limita, pura y simplemente, a articular su defensa procesal, o sea a instar su absolución, si la excepción enerva plenamente a la acción ejercitada en su contra, o, al menos, su absolución parcial, si éste es el alcance de la excepción que opone.

En la STS de 6 de abril de 2004, recogiendo doctrina de la STS de 27 de mayo de 1997, se dice que mediante la contestación a la demanda el demandado, que no se allana a la misma, oponiéndose a la pretensión actora, pide que no dicte contra él una sentencia condenatoria. Como contenido de la contestación del demandado cabe que por éste se admitan, total o parcialmente, los hechos de la demanda fundamento de la pretensión actora, pero que se oponga a aquélla invocando excepciones materiales, respecto del fondo del asunto, fundadas incluso en hechos nuevos, siempre y cuando se mantenga dentro de la misma relación jurídico-material deducida en el proceso por el actor y no susciten un objeto procesal distinto. Entre esos hechos, objeto de posible alegación por el demandado, están los impeditivos, los extintivos y los excluyentes. Los extintivos, que son los que ahora nos afectan, son aquellos producidos con posterioridad a los hechos constitutivos que han podido suprimir sus efectos, como el haberse producido la extinción de la obligación pretendida por el actor por haberse efectuado alguno de los modos reconocidos legalmente»²⁶.

También se acepta en otras circunstancias. Así, se dice: es suficientemente clara la exposición de motivos del PLC cuando establece que «la declaración de concurso no afecta, en principio, a la vigencia de los contratos con prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes; no obstante, en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato, como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento. No se admiten las cláusulas contractuales de resolución o extinción en caso de declaración de concurso, pero sí la aplicación de normas legales que dispongan la extinción o expresamente faculden a las partes para pactarla o para denunciar el contrato (nota 10)²⁷.

O cuando se trata de la enervación en el ámbito laboral, si bien, para negar su eficacia en el caso concreto. Así, se dice que el artículo 50.1 b) tiene una sustantividad propia, no es un mero reflejo de lo previsto en el artículo 1.124 del CC. Por ello, si en la generalidad de los casos incluidos en el artículo 50.1 c), la alternativa del artículo 1.124 del CC será aplicable, y el trabajador deberá optar entre exigir el cumplimiento o solicitar la resolución del contrato, en el caso del artículo 50.1 b) la acción para obtener el cumplimiento es compatible con la acción de resolución, e

²⁵ MAGRO SERVER, Vicente: *Enervación de la acción de desahucio*, Ed. La Ley, Madrid, págs. 5.034 y ss.

²⁶ MARÍN CORREA, José María: «Reconvención y excepción de compensación», *Actualidad Laboral*, N.º 3, 1 al 15 feb. 2005, Ref. 72, pág. 317, tomo 1, Ed. La Ley.

²⁷ DEL REY GUANTER, Salvador y LUQUE PARRA, Manuel: «Proyecto de Ley Concursal y Relación Laboral», *Relaciones Laborales*, N.º 22, 23 nov. al 8 dic. 2002, Año XVIII, pág. 463, tomo 2, Ed. La Ley.

incluso ésta no se enerva por el hecho de que el empresario cumpla tras la reclamación. Además, la acción resolutoria no se enerva por el pago de la cantidad adeudada, ya que la misma tiene por soporte tanto el impago como el retraso en el pago. Si el despido es posterior al ejercicio de la acción resolutoria, dicho despido no enerva la acción de resolución²⁸. O cuando se afirma que si la no permanencia en el trabajo es por causa y decisión de la empresa, con ello no se detiene ni enerva el ejercicio y decisión de la acción resolutoria planteada. (Nota 44: STS Sala Social 4 de febrero de 1986, rec. casación por infracción de ley, Ar. 1986/70, FJ 1.º)²⁹.

