

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia de 20 de octubre de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 1412/2014

SUMARIO:

Despido objetivo. Ejecución provisional de la sentencia que declara la improcedencia. Cuando el trabajador desatiende el requerimiento de readmisión efectuado por la empresa, esta no viene obligada mientras dure la tramitación del recurso de suplicación a satisfacer los salarios de sustanciación. La confirmación del pronunciamiento de improcedencia por parte del TSJ determina que -ya en trámite de ejecución definitiva- la empresa reitere, cosa que no hizo, su ofrecimiento de readmisión. Así lo impone la interpretación sistemática de la regulación legal y la buena fe, siempre exigible en los campos sustantivo y procesal. La antigüedad computable a efectos de calcular la indemnización, en caso de no aceptarse la readmisión ofrecida, no comprende el periodo de tiempo posterior a la sentencia de instancia, por no mediar servicios ni salarios por voluntad exclusiva del trabajador, pero sí el que va del despido a la referida sentencia en que la inactividad únicamente puede imputarse a decisión -despido- de la empresa. Sala General. **Voto particular.**

PRECEPTOS:

Ley 36/2011 (LRJS), arts. 110, 111, 278, 281.2 y 299.
RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 56.1.

PONENTE:

Don Luis Fernando de Castro Fernández.

Magistrados:

Excmos. Sres.:

D. Jesús Gullón Rodríguez
D. Fernando Salinas Molina
D. Luis Fernando de Castro Fernández
D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga
D. José Manuel López García de la Serrana
D^a. Rosa María Virolés Piñol
D^a. María Lourdes Arastey Sahun
D. Miguel Ángel Luelmo Millán
D. Antonio V. Sempere Navarro
D. Ángel Blasco Pellicer
D. Jesús Souto Prieto
D. Jordi Agustí Juliá

En la Villa de Madrid, a veinte de Octubre de dos mil quince.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por las representaciones de D. Luis Andrés y CONSTRUCCIONES Y RENOVABLES DE LATINOAMÉRICA, S.L.U. frente a la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en fecha 31/octubre/13 [recurso de Suplicación n.º 594/2013], que resolvió el formulado por D. Luis Andrés frente al auto en ejecución 5/junio/2012 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Santander.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Santander, de fecha 7 de febrero de 2012, dictada en el Proc. 1633/2011, se declaró la improcedencia de la decisión extintiva basada en causas objetivas, del contrato de trabajo del actor, D. Luis Andrés, adoptada por la empresa Construcciones y Renovables de Latinoamérica,

S.L.U., el día 30 de septiembre de 2011, y se condenó a dicha empresa a la inmediata-readmisión o a elección de aquella al abono de una indemnización de 50.614,2 euros y, en ambos caso, al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia con descuento de lo percibido en otro empleo.

Segundo.

La empresa optó por la readmisión, fijando como fecha de reincorporación el 1 de marzo de 2012. Tras el intercambio de varias comunicaciones entre las partes, el trabajador demandante planteó un incidente en ejecución provisional de sentencia por no readmisión, dictándose auto con fecha 24 de mayo de 2012, por el que se declaró injustificado el incumplimiento del trabajador del requerimiento empresarial de reanudación de la prestación de servicios, con pérdida de los salarios de trámite correspondientes al periodo de tramitación del recurso de suplicación.

Tercero.

El actor interpuso recurso de suplicación, dictando la Sala sentencia, el 18 de mayo de 2012 (rec. 353/2012), en la que se amplió la condena de forma solidaria a las tres empresas demandadas Construcciones y Renovables de Latinoamérica (en adelante COYREL), S.L.U., APIA XXI, S.A., y IAC APIA XXI, S.L.U., manteniendo el resto de sus pronunciamientos. Una vez notificada la sentencia de suplicación, ninguna de las empresas condenadas hizo manifestación alguna en cuanto a la reincorporación del demandante.

Cuarto.

Una vez firme dicha sentencia, el actor interesó su ejecución definitiva y que se despachase ejecución por la vía del incidente de no readmisión, dictándose auto de fecha 4 de julio de 2012, en el que se acuerda dictar orden general de ejecución y despacho de la misma a favor del ejecutante D. Luis Andrés, contra las tres condenadas como ejecutadas.

Quinto.

Previa celebración de la oportuna vista, se dictó auto el 30 de julio de 2012, en el que se denegó declarar extinguida la relación laboral entre las partes. Previa nulidad de actuaciones, se dictó otro auto el 25 de marzo de 2013, denegando la extinción solicitada, y una vez recurrido en reposición, por nuevo auto de 5 de junio de 2013, fue desestimado, manteniéndolo en todos sus términos.

Sexto.

Contra esta última resolución interpuso recurso de suplicación la defensa del trabajador ejecutante, que dio lugar a la sentencia, hoy recurrida, en la que se llega a la conclusión de que la readmisión fue irregular con las consecuencias inherentes que fija en su fundamento cuarto, y condena a las codemandadas al pago de una cantidad según la antigüedad del trabajador que cifra en 50.614,20 euros, la misma fijada por la sentencia del juzgado que por primera vez declara la improcedencia.

Séptimo.

El actor pidió aclaración de la sentencia por lo que considera un error material, al no reconocerse una indemnización de 76.975,76 euros, pero la Sala considera correcto el cálculo conforme a una antigüedad del 15 de octubre de 2007 y tomando en consideración la fecha del despido, el 30 de septiembre de 2011, sobre un total de 1.447 días trabajados. Se rechaza la pretensión de extender la indemnización hasta la fecha de la extinción, el 31 de octubre de 2013, que supone un total de 73 meses.

Octavo.

Por las representaciones procesales de D. Luis Andrés y CONSTRUCCIONES Y RENOVABLES DE LATINOAMÉRICA, S.L.U. se formularon sendos recursos de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y:

Recurso de D. Luis Andrés : la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Castilla y León, Burgos, de 14 de febrero de 2013 .

