

Recurso Num.: 210/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel López García de la Serrana

Votación: 01/12/2009

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Dolores Mosqueira Riera

## **TRIBUNAL SUPREMO.**

### **SALA DE LO SOCIAL**

Excmos. Sres.:

D. Gonzalo Moliner Tamborero  
D. Aurelio Desdentado Bonete  
D. Luis Fernando de Castro Fernández  
D. José Manuel López García de la Serrana  
D<sup>a</sup>. Rosa María Virolés Piñol

En la Villa de Madrid, a siete de Diciembre de dos mil nueve Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Alfonso Carlos Ruiz Galiana en nombre y representación de MELDEN S.A., BARADA S.L. y GRUPBAU S.A. contra la sentencia dictada el 2 de diciembre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 4365/08, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid, en autos número 508/08, seguidos a instancias de xxxx contra MELDEN S.A., BARADA S.L., GRUPBAU S.A. sobre DESPIDO.

Ha comparecido en concepto de recurrido xxxxx representado por el Letrado Don José Carlos Mateo Raposo.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA,

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 29 de mayo de 2008 el Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid dictó sentencia, en la que se declararon probados los siguientes hechos:

"1º.- D. xxxx ha venido prestando servicios para las empresas demandadas desde el día 29-6-99, en virtud de distintos contratos de trabajo de obra o servicio determinado, con la categoría profesional de oficial de primera Gruísta y percibiendo un salario bruto mensual de 2.337,15 euros con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras como media del salario percibido del mes de Julio al mes de diciembre del 2007, todo ello en los términos que constan en los contratos de trabajo aportados como documentos 9 y siguientes junto con el escrito de demanda y cuyo contenido se da aquí por reproducido.

2º.- La relación laboral se inició en la fecha indicada en virtud de un contrato de trabajo de fijo en obra suscrito con la empresa BARADA S.L. para prestar servicios como pinche 17 años.

En fecha 17-5-00 la empresa le comunicó la finalización de ese contrato con fecha 31-5-00 por terminación de los trabajos de su especialidad en la obra Calle de Madrid, señalando en el escrito

que se le comunica que el cese se le comunica con el preaviso de 15 días naturales.

En fecha 1-6-00 el actor suscribió un contrato en los mismos términos que el anterior pero esta vez para prestar servicios como peón ordinario, siendo la empresa contratante MELDEN S.A. En fecha 15-1-01 la empresa le comunicó que con fecha 31-1-01 cesaría en su prestación de servicios en la empresa por terminación de los trabajos de su especialidad u oficio, en concreto en la obra de la Calle de Madrid, indicando que el cese se le comunica con 15 días naturales de preaviso.

En fecha 1-2-01 el actor suscribió con la empresa GRUPBAU S.A. un contrato de fijo en obra en los mismos términos que el anterior. El actor fue dado de baja por dicho contrato el 30-6-03. En fecha 1-7-03 el actor suscribió un contrato de fijo en obra en los mismos términos que los anteriores, si bien haciéndolo con la empresa BARADA S.L. y para prestar servicios como Oficial de 1ª Gruísta.

En fecha 30-1-04 dicha empresa notificó al actor que con fecha 15-2-04 cesaría en su prestación de servicios en esa empresa por terminación de los trabajos de su especialidad u oficio en la obra Calle de Galapagar, y que ello se le comunica con 15 días naturales de preaviso.

En fecha 16-2-04 el actor suscribió un contrato en los mismos términos que el anterior con la empresa GRUPBAU S.A. para prestar servicios en la obra de la Avda. de Villanueva de la Cañada en Madrid. En fecha 14-6-04 la empresa le comunicó la finalización de ese contrato por terminación de la obra con fecha 30-6-04 y con el preaviso de quince días naturales.

En fecha 1-7-04 el actor suscribió un contrato de trabajo en los mismos términos que el anterior con la empresa BARADA S.L. para prestar servicios en la obra del Sector 4 La Pasada, de Villanueva de la Cañada.