El artículo 56.2 del Estatuto reformado permite al empresario enervar el devengo ulterior de salarios de tramitación y limitar su cuantía a los correspondientes al periodo que va desde el despido hasta el acto de conciliación, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) que la opción de readmitir corresponda al empresario, lo que presupone un despido declarado improcedente; b) que el empresario reconozca en el acto de conciliación la improcedencia del despido; c) que en el propio acto ofrezca la indemnización establecida en el artículo 56.1 a) del Estatuto (45 días por año), depositándola en el juzgado a disposición del trabajador en el plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes al acto de conciliación³⁰.

La empresa ha satisfecho la indemnización debida por el despido improcedente. Y este pago y tal efecto deben tener, al menos la misma, si no una mayor repercusión jurídica que el depósito judicial. En efecto, el depósito judicial es eficaz cuando el acreedor no quiere recibir el pago ofrecido; pero si hay pago y aceptación, no hay razón de depósito. Es cierto que en el caso estudiado, es una previsión legal; pero la ley no debe ser interpretada contra principios tan elementales como el de la autocomposición, aquí en el sentido de no configurar como imprescindible la interposición judicial si las partes no impugnan las respectivas conductas de pago y de aceptación.

No es aceptable la doctrina dirigida a «judicializar» innecesariamente una cuestión que el legislador intenta dejar fuera de la discordia litigiosa. Más aún, esta doctrina enerva y debilita el propósito del legislador, tendente a la solución voluntaria e interna del despido improcedente³¹.

8. LA EJERCITABILIDAD DE LA ENERVACIÓN DE LA ACCIÓN EN EL PROCESO LABORAL

Este mecanismo legal de eliminación del contencioso laboral se ha contemplado en diversas ocasiones por el TS, en cuanto posible; es decir, su operatividad, aunque para los casos concretos que

²⁸ DURÁN LÓPEZ, Federico: «Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido», *Relaciones Laborales*, 1990, pág. 363, tomo 1.

²⁹ CARDONA ÁLVAREZ, Antonio M., y JERÓNIMO SÁNCHEZ-BEATO, Estefanía: «Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y cláusula de conciencia del profesional de la información», *Actualidad Laboral*, N.º 42, 10 al 16 nov. 2003, Ref. XXXVIII, pág. 711, tomo 3, Ed. La Ley.

³⁰ FOLGUERA CRESPO CRESPO, José: «Despido disciplinario y reforma laboral: Aspectos procesales». *Actualidad Laboral*, 1995, Ref. I, pág. 1, tomo 1, Ed. La Ley.

³¹ MARÍN CORREA, José María: «Despido improcedente reconocido y salarios de tramitación». *Actualidad Laboral*, N.º 20, 15 al 30 nov. 2006, Ref. 756, pág. 2.469, tomo 2, Ed. La Ley.

se van a citar la decisión fuera desfavorable. Lo que importa no es tanto el resultado como la idoneidad del método jurídico seguido.

Se pueden expresar algunos casos:

En un supuesto se pretendía la resolución del contrato por retrasos e impagos de salarios por el demandado. Dice el TS, respecto de si la falta de reclamación de la trabajadora durante un cierto periodo de tiempo enerva –por su transcurso– la acción extintiva, precisamente por la concurrencia de un componente también intencional en la conducta del perjudicado, que la demora en la reclamación no la convierte en intempestiva, porque con ella se trata de introducir gratuitamente en el ejercicio de la acción un requisito inexistente en la ley, puesto que la facultad extintiva prevista en el artículo 50.1 b) del ET no requiere intentos previos del trabajador dirigidos a que el empresario cumpla con la obligación que le impone el artículo 4.2 f) del mismo Estatuto, operando la causa extintiva de manera totalmente objetiva; no hay que olvidar que el artículo 50 del ET no deja de ser trasunto laboral del artículo 1.124 del CC, que permite al perjudicado por el incumplimiento ajeno escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos, sin condicionar en forma alguna la solicitud de resolución por incumplimiento a la previa exigencia de que la obligación sea cumplida; es rechazable la inseguridad jurídica a que se sometería al trabajador, si la falta de reclamación frente a la desatención obligacional por el empresario pueda valorarse como aquiescencia (incumplimiento consentido)³².