Recurso de CONSTRUCCIONES Y RENOVABLES DE LATINOAMERICA, S.L.U.: la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Castilla y León, Burgos, de 10 de diciembre de 2008 .

Noveno.

Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso del actor. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de julio de 2.015, suspendiéndose el mismo y señalándose nuevamente para el día 8 de septiembre de 2015, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

1- Por sentencia de 07/02/2012, dictada por el J/S n.º 2 de los de Santander [proc. 1633/11], se declaró improcedente la extinción del contrato de trabajo del actor [Don Luis Andrés] por causas objetivas, condenándose a la empresa «Coyrel, SLU» a optar entre la readmisión y la indemnización, en términos que se tiene por reproducidos.

2- La sentencia fue notificada a la empresa en 16/02/12, procediendo ésta a interponer recurso de suplicación y comunicar al J/S - escrito de 23/02/12- que opta por la readmisión y que la fecha de reincorporación habría de ser el 01/03/12; comunicación que envía igualmente por Burofax al despacho del Letrado del actor. Y por haberle indicado el referido Letrado que la comunicación había de hacerse al trabajador, la empresa se la envía al empleado -también por Burofax- en 29/02/12, precisando que la reincorporación debía producirse el 05/03/12 en Santiago de Chile.

3- Tras diversas incidencias -procesales y extraprocerales- cuya relación se presente innecesaria, la empresa procedió a la baja del trabajador en la TGSS con efectos del 16/03/12, por entender que no había atendido el requerimiento de incorporarse «a su puesto de trabajo ... el día 05/03/12 ni posteriormente».

4- Mediante escrito de 27/03/12, el actor solicita la ejecución provisional de la sentencia, lo que fue rechazado por Auto de 24/05/12, declarando injustificado que el trabajador hubiese incumplido el requerimiento empresarial de reanudación de servicios y acordando la pérdida definitiva de los salarios durante la tramitación del recurso de suplicación. Resolución confirmada -tras reposición- por Auto de 04/07/12.

5- La sentencia por despido -dictada en 07/02/12 - adquirió firmeza con la STSJ Cantabria de 18/05/12, que confirmó la declaración de improcedencia del despido y extendió la condena -solidaria- a las tres empresa codemandadas. Tras ello y en fecha 15/06/12, el trabajador insta la ejecución definitiva de la sentencia, resuelta en forma desestimatoria por el Auto de 25/03/13, confirmado por el Nuevo Auto de 05/06/13, cuyas razones fueron las que siguen: a) la empresa había optado en tiempo y forma por la readmisión del trabajador; b) la readmisión no se produjo por causa imputable al despido; y c) el plazo previsto en el art. 278 LRJS «se inicia en la fecha de notificación de la sentencia que declara el despido improcedente, incluso sin esperar a su firmeza si éste fuera de la de instancia, porque así se deduce de lo dispuesto en los arts. 110 y 111 LRJS ».

6- La STSJ Cantabria 31/10/2013 [rec. 549/13] estimó el recurso de suplicación interpuesto frente a los indicados Autos [de 25/03/13 y de 05/06/2013], que revocó «en el sentido de declarar extinguida, al día de la fecha, la relación laboral que unía» a las partes, con «obligación empresarial de abonar a la ejecutante» la indemnización y los salarios de trámite que la resolución precisa.

7- Como de todo ello se colige, en las presentes actuaciones hubo un proceso de ejecución provisional de la sentencia [pendiente el recurso de suplicación], que concluye con el Auto de 25/03/13 que inadmite la pretensión de que se extinguiese la relación laboral y priva al trabajador de los salarios de sustanciación, por no aceptar la oferta de readmisión; y otro de ejecución definitiva [resuelta la suplicación], que inicialmente se niega por el J/S [auto de 25/03/13], pero que admite la sentencia hoy recurrida [STSJ Cantabria 31/10/2013], revocando el auto, declarando extinguido el contrato desde su fecha y reiterando la indemnización ya fijada en la sentencia del J/S que declaró la improcedencia del despido [07/02/2012] y que correspondía al periodo de servicios existente hasta la fecha del despido.

Segundo.

1- Formula recurso de casación la empresa, aportando como contraste la STSJ Castilla y León/Burgos 10/12/08 [rec. 685/08] y señalando como precepto vulnerado el art. 278 LRJS, con el argumento de que a los efectos discutidos - ejecución definitiva- ha de surtir plena virtualidad la readmisión ofrecida y rechazada tras notificársele por el J/S la sentencia que declara la improcedencia del despido, así como que no resultar necesario que -tras obtener firmeza aquella sentencia- se efectúe un segundo requerimiento de readmisión.

2- Por su parte, el trabajador también acude al recurso para la unidad de doctrina, aportando como referencial la STSJ Castilla y León/Burgos 14/02/13 [rec. 77/13] y denunciando como infringido el art. 281.2 LRJS, con la pretensión de que la antigüedad computable para calcular la indemnización se extienda desde la fecha de inicio de prestación de servicios hasta la de la resolución que declara extinguida la relación laboral[STSJ Cantabria 31/10/2013], por no readmisión o readmisión irregular.

3- Con carácter previo recordemos que el art. 219 LRJS exige - para la viabilidad del RCUD- que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, lo que se verifica por el contraste entre la parte dispositiva de las sentencias que contienen pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales; y que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de la oposición de los pronunciamientos concretos recaídos en conflictos iguales [SSTs 27/01/92 -rcud 824/91 -; ... 15/06/15 - rcud 1833/14 -; y 06/07/15 - rcud 1758/13 -). Sentando ello, como justificaremos acto continuo, el requisito concurre únicamente en el primero de los recursos formulados.

Tercero.

1- La decisión referencial aportada en el recurso de la empresa -la STSJ C y L/Burgos 10/12/08 [rec. 685/08] contempla supuesto de despido declarado improcedente, con declaración empresarial inmediata -como en autos- de optar por la readmisión y además fijando concreta fecha para ello, pero que la trabajadora desatiende con solicitud de excedencia que le fue denegada, y que sigue pendiente de resolución judicial firme [la negativa a reincorporarse] cuando se confirma por el TSJ la declaración de improcedencia, tras cuya notificación la empresa reitera su opción por readmitir y el mantenimiento de la relación laboral, si bien no fijó fecha concreta para la readmisión.