En fecha 11-6-07 la empresa le comunicó el fin de contrato con efectos del día 28-6-07 y el preaviso de quince días naturales. En esa misma fecha el actor suscribió un recibo de finiquito declarando haber percibido la suma de 3.336,67 euros, firmando igualmente la nómina con el desglose correspondiente en los términos que constan en el documento 8 y 9 de los aportados por la parte demandada cuyo contenido se da por reproducido.

En fecha 29-6-07 el actor suscribió un nuevo contrato similar a los anteriores con la empresa MELDEN S.A. para prestar servicios en la obra Calle, de Lominchar de (Toledo).

3º.- No consta que el actor haya ostentado representación legal o sindical de los trabajadores.

4º.- En fecha 20-2-08 el Administrativo de Grupbau D. Xxxx hizo entrega al actor de un documento por el que se le comunicaba la finalización del contrato de obra suscrito con efectos del día 6-3-08.

El día 29-2-08 el Encargado de la obra en la que prestaba servicios el actor últimamente en presencia del administrativo antes señalado indicó al actor que había trabajo que realizar pendiente de grúa y que podía seguir trabajando en la obra todavía durante un tiempo señalando el actor, que se le había comunicado ya la extinción del contrato y que él estaba ya buscando trabajo y que por eso quería su baja para el día 5-3-08.

Dada la manifestación del actor en el sentido de querer extinguir su contrato de trabajo se le indicó que se le prepararía todo para extinguir el contrato el día 5-3-08 y tras prestar servicios el actor en la obra en ese día, el Administrativo le llevó la documentación de la liquidación señalando el actor que no firmaba los documentos dado que no estaba de acuerdo con la liquidación que le mostraba ya que no incluía la indemnización de 45 días por año de servicio, indicando entonces el administrativo que hablara con el Jefe y que se informara bien de qué es lo que quería.

El día 6-3-08 el actor se personó en las oficinas de la empresa junto con D<sup>a</sup> xxxx para hablar con xxxx, Jefe Administrativo de las demandadas. El actor mantuvo una conversación con el mismo cuya grabación obra unida a las actuaciones en soporte documental, y en el transcurso de la misma tras manifestar sus distintas posturas solicitando el actor que se le reconociera en la liquidación la antigüedad desde el inicio de la prestación de sus servicios para las demandadas y que se le indemnizara conforme a la misma, así como requiriendo a la empresa que le facilitara copia del documento que firmó el día 20-2-08, el Sr. xxx indicó que no sabía porqué no estaba de acuerdo con la liquidación, que el documento que había firmado no era importante, que hablara con sus Abogados y que sino estaba de acuerdo que tenía pensar lo que iba a hacer porque en la empresa había trabajo para él y que una posibilidad era que siguiera trabajando en la obra de la empresa. Ese mismo día por la tarde el Sr. xxx habló por teléfono con él y le indicó que había decidido que se reincorporara a su trabajo al día siguiente.

5º.- El día 7-3-08 el actor remitió a la empresa una carta por burofax en la que se hace constar que el día 20-2-08 le pusieron a la firma la comunicación de extinción de su contrato de trabajo con efectos del 6-3-07, documento que firmó y del cual no le proporcionaron copia, y que personado el día de ayer en la empresa, el Sr. xxxxxx se ha negado a darle copia de la comunicación de extinción del contrato así como a poner a su disposición la liquidación correspondiente, por lo solicita procedan a comunicarle por escrito la extinción de su contrato de trabajo a la mayor brevedad.

La empresa MELDEN remitió al actor un burofax en fecha 10-3-08 y que le fue entregado el día 11-3-08, indicándole que las condiciones en las que pretende extinguir su contrato son inaceptables para la misma ya que su contrato de trabajo no se ha extinguido y continúa vigente a todos los efectos, lo que se le comunicó por teléfono el día 6-3-08 por D. XXXX, por lo que se le reitera una vez más su obligación de presentarse en su trabajo de inmediato, poniendo en su conocimiento que las faltas de asistencia al trabajo se consideran en el Convenio General del Sector de la Construcción como una falta muy grave sancionable con el despido.