En el mismo tipo de proceso, se expresa que el pago no enerva la acción, por cuanto que lo importante no será que en el momento de accionar o de dictarse sentencia subsistan las irregularidades, sino la constatación de que han existido³³.

En un caso de demanda de resolución indemnizada del contrato de trabajo a instancia de varios trabajadores se afirma que el pago posterior a la demanda de la deuda no enerva la acción ejercitada; el pago, no enerva la acción, por cuanto que lo importante no será que en el momento de accionar o de dictarse sentencia subsistan las irregularidades, sino la constatación de que han existido³⁴.

9. IMPORTANTE SINGULARIDAD DEL PRESENTE CASO: LA RETRACTACIÓN EMPRESARIAL ES ANTERIOR A TODO ACTO IMPUGNATORIO DEL TRABAJADOR

La singularidad que el TS reconoce en la STS de 7 de octubre de 2009 consiste en que ninguna sentencia de este Tribunal ha contemplado una retractación empresarial previa al trámite preprocesal de conciliación, como en el caso presente y en que la retractación, previa a constituirse la «litis contestatio» está –a entender de la empresa– justificada por las circunstancias del caso (concretamente la existencia de error al adoptar la inicial decisión extintiva).

³² STS de 10-06-2009.

³³ STS de 29-05-1990, STSJ de Extremadura de 9-06-2006.

³⁴ SSTs de 22-05-1995, 25-01-1999, 29-05-1990, STSJ de Extremadura de 3-04-2007.

Por ello, el TS se pregunta, en esta sentencia, si cabría plantearse que, en determinadas y excepcionales circunstancias, el planteamiento del proceso –pese a la citada retractación empresarial, producida antes de presentada la papeleta de conciliación– pudiera calificarse de contrario a la exigible buena fe y abusivo ejercicio de un derecho (conforme a las prevenciones del art. 7 CC); o que simplemente deba apreciarse falta de objeto y de acción (la denominada «falta de causa para litigar»), si bien –en uno y otro caso– ese abuso o falta de objeto únicamente podría tener trascendencia respecto de los salarios de tramitación.

La consecuencia no debería poder ser otra, a partir de la doctrina hasta ahora expresada, dado que no se ha iniciado contencioso alguno, ni se ha cumplido el requisito previo de la presentación de papeleta de conciliación administrativa, de que el empresario no estaba negando el acceso a la justicia, sino evitando que el trabajador tuviera que acudir a los tribunales, para poder satisfacer plenamente sus derechos.

10. LAS DUDAS Y VACILACIONES DE LA STS DE 7 DE OCTUBRE DE 2009 SOBRE LA ACEPTACIÓN –EN CIERTOS CASOS– DE LA RETRACTACIÓN EMPRESARIAL

10.1. Dice el TS en su STS de 7 de octubre de 2009 que el contrato de trabajo tiene naturaleza bilateral y consensual, de manera que la posible restauración del vínculo tras su ruptura por decisión unilateral de una de las partes requiere inexcusablemente el consentimiento de la otra parte.

El rechazo por el TS de la eficacia de la retractación empresarial del despido se basa en la eficacia extintiva del acto de despido, conforme a la cual la comunicación de aquél comporta –sin excepciones– que el contrato de trabajo se extinga, no siendo precisa resolución judicial para que dicha finalización contractual se produzca, habida cuenta del «carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo; de forma que el restablecimiento de la relación sólo tiene lugar si hay readmisión y ésta es regular, tras la correspondiente declaración judicial o por aquiescencia voluntaria del trabajador. La eficacia extintiva y constitutiva del despido determina 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 rasgo alguno definitorio del abuso del derecho en esa posible reclamación frente a una decisión patronal ilegítima, puesto que cuando se solicita la tutela judicial que impone el artículo 24.1 de la CE, no es apreciable anormalidad alguna en el ejercicio de la acción, una voluntad de perjudicar o posibles daños y perjuicios no legítimos.