2- Es innegable que hay plena coincidencia entre ambas litis en la primera parte del proceso, la declaración de improcedencia en instancia y la opción por readmitir -desatendida- en trámite de suplicación. Pero acto seguido concurren diferencias:

a)- En primer lugar, es diversa la causa de desatender la readmisión provisional, pues en tanto que en la sentencia de contraste fue una solicitud de excedencia cuya validez seguía pendiente de resolución judicial firme a la fecha de ejecución definitiva del despido, en el caso de la decisión recurrida la causa fue el voluntario incumplimiento -declarado por pronunciamiento firme- por parte del trabajador, pero no parece que esta diferencia pueda ser -en principio- significativa a los efectos de interferir la exigencia de una reiteración -tras la obtención de firmeza por parte de la declaración de improcedencia del despido- de la opción readmisoria; aunque de tener trascendencia, lo sería es sentido «a fortiori», pues la negativa del trabajador a aceptar la readmisión estaría más reforzada en supuesto de haber solicitado una excedencia cuya corrección pende de solución judicial, que en el caso de desatención voluntaria [Auto de 24/05/12].

b)- En segundo término, cuando en la sentencia referencial adquiere firmeza la declaración de improcedencia, la empresa reitera su opción por readmitir y continuar el vínculo contractual, aunque no fija fecha para ello [aspecto en el que bien pudiera incidir la solicitud de excedencia antes referida], mientras que en el supuesto ahora enjuiciado ninguna de las tres empleadoras condenadas solidariamente por el TSJ llegó a efectuar manifestación alguna al respecto, pretendiendo -esa es la tesis que mantiene el recurso- que bastaba la opción realizada por primera condenada cuando le fue notificada la sentencia de instancia y que recurría. Así las cosas, esa diferencia únicamente puede adquirir trascendencia -a los efectos de contradicción-, si efectivamente a la demandadas les fuera exigible la obligación de reiterar su opción tras haber adquirido firmeza la declaración judicial de improcedencia; o lo que es igual, si la voluntaria desatención al requerimiento de readmisión comporta la imposibilidad de reanudar la relación laboral y -en su caso- la sustitutiva indemnización. Cuestión a la que - como acto continuo expondremos- la normativa legal no da una respuesta expresa, pero sí contiene prescripciones que comportan solución indirecta.

Cuarto.

1- Recordemos los preceptos del Orden laboral que inciden sobre la materia litigiosa:

a)- Para el art. 56.1 ET, «[c]uando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización...»;

b)- En la misma línea, el art. 110.1 LRJS, dispone que «[s]i el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador ... o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización... Si la sentencia ... elevase la cuantía de la indemnización, el empresario, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal supuesto, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección»;

c)- Sobre la incidencia del recurso en la opción ya efectuada, el art. 111.1 LRJ preceptúa que «[s]i se hubiera optado por la readmisión, cualquiera que fuera el recurrente, ésta se llevará a efecto de forma provisional en los términos establecidos por el artículo 297»;

d)- Con la cobertura del epígrafe «Ejecución provisional de la sentencia que declare la improcedencia... del despido», el citado art. 297 norma que «[c]uando ... el empresario que hubiera optado por la readmisión interpusiera alguno de los recursos ... vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución ... y continuará el trabajador prestando servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el aludido abono sin compensación alguna»; e)- Significativamente dispone el art. 299 LRJS que «[e]l incumplimiento injustificado por parte del trabajador del requerimiento empresarial de reanudación de servicios acarreará la pérdida definitiva de los salarios a que se refieren los artículos anteriores» [los de la ejecución provisional]. Y

f)- Finalmente, bajo el epígrafe «De la ejecución de las sentencias firmes de despido», el art. 270 LRJS dice: «Cuando el empresario haya optado por la readmisión deberá comunicar por escrito al trabajador, dentro de los diez días siguientes a aquel en el que se le notifique la sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo».

2- No ofrece la menor duda que ninguno de los preceptos consagra formalmente la obligación de reiterar el ofrecimiento de readmisión, tras haber adquirido firmeza la sentencia. Pero de su coordinada lectura se pueden obtener ciertas conclusiones:

a)- La obligada opción por la readmisión o indemnización -tras la sentencia de instancia- es irrevocable y únicamente es posible cambiar de elección en el caso de que se hubiese optado -en instancia- por la indemnización y además para el exclusivo supuesto de que la sentencia de suplicación hubiese elevado su cuantía.

b)- La lógica impone entender que no procede nueva comunicación de reincorporación al trabajo, tras haber obtenido firmeza la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido, si el trabajador ya se encontraba en su puesto por haber sido previamente readmitido [sería tan ocioso como absurdo ofrecer lo que ya se disfruta], de forma tal que la comunicación readmisoria dirigida al trabajador - dentro de los diez días siguientes a la sentencia que adquiere firmeza- a que se refiere el relatado art. 278 LRJ, obviamente contempla -al menos en principio- el supuesto de las sentencias que, acogiendo el recurso interpuesto, declaren por primera vez la improcedencia del despido.

c)- La única consecuencia atribuible ex art. 299 al incumplimiento -por el trabajador- del requerimiento empresarial de readmisión, es «la pérdida definitiva de los salarios» devengables durante la tramitación del recurso; por lo que - contrario sensu - en manera alguna puede predicarse de tal desatención al requerimiento - pendiente el recurso- el efecto de que decaiga su derecho a ser readmitido, por haber comportado su conducta elusiva la extinción de la relación laboral.