6º.- El actor figura dado de baja en la Seguridad Social por la empresa por baja no voluntaria con efectos del 14-3-08, habiendo remitido la empresa al actor una carta de despido con efectos de ese día por sus faltas de asistencia al trabajo.

7º.- La empresa GRUPBAU S.A. tiene su domicilio social en el Paseo de Madrid y su objeto social es la construcción y explotación en venta, arrendamiento u otra modalidad de instalaciones hoteleras y la construcción, mantenimiento y explotación en venta, arrendamiento u otra modalidad. Sus administradores solidarios son xxx, xxx.

La empresa BARADA S.L. tiene el mismo domicilio social que la anterior y su objeto social es la construcción, y explotación en venta, arrendamiento u otra modalidad de instalaciones hoteleras de todo tipo y otras actividades. Su órgano de Administración es un Consejo de Administración del que forman parte entre otros los administradores solidarios de la empresa citada anteriormente. La empresa MELDEN S.A. tiene el mismo domicilio social que las anteriores, el mismo objeto social y sus administradores solidarios son los mismos que los de la primera empresa mencionada. Consta que las empresas demandadas tienen un Jefe Administrativo D. xxx que pese a estar dado de alta en una empresa, lleva a cabo la gestión de las tres empresas. Otros trabajadores de la empresa como el Administrativo de la obra en la que prestaba servicios el actor, está dado de alta en Grupbau.

8º.- Consta celebrado el preceptivo acto de conciliación previa sin avenencia.". En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda de despido entablada por xxxx frente a MELDEN SA., BARADA SL., y GRUPBAU, SA., declaro la improcedencia del despido de fecha 6-3-08 y en consecuencia condeno a las Entidades demandadas de forma solidaria a readmitir al actor en las mismas condiciones existentes con anterioridad al despido o bien a su

elección manifestada ante la Secretaría del Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución a indemnizarle con la suma de 30.677,06 euros; condenando en cualquier caso a las Entidades demandadas de forma solidaria a abonar al actor los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido y hasta la fecha de la notificación de la Sentencia con arreglo al salario declarado probado".

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por MELDEN SA., BARADA SL., y GRUPBAU, SA. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual dictó sentencia en fecha 2 de diciembre de 2008, en la que consta el siguiente fallo: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado don xxxx en representación de las empresas MELDEN S.A., BARADA S.L. y GRUPBAU S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid en autos nº 508/08 seguidos a instancia de D. xxx contra las mencionadas recurrentes, sobre despido. Confirmamos la expresada sentencia, condenando a las empresas recurrentes al pago de las costas causadas, consistentes en el abono de 250 euros por honorarios del letrado impugnante, y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará su destino legal, al igual que a la consignación en su caso efectuada, todo ello una vez que sea firme esta sentencia.".

**TERCERO.-** Por la representación de MELDEN S.A., BARADA S.L. y GRUPBAU S.A. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 11 de febrero de 2009. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en fecha 24 de noviembre de 1992.

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 8 de septiembre de 2009 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso Improcedente, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 1 de diciembre 2009, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Es objeto de debate en el presente recurso de casación para unificación de doctrina, determinar la validez de la decisión empresarial de dejar sin efecto la extinción contractual acordada, cuando se retracta de lo dicho antes del cese del trabajador afectado, cuestión que ha sido resuelta de forma diferente por las sentencias comparadas.

2. La sentencia recurrida contempla el caso de un trabajador a quien, tras sucesivos contratos para obra determinada, celebrados con un grupo de empresas, se le comunicó, el 20 de febrero de 2008, la finalización de su contrato el siguiente día 6 de marzo, decisión extintiva de la que la empresa se retractó el siguiente día 29 de febrero, en que se le comunicó al trabajador, quien se negó a continuar trabajando a partir del día 5 de marzo y pidió que con efectos de ese día se liquidara su contrato.

Tras finalizar su jornada laboral el día 5 de marzo de 2008, el trabajador pidió que se le liquidara el contrato y, como la liquidación que se le ofrecía no incluía una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, se negó a aceptar la liquidación que le ofrecían, lo que motivó que se le remitiera al jefe administrativo quien le dijo que esa era la liquidación que le correspondía, que en la empresa había trabajado para él y que pensara y consultara lo que le convenía hacer porque podía seguir trabajando en la empresa, propuesta a la que el trabajador contestó esa tarde diciendo que había decidido no reincorporarse al trabajo.