Ha quedado expuesto cómo no es tan clara ni rotunda o incuestionable la idea del TS, expresiva de que el despido destruye automáticamente, en toda clase de supuestos, el contrato de trabajo existente entre las partes. Razones legales, lógicas y sus propias sentencias hacen muy pantanosa y de imposible aceptación la referida teoría.

10.2. También se basa el TS para rechazar la retractación empresarial en la doctrina del abuso del derecho, que requiere una actuación aparentemente correcta que, no obstante, representa en realidad una extralimitación a la que la ley no concede protección alguna, generando efectos negativos (los más corrientes, daños y perjuicios), al resultar patente la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, así como la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho; exigiendo su apreciación una base fáctica que proclame las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo); lo que se traduce en que no cabe apreciar el abuso de derecho en quien actúa dentro de las previsiones legales, haciendo uso de los mecanismos procesales para hacer valer su derecho, y cuando la sanción del efecto pernicioso está garantizada por un precepto legal. El abuso de derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo, y no se puede invocar en favor de quien es responsable de una acción antijurídica.

Pues bien, si el empresario ofrece al demandante todos y cada uno de los efectos que el texto legal ofrece al demandante en caso de despido nulo o improcedente, y reconoce la improcedencia o nulidad del despido, así como la existencia de un error imputable al propio empresario, en la base de la decisión extintiva, no se puede entender cómo puede el demandante exigir la prosecución del proceso por despido, negando la retractación empresarial, sin que ello venga a ser un supuesto de fraude procesal y de ejercicio abusivo de la vía judicial o, como dice alguna de las sentencias que se han citado, se está colaborando en una desmedida e infundada judicialización de la vida laboral.

10.3. En el supuesto de despido retractado, puede argüirse –al menos en teoría– frente al empleado, en el caso de que rechace primeramente la oferta preprocesal de reincorporación y solicite con posterioridad en vía judicial lo mismo que previamente había rehusado, siempre que la retractación esté justificada y la oferta cumpla determinados requisitos; o lo que es lo mismo, la contradicción –actos propios– no está en la rectificación de una decisión previa, sino en la reacción de la otra parte, que en el caso de despido es objeto de simultánea y opuesta respuesta (el trabajador se niega a aceptar la reincorporación ofrecida por la empresa, pero a la vez la solicita en vía judicial).

Es cierto que en este caso, el demandante incurriría no tanto en una contradicción con actos propios, sino que estaría acudiendo fraudulentamente al proceso laboral.

10.4. Dice la STS de 7 de octubre de 2009 que para llegar –hipotéticamente y desde una perspectiva propia del Derecho Civil– a una solución diversa, la decisión rectificadora del despido nunca podría obedecer a un criterio meramente volitivo ni atender a razones de oportunidad o estrategia jurídica alguna que pudieran perjudicar los intereses del trabajador, ni responder a un calculado asesoramiento, sino que –en un plano teórico, de estricto Derecho Común– por necesidad habría de traer única causa en un vicio del consentimiento (singularmente el error excusable), en aplicación de las previsiones contenidas en los artículos 1.261 y siguientes del CC. Y que este vicio de consentimiento se hubiese participado al trabajador en la comunicación rectificadora y que la explicación dada por el empleador fuese de evidente razonabilidad y accesible acreditamiento.