3- De todo ello se colige que en supuestos como el de autos, en los que el trabajador rechaza injustificadamente la readmisión ofrecida tras la sentencia de instancia [trámite de ejecución provisional], la confirmación del pronunciamiento de improcedencia por parte del TSJ determina que -ya en trámite de ejecución definitiva- la empresa haya de cumplir la obligación que le imponen las prevenciones contenidas en el art. 278 LRJS, debiendo comunicar «por escrito al trabajador, dentro de los diez días siguientes a aquel ... la fecha de su reincorporación». Así lo imponen no sólo la interpretación sistemática de las normas que hemos transcrito en el primer apartado de este fundamento jurídico, sino la buena fe siempre exigible en los campos sustantivo y procesal, y -sobre todo- un elemental sentido común; sobre todo cuando, como en el caso de autos, la sentencia - del J/S- es modificada por el Tribunal Superior, ampliando solidariamente la condena a dos sociedades codemandadas que habían sido absueltas en la instancia. Todo ello supone que desestimemos el recurso formulado por la empleadora.

Quinto.

1- Resta por examinar -e inadmitir- el recurso del trabajador, pues si bien es patente que la STSJ CyL/Burgos 14/02/13 [rec. 77/13] resuelve en forma diversa a la hoy recurrida, al computar -en la determinación

de la antigüedad computable a efectos indemnizatorios- el periodo transcurrido hasta la fecha en que se declara extinguida la relación laboral, en tanto que la sentencia objeto de casación excluye de tal cómputo el tiempo posterior a la sentencia que en instancia había declarado la improcedencia del despido, lo cierto es que -como más arriba hemos señalado- el requisito de contradicción comporta la necesidad de una igualdad «esencial», sin que por lo tanto medie diferencia alguna que permita concluir que a pesar de la contraposición de pronunciamientos en las sentencias contratadas, ambos puedan resultar igualmente ajustados a Derecho y que por ello no proceda unificar la doctrina sentada.

Pero si bien esta labor «normalmente comporta un previo juicio de valor abstracto acerca de la cuestión debatida, hay supuestos en los que la determinación acerca de la igualdad o desigualdad de los presupuestos fácticos requiere simultánea definición sobre el fondo de la cuestión debatida, porque la diversidad o identidad sustancial únicamente se alcanza a determinar si se pone en relación directa con la norma a aplicar, con necesidad de expresar de manera frontal la interpretación que se atribuye a la disposición -legal o convencional- de que se trata (SSTS 09/12/10 -rcud 831/10 -; 30/01/12 -rcud 2720/10 -; y 19/03/13 - rcud 2334/12 -).

2- Éste último es precisamente el caso ahora debatido, pues entre los casos a comparar media una diferencia que pudiera ser - realmente lo es, al menos en parte- sustancial, habida cuenta de que en el supuesto de contraste la inactividad laboral posterior a la declaración de improcedencia y computado por la Sala a efectos indemnizatorios, fue exclusivamente atribuible a la empresa que no quiso materialmente incorporar al trabajador y le otorgó vacaciones, siquiera mantuvo el abono de la retribución, en tanto que en el caso de la sentencia ahora enjuiciada, la inactividad laboral ha sido imputable exclusivamente al trabajador, que desatendió voluntariamente el requerimiento empresarial de readmisión y con ello perdió derecho a todo correlativo salario durante la tramitación del recurso. Diferencia que -como veremos- justifica disparidad de consecuencias, aunque no tanta como la existente entre las resoluciones comparadas.

Sexto.

1- La LRJS destina -aparte de otros varios que no afectan a la cuestión litigiosa- dos preceptos a la determinación del importe de la indemnización por despido improcedente:

a)- Respecto de la declaración de improcedencia del despido, el art. 110.1 dispone que la sentencia condene al empresario a que «abone una indemnización, cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en la letra a) del apartado 1 del artículo 56» del ET . Precepto éste que prescribe - redacción dada por la Ley 3/2012, de 6/Julio- que la indemnización a percibir en caso de despido improcedente es « equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio ».

b)- Sobre el auto resolutorio del incidente de no readmisión, el art. 281.2.b) mantiene que «se abone al trabajador la indemnización a la que se refiere el apartado 1 del artículo 110 ... y se computará, como tiempo de servicio, el transcurrido hasta la fecha del auto ».

2- En la interpretación del primero de los mandatos referidos, destaquemos unas elementales observaciones:

a)- La primera -y fundamental- es que la situación a que da lugar el art. 299 LRJS, disponiendo la pérdida definitiva del derecho a salarios de trámite si el trabajador desatiende el requerimiento de reanudación de servicios, implica una singular suspensión -que no interrupción- del contrato de trabajo, en tanto que -por aplicación expresa de la norma- la ausencia de servicios va seguida de la falta de salarios [existentes en la interrupción]; pero la disposición legal nada establece respecto de los restantes efectos [a veces llamados «laterales»] del contrato, tanto por parte del empresario como del trabajador. Efectos que como regla general han de entenderse subsistentes en tanto que el fenómeno más característico de la suspensión del contrato es la persistencia del mismo, y la existencia de aquellos efectos adicionales pueden ser perfectamente imaginable con independencia del binomio prestación/salario; lo que nos lleva a un puro casuismo a examinar con arreglo al elenco de los derechos y deberes que corresponden a ambas partes contratantes [arts. 4 y 5 ET].

b)- La segunda consideración atiende a observar que si bien las anteriores precisiones llevan a concluir que el tiempo de suspensión contractual puede computarse a los efectos de la antigüedad, pues durante la suspensión el contrato permanece incólume, de todas formas la «prestación de servicios» -concepto decisivo en el presente debate- es un concepto más material y ni tan siquiera coincidente con el más genérico de «antigüedad» [aunque sea usualmente manejado a efectos indemnizatorios], el cual puede comprender interrupciones - rectius, suspensiones- no computables en aquellos servicios, como por ejemplo las excedencias forzosas [en tal sentido, por ejemplo, SSTS 14/04/05 - rec. 1258/04 -; y 03/03/09 -rcud 950/08 -], por lo que con reiteración hemos sostenido que «la antigüedad es una noción compleja que no tiene un sentido unívoco ni una función uniforme en el marco de la relación de trabajo... es, según uno de los significados que recoge el Diccionario de la Real