Al día siguiente, el trabajador requirió por burofax que la empresa le diese comunicación escrita de la extinción del contrato, a lo que la patronal le contestó indicándole que las condiciones en que quería extinguir su contrato no eran aceptables para ella, que su contrato no se había extinguido y seguía vigente a todos los efectos y que debía reincorporarse al trabajo de inmediato, para no incurrir en falta de asistencia, lo que el operario no hizo y dio lugar a que la empresa lo diese de baja en la Seguridad Social el día 14 de marzo de 2008, en que le envió carta de despido con efectos de ese día por falta de asistencia al trabajo.

Presentada demanda por despido, recayó en la instancia sentencia en la que, tras reconocerse que la antigüedad que correspondía al trabajador era la correspondiente a la celebración del primer contrato, se declaró la improcedencia del despido con las consecuencias inherentes a esa declaración.

En suplicación se planteó, nuevamente, la inexistencia del despido por ser válida la retractación empresarial y tratarse de una dimisión del trabajador, lo que rechazó la sentencia objeto del presente recurso, al estimar que el despido despliega sus efectos extintivos de forma inmediata, que carece de virtualidad la posterior retractación y que para que exista dimisión debe haber un vínculo contractual previo, vínculo que en el presente caso ya no existía.

3. Contra la anterior sentencia ha recurrido en casación unificadora la empresa, quien cita, como sentencia de contraste, la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura el 24 de noviembre de 2002, en el recurso de suplicación 548/1992. Se contempla en ella el caso de un trabajador con contrato para obra determinada, a quien la empresa le preavisó el 8 de abril de 2002 que quince días después finalizaría su contrato, decisión de la que se retractó a los pocos días contestando el operario que no le convenía continuar en la obra y que prefería que se liquidara su contrato, a lo que se negó la empresa, quien el 23 de abril, mientras prestaba sus servicios el trabajador, intentó comunicarle por escrito que debía continuar en su puesto de trabajo, a lo que se negó el operario quien, desde ese día no volvió ya por la empresa.

Presentada demanda por despido la misma fue desestimada por sentencia que confirmó la sentencia de contraste, al entender que el trabajador había desistido de su contrato y que la retractación empresarial de su decisión inicial era válida por haberse producido durante la vigencia del contrato, mientras el operario se encontraba en activo.

4. Las sentencias comparadas, como se anunció antes, son contradictorias en los términos que requiere el artículo 217 de la L.P.L. para la viabilidad del recurso que nos ocupa, por cuánto han resuelto de forma distinta un mismo problema: la validez de la decisión empresarial de retractarse de una extinción contractual preavisada, cuando tal decisión se toma vigente el contrato, mientras continúa la prestación de servicios, durante el periodo de preaviso. Procede, por tanto, entrar a conocer del fondo del asunto y a unificar las doctrinas contrapuestas.

**SEGUNDO.-** Antes de resolver la cuestión planteada conviene recordar la doctrina de esta Sala sobre la validez y efectos de la decisión empresarial de retractarse del despido de un trabajador. En esencia se ha dicho que el ofrecimiento de readmisión llevado a cabo por la empresa no restablece el contrato extinguido y que el rechazo por el trabajador de la readmisión no equivale a la dimisión del mismo, tanto si la oferta se hace en trámite de conciliación judicial o extrajudicial, como si se hace posteriormente, después de presentarse la demanda, e incluso en supuestos en que la retractación empresarial tiene lugar después del cese pero antes de presentarse la papeleta de conciliación (S.TS. de 3 de julio de 2001 (RCUD 3933/2000), 24 de mayo de 2004 (RCUD. 1589/2003), 11 de diciembre de 2007 (RCUD. 5018/2006) y 7 de octubre de 2009 (RCUD. 2694/2008) entre otras).