Pero, para alcanzar tal solución, ni siquiera bastaría con el vicio del consentimiento, sino que sería preciso –además– que las circunstancias evidenciasen la seriedad y regularidad de la reincor-

poración que se oferta, con restauración en su integridad del vínculo de trabajo previamente extinguido por la decisión viciada (mismo puesto de trabajo, salarios no satisfechos, alta en la Seguridad Social y cómputo –a todos los efectos– del tiempo durante el cual la relación ha permanecido extinguida); y siempre que se ofreciese aquello que pudiera obtenerse por el trabajador en vía judicial, incluido el reconocimiento de que la medida extintiva adoptada no era adecuada a Derecho; esto último, porque no cabe discutir la existencia de legítimo interés en que conste una declaración sobre tal extremo, y porque tampoco cabe negar al trabajador despedido el máximo –legalmente posible– de su protección jurídica, en la que por fuerza ha de incluirse la declaración de «improcedencia», ya que no se trata –como acabamos de decir– de un dato jurídicamente neutro.

Ello sería así porque –cumplidos con rigor todos los requisitos indicados, conducentes a una *restitutio in integrum*–, pudiera pensarse que el principio de buena fe (art. 1.258 CC) impone que cuando está plenamente justificada la rectificación empresarial (por trascendente vicio de consentimiento en la decisión inicial), cuando la causa de la misma se ha explicitado cumplidamente al trabajador y por virtud de la misma se ofrece extrajudicialmente todo aquello que procedería por ministerio de la ley, en términos que excluyan que al operario despedido pueda alcanzarle algún posible perjuicio por el hecho de aceptar la oferta consecuenta con la retractación, en estos excepcionales casos resultaría obligada –aparentemente– la aceptación del ofrecimiento, pues de lo contrario parece que se incurriría –desde la estricta perspectiva del Derecho Civil, insistimos– en la figura del abuso de derecho (art. 7 CC), consistente en devengar salarios sin la correspondiente prestación de servicio, que a la par se ofrece por el empleador; y también para no incurrir en la «falta de causa para litigar», por ausencia de objeto y de acción.

Para que el error invalide el consentimiento –como se desprende del art. 1.266 CC– es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del negocio; y además, que sea excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente.

Continúa diciendo la STS de 7 de octubre de 2009, que se presenta sugestivo pensar que la solución procesal que legalmente se impone para los supuestos de despido (arts. 103 a 113 LPL) haya de entenderse limitada –cuando menos en todas sus estrictas consecuencias– a los supuestos en que tal negocio jurídico unilateral (la decisión de extinguir el contrato) cumpla los requisitos que le son propios como tal negocio, entre ellos el consentimiento no viciado; o lo que es igual, que la normal –y completa– regulación procesal del «despido» hubiese de limitarse a los actos que gozan de la eficacia que corresponde a una válida decisión empresarial de dar por concluida la relación laboral, y que por ello no debería alcanzar en su integridad a los supuestos en que tal decisión se acredite haber sido tomada con vicio en la formación de la voluntad. Y ello, porque todo negocio jurídico requiere inexcusablemente consentimiento (art. 1.261 CC), a la par que es nulo el prestado por error sustancial (arts. 1.265 y 1.266 CC) y que pueden ser anulados los negocios jurídicos que adolecen de vicio invalidante (art. 1.300 CC); preceptos paradigmáticamente aplicables –se ha destacado por la doctrina– en el campo del Derecho del Trabajo.

Es totalmente aceptable y sugestivo este planteamiento que posibilita la retractación empresarial para el caso de *restitutio in integrum*, y de error excusable, así como que la explicación dada por el empleador fuese de evidente razonabilidad y accesible acreditamiento.

10.5. Ahora bien, añade la STS de 7 de octubre de 2009 que la posible anulabilidad del acto del despido por parte del empresario (al concurrir error sustancial y excusable) en forma alguna significa que no se haya producido ya la extinción del contrato de trabajo, porque –pese a todo– su viciada decisión ya ha producido, conforme a lo dicho, el efecto de poner fin a la relación laboral. Y es aquí –en este punto del razonamiento– donde reiterar nuestra clásica doctrina, ya referida, de que la acción por despido tiene como presupuesto lógico la finalización efectiva de la relación de trabajo, determinada por el carácter constitutivo del despido.