Academia, "el tiempo transcurrido desde que se obtiene un empleo". Pero ese tiempo puede ser definido de forma distinta, según los efectos a los que se refiere su cómputo, y en el ámbito laboral puede no ser lo mismo la antigüedad a efectos de promoción económica que la antigüedad a efectos de promoción profesional o del cálculo de las indemnizaciones por la extinción del contrato» (SSTS 15/03/10 -rcd 90/09 -; 25/01/11 -rcud 1991/10 -; y 25/03/13 -rcud 1775/12 -).

c)- La tercera observación -decisiva a los efectos de calcular la indemnización procedente en el caso debatido- es que el despido tiene naturaleza constitutiva [incluso en el supuesto de despido nulo], tal como se desprende de los arts. 49.11 y 54.1 ET, 3 Convenio núm. 158 OIT y actual art. 55 ET, por lo que a efectos de calcular la indemnización cuando se declara la improcedencia del despido, no se computa el tiempo transcurrido desde el despido hasta la sentencia que declara su improcedencia [SSTS 07/12/90 -ril 520/90 -; 21/12/90 -ril 2397/89 -; 01/07/96 - rcud 741/94 -; y 17/05/00 - rcud 1791/99 -], y ello porque a consecuencia del acto del despido la relación laboral se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y ésta sea regular [STC 3/1987, de 12/Marzo]. Es decir, con el acto del despido se «extingue la relación laboral en la fecha de efectividad del despido, de manera que no es lógico sostener que ese período de tiempo -entre el despido y la sentencia que lo declara desajustado a derecho- 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» (STSS 21/10/04 -rcud 4966/02-; y 10/06/09 -rcud 3098/07-).

d)- En cuarto lugar destaquemos que a pesar de la rotundidad de aquella afirmación del Tribunal Constitucional, que ciertamente reproducía lo que entendía era doctrina jurisprudencial al uso, creemos que para la reanudación del vínculo laboral no se precisa la «regular readmisión» del trabajador despedido, sino que basta con la mera «opción por la readmisión», siendo buena prueba de ello la previsión contenida en el art. 229 LRJS más arriba reproducido, y que al atribuir al rechazo de la oferta readmisoria el efecto de «pérdida definitiva de los salarios» durante la ejecución provisional, viene a proclamar -de manera implícita, pero con meridiana claridad- que la relación laboral se ha reanudado con la indicada oferta: y además, a la vista del ya reproducido art. 281.2. b [« se computará, como tiempo de servicio, el transcurrido hasta la fecha del auto »], ello se entiende -por ficción legal- sin solución de continuidad alguna.

Séptimo.

1- Efectuadas las anteriores precisiones, cumple interpretar este último precepto - art. 281 LRJS -, del que se nos ofrece la elemental consideración de que la aludida reanudación de la relación laboral, por opción expresa o tácita legal del empresario [ex art. 56.3 ET], justifica plenamente que se compute como «prestación de servicios» el periodo de tiempo que media entre la sentencia declaratoria de la improcedencia y el Auto que declara la extinción del contrato de trabajo, habida cuenta de que tal periodo es retribuido [excepción hecha del tiempo de acreditado trabajo para un tercero] y que la falta de prestación de servicios únicamente puede ser imputada a la conducta empresarial; y ello aún en el supuesto de que ese periodo pudiera no ser retribuido, al haberse prestado servicios por cuenta de un tercero y se acreditase el importe de lo percibido, pues aún en este caso parece razonable que sea computado como tiempo de servicios, en tanto que la situación únicamente puede atribuirse a la empresa, autora del ilegítimo despido.

2- Pero muy diversa consideración nos merece ese tiempo - desde la sentencia hasta el Auto de extinción-, cuando la ausencia de prestación de servicios es atribuible -como en el caso de autos- a la exclusiva voluntad del trabajador y cuando por lo mismo ni tan siquiera existen salarios de sustanciación ex art. 299. Ciertamente que el ya reproducido art. 281.2. b proclama que a los efectos de calcular la indemnización en la ejecución definitiva « se computará, como tiempo de servicio, el transcurrido hasta la fecha del auto », pero esa declaración que el precepto hace entendemos que exclusivamente contempla el supuesto ordinario - reanudación de la relación laboral, real prestación de servicios y correlativa retribución salarial de sustanciación- y no la anómala situación en la que, pese a haberse reanudado la relación laboral por el ofrecimiento de readmisión, ésta no se produce, con la consecuencia de que no medien ni prestación de servicios ni tampoco derecho a salarios de trámite, porque el trabajador así lo ha decidido por su exclusiva voluntad. Y no encontramos razón alguna para dar el mismo tratamiento a situaciones tan disímiles, pues no parece lógico que la comprensible ficción -o beneficio- legal de entender «como tiempo de servicio» los periodos en que no lo hubo por decisión del empresario y en los que -por tanto- se reconoce al trabajador derecho a salarios de trámite, no parece lógico -repetimos- deba extenderse al caso de que la falta de prestación de servicios sea imputable al empleado y al que por ello -expresamente por ley: art. 299- se le priva del derecho a la retribución durante el trámite del recurso; precisamente porque no hay servicios.