La cuestión de si la retractación es correcta cuando se acuerda antes de la efectividad de la extinción contractual, durante el plazo de preaviso, no ha sido abordada por esta Sala hasta el

momento. Para resolverla, debe resaltarse que la empresa se retracta de su decisión de extinguir el contrato mientras la relación laboral se encuentra vigente y el trabajador prestando sus servicios. Ello hace inaplicable la doctrina antes citada porque la misma se ha dictado para supuestos diferentes, para los casos en que la retractación se produce tras la extinción del contrato, tras la efectividad del despido que tiene lugar el día del cese en el trabajo, conforme a la comunicación recibida, cual viene señalado la doctrina de esta Sala con base en el artículo 55-7 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 49-1-k, del mismo cuerpo legal.

Por tanto, como el contrato permanece vivo mientras el despido no se hace efectivo, momento en el que se extingue y su rehabilitación requiere la voluntad de las dos partes y no de una sola, cabe concluir que la retractación empresarial producida antes de que llegue ese momento es válida y produce como efecto principal el de que el contrato no llegue a extinguirse.

En apoyo de esta solución puede decirse que el preaviso es simplemente el anuncio previo de que próximamente se va a rescindir el contrato, pero se trata sólo de una advertencia que se hace por exigencia de la Ley para prevenir al otro de algo que se realizará. El contrato no se extingue, por ende, ese día, sino aquél en el que se decide el cese y se liquida, conforme al artículo 49-2 del Estatuto de los Trabajadores.

Por otro lado, conviene precisar que el preaviso no constituye una oferta de contrato, un precontrato que se perfecciona por la simple aceptación de la oferta, por cuanto la extinción del contrato se produce por voluntad unilateral del empresario y no por un acuerdo de voluntades. Además, la regulación que los artículos 54 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores y 108 y siguientes de la L.P.L. hacen del despido, del proceso por despido y de la declaración de improcedencia del despido nos muestra que esta rescisión contractual tiene un tratamiento especial y que la improcedencia de la misma no se salda siempre con el abono de una indemnización por los daños y perjuicios causados, sino que el patrono tiene siempre la posibilidad de readmitir al trabajador en su puesto de trabajo, limitándose la indemnización por daños al pago de los salarios dejados de percibir, pues predomina la idea de favorecer la conservación del puesto de trabajo.

Por ello, si la finalidad de la norma es facilitar la continuidad del contrato y al objeto se establece que el empresario puede acabar optando por la readmisión del despedido, es claro que aquél puede decidir válidamente retractarse de la rescisión del contrato que preavisó, mientras la prestación de servicios continúa y el contrato sigue vigente, máxime cuando se trata de una contrato para obra determinada y el empresario se da cuenta de que aún no está terminada la obra y que sigue teniendo trabajo para el operario preavisado, solución aplicable salvo la probada mala fe del patrono.

Finalmente, conviene recordar que, como la acción por despido nace a la fecha del cese y antes de que el mismo se produzca no empieza a correr el plazo de caducidad de la misma, resulta que no existe derecho a reclamar contra el cese antes de que el mismo sea efectivo, pues hasta ese momento no se precisa la tutela judicial.

**TERCERO.-** La doctrina contenida en la sentencia de contraste se ajusta más a la que hemos considerado correcta y, por ende, procede con estimación del recurso casar y anular la sentencia y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimar la demanda origen de este procedimiento, por cuánto la extinción del contrato del demandante se debió a la dimisión del mismo, a que el mismo lo abandonó sin justificación. Sin costas.

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

**FALLAMOS**

Estimamos el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el Letrado Don Alfonso Carlos Ruiz Galiana en nombre y representación de MELDEN S.A., BARADA S.L. y GRUPBAU S.A. contra la sentencia dictada el 2 de diciembre de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación nº 4365/08, interpuesto contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid, en autos número 508/08, seguidos a instancias de DON xxxx contra MELDEN S.A., BARADA S.L., GRUPBAU S.A. sobre DESPIDO. Casamos y anulamos la sentencia recurrida y resolviendo el debate planteado en suplicación desestimamos la demanda origen de este procedimiento. Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir. Sin costas.

Devuélvase las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.