Esta marcha atrás en el planteamiento posibilista, tan razonablemente expresado, se apoya en el vacío, en la alegada y no demostrada extinción automática e inmediata y cualesquiera que sean las circunstancias, de todo despido empresarial.

10.6. Añade esta STS de 7 de octubre de 2009 que no es aplicable el régimen que deriva del Derecho Común, no sólo porque no existe laguna normativa alguna que colmar en el caso del despido, sino también porque tampoco los preceptos del CC llevarían a otra conclusión que no fuese la tradicional de esta Sala; y en último término, porque la entrada en juego de los citados mandatos del Código –de conducir a otra solución, lo que negamos– sería notablemente distorsionadora en la materia de que tratamos.

La regulación sobre el despido contenida en el ET y en la LPL se presenta cerrada en sus soluciones y sin margen alguno para la retractación (cualquiera que sea su causa), desde el momento en que sólo admite –como actuación empresarial moderadora de los normales efectos que acompañan a la inicial decisión extintiva– el reconocimiento de la improcedencia del despido y el ofrecimiento de la indemnización (art. 56.2 ET),

Atribuir eficacia vinculante a la retractación empresarial, aun mediando error excusable y comunicación readmisoria con toda suerte de garantías para el empleado, no sólo sería del todo distorsionador del proceso por despido, sino que difícilmente satisfaría el exigible –y constitucional– derecho a la tutela judicial efectiva y no protegería los intereses del trabajador en los términos que finalísticamente se derivan de la regulación que sobre el proceso especial por despido contiene la LPL.

La propia naturaleza de la anulabilidad impone el ejercicio de la acción tendente a la declaración judicial de la ineficacia del acto, en este caso, el despido, y esto determina la necesaria utilización de un proceso independiente y ajeno al del despido, por cuanto que así lo impondrían la referida necesidad de accionar (sin ella el acto sigue siendo eficaz y desarrollando todos sus efectos) y la inacumulabilidad de acciones. No hay que olvidar que el artículo 27.2 de la LPL expresamente rechaza la vía reconvenzional en el proceso por despido; y en todo caso, el planteamiento en el juicio de despido –por el empresario– de la validez de su retractación excedería con mucho de lo que pudiera calificarse como simple defensa procesal limitada a probar la existencia de «hechos impeditivos»

al ejercicio del acción por despido. Se trataría –más bien– de una solapada e indebida acumulación de acciones.

La posible eficacia vinculante de la retractación sería altamente distorsionadora de la regulación legal, aun cuando la pretensión se ejercitase en proceso independiente. Distorsionadora en dos aspectos: porque resultaría de muy problemática articulación con la acción por despido, puesto que la lógica lleva a pensar que tal cuestión necesariamente habría de resolverse –para el caso de su ejercicio independiente– con anterioridad al juicio por despido. En segundo término, como los actos anulables producen todos sus efectos hasta que judicialmente se les priva de eficacia, el efecto pretendido de eliminar los salarios de trámite, en manera alguna se conseguiría, pues la indicada remuneración se devengaría hasta la fecha de la sentencia, que mal podría dictarse con mayor premura que la que corresponde al proceso por despido, por lo que la hipótesis habría de rechazarse por contraria a la economía de la parte y a la procesal.

A todas estas alegaciones que tratan de fundamentar la negativa de la retractación empresarial se ha de contestar diciendo que una cosa es que el Ordenamiento Jurídico posibilite el nuevo despido, bien desde el artículo 55.2 de la LET, en el que se permite al empresario que capta la existencia de defectos procedimentales o formales, un nuevo despido, si no han transcurrido más de 20 días desde que se produjo el primero y si pone a disposición del trabajador los salarios devengados desde entonces, con mantenimiento durante los mismos del alta en seguridad social; o bien a través del artículo 110.4 de la LPL, dentro del plazo de 7 días siguientes a la notificación de la sentencia declarativa de la improcedencia por razones formales. O, incluso que se acepte que el empresario reconozca la improcedencia, a los solos efectos de la entrega de la indemnización, extinga el contrato y reduzca el importe de los salarios de tramitación, según el artículo 56.2 de la LET. Y otra cosa es que exista previsión legal, para aceptarla o rechazarla, de la retractación empresarial, cuando la opción corresponde al trabajador o cuando el despido es nulo, o en cualquier caso en que se ofrezca la readmisión. Respecto de este extremo es manifiesto que no hay regulación legal. Tanto más si se considera que el sistema no es rechazado de modo general, por la jurisprudencia que se ha citado y viene reconocida la facultad de enervación de la acción en el artículo 22.4 de la LECiv.