3- En todo caso queremos señalar que esta singular situación suspensiva ni tan siquiera tiene expresa contemplación en la regulación estatutaria de la «suspensión del contrato» [Título I; Capítulo III; Sección

3ª]; y que a la hora de buscar supuesto legal con el que guarde analogía, lógicamente no habría que atender a aquellos en los que el origen de la situación es ajeno a la voluntad del trabajador y en los que -por ello- el empleado mantiene -durante la suspensión- amplia panoplia de derechos, entre los que se halla el computar el tiempo transcurrido en la situación como de efectivo «tiempo de servicio»; es el caso -por ejemplo- de la IT, en la que por resultar ajena a la voluntad del beneficiario, median prestación sustitutoria del salario, cotización a la Seguridad Social e incluso -con bastante generalidad- complemento a cargo de la empresa hasta el 100 por 100 del importe de la remuneración. La situación, de asimilarse por analogía a alguna causa de suspensión legalmente regulada, sería más bien -dejando aparte las obvias diferencias entre ambas figuras- a la excedencia voluntaria ordinaria [no la especial para cuidados de hijos del art. 46.3 ET : STS 28/06/02 -rcud 1274/01 -], periodo de tiempo en el que también se produce la suspensión del contrato por exclusiva voluntad del trabajador, y que por tal razón [voluntariedad] desde siempre se ha excluido -sin polémica alguna- del periodo de «servicios» para calcular la indemnización por despido declarado improcedente.

4- La precedente afirmación implica que coincidimos en gran medida con la decisión judicial de contraste, que a efectos de calcular la indemnización por despido computó el periodo de inactividad -entre declaración de improcedencia y auto extintivo de la relación-, por cuanto que en tal supuesto la inactividad del periodo únicamente podía atribuirse a la voluntad de la empresa, que rechazó la incorporación material del trabajador y le otorgó «vacaciones». Pero a la par, también entendemos plenamente justificada la decisión adoptada por la sentencia que ahora se debate, dado que en ésta la falta de servicios no puede ser atribuida a la empresa, que en ejecución provisional de la sentencia declaratoria de improcedencia del despido requirió en forma al trabajador para que se reincorporase, sino que la falta de servicios se debieron a la exclusiva voluntad del trabajador [así está judicialmente resuelto con carácter firme]. Y de esta forma, justificada la diversa solución dada en una y otra sentencia, por fuerza hemos de negar la existencia de contradicción entre ellas, pues si dos sentencias que llegan a pronunciamientos opuestos, son -pese a todo- jurídicamente correctas ambas, ello es prueba inequívoca de que entre las mismas no existe la contradicción que exige el art. 219.1 LRJS como presupuesto de admisión para el recurso unificador (así, por ejemplo, STS 19/01/12 -rcud 1595/11 -).

5- Pero hay un periodo de tiempo -el que media entre el despido y la sentencia que declara la improcedencia- que: a) no fue computado en el cálculo indemnizatorio llevado a cabo por la sentencia del J/S; b) con la opción readmisoria pasa a ser considerado -legalmente- como tiempo de relación laboral, y la ausencia de prestación de servicios únicamente puede atribuirse al previo despido, no al posterior incumplimiento del requerimiento de readmisión, por lo que no hallamos razón alguna que pueda excepcionarle de la ficción -«como tiempo de servicio»- que el art. 281.2 LRJL proclama. Y sobre el cómputo de este período sí concurre -entre las sentencias a contrastar- la exigible contradicción, lo que nos permite efectuar un pronunciamiento acorde con la doctrina que precedentemente hemos expuesto.

Octavo.

Las anteriores consideraciones nos llevan -coincidiendo en parte con el Ministerio Fiscal- a rechazar el recurso formulado por la empresa y a acoger en parte el interpuesto por el trabajador, con las consecuencias legales en orden a la pérdida de depósito, destino legal de consignación o aseguramiento e imposición de costas [arts. 228 y 235.1 LRJS].

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de «CONSTRUCCIONES Y RENOVABLES DE LATINOAMÉRICA, S.L.U.» [COYREL, SLU] y acogemos parcialmente el formulado por Don Luis Andrés, revocando la STSJ Cantabria de 31/Octubre/2013 [rec. 594/13] en el sentido de que la indemnización a que tiene derecho el trabajador ha de calcularse computando como periodo de servicios el tiempo que media entre el inicio declarado de la relación laboral y la fecha de la sentencia que declaró la improcedencia del despido [07/Febrero/2012], manteniendo los restantes pronunciamientos de la recurrida.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido y el destino legal para la consignación o aseguramiento, así como la imposición de costas a la empresa recurrente.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

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

D. Jesús Gullón Rodríguez
D. Fernando Salinas Molina
D. Luis Fernando de Castro Fernández
D^a María Luisa Segoviano Astaburuaga
D. José Manuel López García de la Serrana
D^a Rosa María Virolés Piñol
D^a María Lourdes Arastey Sahún
D. Miguel Ángel Luelmo Millán
D. Antonio V. Sempere Navarro
D. Ángel Blasco Pellicer
D. Jesús Souto Prieto
D. Jordi Agustí Juliá

VOTO PARTICULAR recurso 1412/2014 al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, Doña Rosa María Virolés Piñol, Doña María Lourdes Arastey Sahún y D. Jordi Agustí Juliá.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 1412/2014.

El voto particular se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

Primero.

Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala que se recoge en la sentencia, discrepo en parte del Fallo de la misma, en cuanto debió estimarse íntegramente el recurso de D. Luis Andrés, estando de acuerdo con la desestimación del recurso de CONSTRUCCIONES Y RENOVABLES DE LATINOAMÉRICA SLU (COYREL SLU). Asimismo discrepo del razonamiento contenido en el fundamento de derecho séptimo, apartados 2.

Segundo.

1- El punto de controversia se ciñe a si debe computarse, a efectos del cálculo de la indemnización por despido declarado improcedente -el contrato se extinguió por auto dictado en incidente de no readmisión-, el tiempo durante el que estaba tramitándose el recurso de suplicación -interpuesto por el trabajador- ya que, ante la solicitud de la empresa de que en ejecución provisional el trabajador continuara prestando sus servicios, percibiendo la correspondiente retribución, el trabajador no se reincorporó.

2- Procede poner de relieve, en primer lugar, que la Sala no debió examinar tal cuestión, si bien la sentencia consigna que no hay contradicción -fundamento de derecho séptimo, apartado 3- en el fundamento de derecho séptimo, apartado 2, motiva acerca del no cómputo, a efectos del cálculo de la indemnización, del periodo que media entre la sentencia de instancia y el auto que declara extinguida la relación laboral.