No puede existir distorsión del proceso por despido si, dentro de éste, se procede a la conciliación judicial o se dicta sentencia de conformidad con la retractación y con efectos desde el momento en que tuvo lugar.

Esa necesidad de un previo proceso para declarar la anulabilidad e ineficacia del acto es innecesaria, pues el interés de las partes se satisface estimando la retractación, dentro del proceso por despido, como se ha dicho.

No existe reconvención alguna, ni acumulación indebida de acciones, pues el empresario nada reclama del demandante. Se trata de un hecho obstativo a la prosecución del proceso, más allá de la situación en que se encuentre en el momento de la retractación, aunque si se ha iniciado ya es conveniente que llegue a juicio para que se alegue y ratifique la retractación y cualquier oposición del demandante a los términos de la oferta empresarial, para no atender aquélla –si fuera necesario– y proseguir el proceso hasta la sentencia.

Si la retractación cumple todos los requisitos dichos, los salarios de tramitación no se eliminarían, pero se limitarían hasta el momento de notificación de la retractación.

No sólo no es una solución contraria a la economía procesal, sino que la ejemplariza, al evitar una parte del juicio o todo él, con el mejor resultado que hubiera podido obtener en el mismo el demandante, fuera de los efectos exclusivamente derivados del fraude procesal.

10.7. Ahora bien, la STS de 7 de octubre de 2009 rechaza la eficacia concreta de la retractación enjuiciada, por considerar que en el caso concreto no concurrían aquellas circunstancias determinantes de vinculante rectificación. Y ello porque ninguna referencia expresa se hace a que su despido hubiese sido improcedentemente acordado (no tiene el mismo significado decir que el despido es «improcedente» que expresar «quedó sin efecto», ya que esto último puede decidirse por cálculo de conveniencia o por mera benevolencia); ni a que hubiese sido dada de alta nuevamente en la Seguridad Social o al salario devengado con posterioridad al 12 de junio (fecha del alta médica) y hasta la reincorporación; ni para nada se alude a las prestaciones complementarias del subsidio de IT a cargo de la empresa (aunque ciertamente figuran en la nómina de mayo); como tampoco se hace referencia al cómputo del tiempo con el contrato extinguido a efectos de antigüedad.

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

Sorprende extremadamente que el tiempo posterior al despido, si se parte de que –como dicen algunas SSTs– se ha extinguido con él el contrato, haya de contabilizarse a efectos de antigüedad, pues aparece negado expresamente por la jurisprudencia, como se cita en la STS de 21 de octubre de 2004. De todos modos es de aceptar esa exigencia de computar a todos los efectos como tiempo de trabajo el tiempo posterior al despido hasta la efectiva extinción del contrato de trabajo, incluido el tiempo correspondiente a los salarios de tramitación.

Pero al margen de esta observación, se tiene que compartir la conclusión de la STS de 7 de octubre de 2009, pues, viniéndose a aceptar la validez de la retractación, se rechaza la concreta que se estudia por faltar los requisitos esenciales, por otra parte ya expresados.