El examen de la sentencia recurrida revela que la misma no abordó este extremo y, no podía ser de otra manera, ya que estableció que la indemnización había de calcularse teniendo en cuenta el periodo transcurrido desde el inicio de la relación laboral a la fecha del despido. Por lo tanto, no ha examinado lo que ha podido suceder con posterioridad al despido, si el periodo transcurrido hasta el auto que declara la extinción de la relación laboral ha de computarse en su totalidad, o se ha de descontar el periodo en el que la empresa instó ejecución provisional y el trabajador no se reincorporó. El escrito de recurso de casación para la unificación de doctrina del trabajador se limita a solicitar que, para el cálculo de la indemnización, se tenga en cuenta el periodo transcurrido desde la fecha del despido hasta la del auto declarando la extinción de la relación laboral. En el escrito de impugnación la empresa no formuló alegación alguna relativa al descuento del periodo computable como de prestación de servicios, de aquel correspondiente a la ejecución provisional solicitada por la empresa y contestada con una negativa del trabajador a la readmisión. Tampoco en el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa se alude a esta cuestión, ya que se limita a invocar como vulnerado el artículo 278 de la LRJS, argumentando que, a los efectos de la ejecución definitiva, ha de surtir plena virtualidad la readmisión ofrecida y rechazada, tras notificársele por el Juzgado la sentencia declarando la improcedencia del despido, así como que no resulta necesario que, tras obtener firmeza dicha sentencia, se efectuase un segundo requerimiento de readmisión, por lo que no procedía dar por extinguida la relación laboral ni, en consecuencia, fijar indemnización alguna por dicha extinción.

3- No cabe entender que quien pide lo más pide lo menos en el recurso pues, lo que se ha estimado en dicho recurso es cosa distinta de lo solicitado en el mismo, tal y como se ha consignado con anterioridad - la

empresa solicita que se entienda que es válida, una vez firme la sentencia, la opción por la readmisión efectuada tras dictarse la sentencia en instancia, antes de que fuera firme y la sentencia de esta Sala establece la indemnización atendiendo al periodo transcurrido desde que el actor inició la relación laboral hasta la fecha de la sentencia de instancia, razonando que el periodo posterior, hasta el auto declarando extinguida la relación laboral, no computa a efectos de fijar la indemnización ya que el actor no se reincorporó a su trabajo, a pesar de que la empresa en ejecución provisional, tras la sentencia de instancia, así lo había solicitado y el juzgado lo había acordado-.

Tercero.

1- En todo caso, de aceptar que procede el examen de la cuestión anteriormente señalada, habría de resolverse de forma diferente a como lo ha hecho la sentencia mayoritaria.

Procede hacer un breve resumen de los hechos relevantes, a efectos de una recta comprensión de la cuestión debatida.

a) Por sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Santander, de 7 de febrero de 2012, autos 1633/2011, se declaró improcedente el despido objetivo del actor, condenando a la empresa Construcciones y Renovables de Latinoamérica SLU a optar, en plazo de cinco días, entre readmitir al actor o abonarle la indemnización fijada, así como al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia, con descuento, en su caso, de lo percibido en otro empleo.

b) La empresa optó por la readmisión, fijando como fecha de incorporación el 5 de marzo de 2012, en Santiago de Chile, tras el intercambio de varias comunicaciones entre las partes, el trabajador no reanudó la prestación de servicios.

c) El trabajador solicitó ejecución provisional mediante escrito de 27 de marzo de 2012, dictándose auto el 24 de mayo de 2012, en el que se rechazó la ejecución provisional solicitada por el trabajador, declarando injustificado el incumplimiento del trabajador del requerimiento empresarial de reanudación de la prestación de servicios, acordando la pérdida de los salarios de trámite correspondientes al periodo de tramitación del recurso de suplicación.

d) El actor interpuso recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de 7 de febrero de 2012, dictando sentencia la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria el 18 de mayo de 2012, recurso 353/2012, manteniendo la declaración de improcedencia del despido y ampliando la condena, de forma solidaria, a las tres empresas demandadas COYREL SLU, APIA XXI SA y IAC APIA XXI SLU, manteniendo el resto de pronunciamientos.

e) Una vez firme la sentencia el actor instó la ejecución definitiva, siendo desestimada su pretensión por auto del Juzgado de lo Social de 25 de marzo de 2013, confirmado por nuevo auto de 5 de junio de 2013, siendo el fundamento de dicha desestimación que el actor no había querido incorporarse a su puesto de trabajo en la ejecución provisional instada por la empresa.

f) Recurrido en suplicación por el actor, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria dictó sentencia el 31 de octubre de 2013, aclarada por auto, estimando el recurso, declarando extinguida la relación laboral que unía al ejecutante con las empresas COYREL SLU, APIA XXI SA y IAC APIA XXI SLU, fijando una indemnización de 37.189,30 E, COYREL SLU resultado de deducir de la indemnización legal de 50.614,20 E, -correspondiente al periodo de servicios desde el inicio de la relación laboral hasta la fecha del despido- la ya percibida de 13.424,90 E, por despido objetivo, y los salarios de trámite devengados desde el 13 de junio de 2012, con deducción, en todo caso, de lo que hubiera podido percibir como consecuencia de la prestación de servicios para otras empresas en los periodos coincidentes.

2 - Contra esta sentencia se interponen los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina, por el trabajador y por la empresa COYREL SLU, interesando el trabajador que, para el cálculo de la indemnización, se tenga en cuenta el periodo transcurrido desde la fecha de inicio de la relación laboral hasta la del auto declarando la extinción de la relación laboral.

La sentencia adoptada por la opinión mayoritaria de la Sala, reunida en Pleno, fija como periodo de servicios, a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente, el transcurrido desde el inicio de la relación laboral hasta la fecha de la sentencia de instancia que, por primera vez, declaró la improcedencia del despido (7 de febrero de 2012).

Cuarto.