10.8. En tales condiciones, con independencia de que la Sala no considera eficaz la retractación del despido, cualquiera que sea su causa y cualesquiera que sean las condiciones en que se ofrezca la readmisión, lo cierto es que de ninguna forma aprecia en la actuación de la trabajadora demandante la ausencia de finalidad legítima (el ejercicio del derecho no se aparta de la finalidad para la que está concebido) ni exceso en el ejercicio del derecho que caracterizan la figura del abuso (recordemos que con arreglo al artículo 7 del CC, el ejercicio abusivo ha de ser «manifiesto» y que conforme a la jurisprudencia es de «índole excepcional y alcance singularmente restrictivo»), sino la razonable utilización del mecanismo procesal adecuado para hacer valer sus derechos frente a quien ha llevado a cabo una actuación antijurídica y que ni tan siquiera persistió en su oferta readmisoria en el acto de conciliación ante el correspondiente servicio administrativo, con todo lo que indiciariamente ello representa sobre la finalidad –seriedad– del ofrecimiento; con lo que –cualquiera que fuese la tesis que se mantuviese respecto de la controvertida eficacia de la retractación– no estaríamos en ningún caso frente a la petición con «manifiesto abuso» que los Tribunales «rechazarán fundadamente», en palabras de los artículos 11.2 de la LOPJ y 247.2 de la LECiv.

En fin, se llega a esta conclusión, con bastante sorpresa acerca de la falta de coherencia del razonamiento, acerca de las manifiestas dudas sobre el sistema que, siendo aceptado teóricamente, se rechaza como postura de principio, sin que existan razones adicionales que lo justifiquen. Son manifiestas las contradicciones de esta sentencia sobre la validez, eficacia, adecuación y conveniencia de la enervación de la acción en que consiste la retractación empresarial del despido.

No puede olvidarse que en el artículo 121.2 de la LPL se acepta la enervación de la acción, si bien para rechazarla por el mero hecho de que el trabajador haya percibido la indemnización ofrecida por el empresario y ejercitado el tiempo de permiso para buscar nuevo empleo, en los casos de despido por despido objetivo.

11. CONCLUSIÓN DEFINITIVA: ES INEVITABLE ACEPTAR LA RETRACTACIÓN EMPRESARIAL DEL DESPIDO, SI REÚNE CIERTAS CONDICIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.4 de la LECiv., 121.2 de la LPL, y demás disposiciones citadas en la STS de 7 de octubre de 2009, además de por los argumentos expresados en esta sentencia, se ha de acoger la posibilidad del ejercicio del Derecho empresarial a enervar la acción de despido, a través de la denominada retractación empresarial del despido, si la decisión rectificadora del despido trae única causa en un vicio del consentimiento, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del negocio; y además, que sea excusable, en aplicación de las previsiones contenidas en los artículos 1.261 y siguientes del CC, vicio de consentimiento que se ha de participar al trabajador en la comunicación rectificadora, y que la explicación dada por el empleador fuese de evidente razonabilidad y accesible acreditamiento.

Requiere, además que se reconozca expresamente por el empresario que la decisión extintiva adoptada no era adecuada a Derecho, y que proceda el empleador, con las garantías de seriedad y regularidad necesarias, a la reincorporación que se oferta, con restauración en su integridad del vínculo de trabajo (mismo puesto de trabajo, salarios no satisfechos, alta en la Seguridad Social y cómputo –a todos los efectos– del tiempo durante el cual la relación ha permanecido extinguida); y siempre que se ofreciese aquello que pudiera obtenerse por el trabajador en vía judicial.

Podría pensarse en si sería conveniente aceptar la unicidad del acto de enervación a que se refiere el artículo 22.4 de la de la LECiv., o si un requerimiento formal y fehaciente del despido al empresario frente al despido obstaría el derecho a enervar, pero en el presente momento no se pueden transpolar estos requisitos y exigencias, sin más, al ámbito laboral.

En todo caso, se ha de concluir diciendo que la enervación mediante la retractación del despido no puede ser condicionada ni más limitada que lo que pretenda la parte demandante en su demanda, con la única excepción de los salarios de tramitación, que tan sólo habrán de durar hasta la notificación de la retractación.