1- Estamos ante la ejecución de una sentencia firme de despido declarado improcedente, en el que la empresa, una vez recibida la sentencia de instancia, optó por la readmisión, en trámite de ejecución provisional, pero, una vez firme la sentencia, no cumplió el trámite del artículo 278 LRJS -comunicación al trabajador en plazo

de diez días la fecha de su reincorporación al trabajo- por lo que se ha producido la no readmisión y procede declarar la extinción de la relación laboral.

2 -En virtud de lo establecido en el artículo 281.1 de la LRJS, en el supuesto de que no se haya producido la readmisión, tras la comparecencia a la que han de ser citadas las partes, el juez dictará auto, con los siguientes pronunciamientos:

" a) Declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución.

b) Acordará que se abonen al trabajador las percepciones económicas previstas en los apartados 1 y 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores . En atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades. En ambos casos se prorratearán los periodos de tiempo inferiores a un año y se computará, como tiempo de servicio, el transcurrido hasta la fecha del auto.

c) Condenará al empresario al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta la de la mencionada resolución".

Por su parte el artículo 56 del ET dispone:

1-Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo que se entenderá producido en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

2-En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación...

A la vista de los preceptos examinados se concluye que en el acto de extinción de la relación laboral por readmisión irregular ha de tomarse en consideración, a efectos del cálculo de la indemnización, el periodo de tiempo transcurrido desde el inicio de la relación laboral hasta la fecha del auto que extingue la citada relación.

3- En el supuesto examinado concurre la particular circunstancia de que, una vez interpuesto recurso de suplicación por el trabajador frente a la sentencia de instancia, el empresario manifestó que optaba por la readmisión y el trabajador no reanudó la prestación de servicios.

Quinto.

1- Las consecuencias que se siguen de dicha negativa a reanudar la prestación de servicios no son, como resuelve la sentencia de Pleno, que el trabajador pierda los salarios correspondientes al periodo en el que la empresa instó la ejecución provisional y que dicho periodo no se tiene en cuenta a efectos del cálculo de la indemnización por despido, sino únicamente el primero de dichos efectos.

2- Las razones que avalan dicha conclusión son las siguientes:

a) El tenor literal del precepto, primer cánón hermenéutico, a tenor del artículo 3.1 del Código Civil.

El artículo 281 de la LRJS, que regula el contenido del auto de resolución del incidente de no readmisión, en el caso de que esta no se produzca, cuando la sentencia, que es firme, ha declarado el despido improcedente y la opción -expresa o tácita- es por la readmisión, establece, entre otros efectos, al fijar las percepciones económicas que tiene derecho a percibir el trabajador: "Se computará, como tiempo de servicio, el transcurrido hasta la fecha del auto" refiriéndose al auto que declara la extinción de la relación laboral.

A diferencia de la redacción del artículo 56.1 que fija la indemnización, en el supuesto de despido improcedente, en treinta y tres días de salario por año de servicio -por lo que es precisa la prestación de servicios para que dicho periodo compute a efectos del cálculo de la indemnización- el artículo 281.2 b) de la LRJS, establece taxativamente que el tiempo transcurrido desde la sentencia que declara la improcedencia del despido hasta la del auto que declara extinguida la relación laboral, a efectos de fijar la indemnización por dicha extinción, "se computará, como tiempo de servicio". El precepto no exige que exista efectiva prestación de servicio, en contra de lo que ha entendido la sentencia mayoritaria de la Sala -Fundamento de derecho séptimo, apartado 2- sino que, todo lo contrario, establece que dicho tiempo se computa "como tiempo de servicio", sin exigir que se preste tal servicio.

En definitiva, el mero transcurso del tiempo desde que se dicta la sentencia declarando la improcedencia del despido hasta que se dicta auto declarando extinguida la relación laboral se computa como tiempo de servicio, sin exigencia de actividad laboral alguna por parte del trabajador y, sin que quede desvirtuada tal consideración por

el hecho de que el trabajador no atienda el requerimiento empresarial, efectuado en ejecución provisional, de prestar sus servicios.

b) Por su parte el artículo 299 de la LRJS, incardinado dentro del Título II -"De la ejecución provisional"- en el Capítulo III -"De las sentencias de despido"- establece que "El incumplimiento injustificado por parte del trabajador de requerimiento empresarial de reanudación de la prestación de servicios, acarreará la pérdida definitiva de los salarios a los que se refieren los artículos anteriores -salarios de sustanciación que se devengan durante la tramitación del recurso-.

Por lo tanto, la única previsión que contiene la norma, en el caso de que el trabajador no atienda el requerimiento de continuar la prestación de servicios, es la pérdida de los salarios correspondientes a dicho periodo. Si la ley no ha previsto ningún otro efecto, no procede imponerlo.

c) Dicha previsión guarda una absoluta simetría con lo establecido en el artículo 297 de la LRJS, regulador asimismo de la ejecución provisional que establece, en su apartado 1: "Cuando en los procesos donde se ejerciten acciones derivadas de despido...la sentencia declare su improcedencia y el empresario que hubiera optado por la readmisión, - o el trabajador- interpusiera alguno de los recursos autorizados por la ley, este vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al recurrido la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos y continuará el trabajador prestando servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna". Es decir, al empresario se le impone la obligación de abonar los salarios, exigiendo al trabajador la prestación de servicios, pero si el empresario no desea que el trabajador preste dichos servicios, este no puede exigir que el empresario le proporcione ocupación efectiva, solo podrá exigir el abono de los salarios correspondientes.

d) La finalidad de la ejecución provisional es proteger al trabajador, como parte más débil de la relación laboral, evitando que la vulnerabilidad originada por la falta de trabajo y salario propicie actuaciones abusivas del empresario, sin perjuicio de que también sea cauce adecuado para mitigar los efectos económicos adversos que para el empresario supone la declaración de improcedencia del despido, si ha optado por la readmisión, mientras dura la tramitación del recurso de suplicación interpuesto.

Tal y como ha señalado la STC 104/1994, de 11 de abril : "De este modo, reiterando lo declarado en la citada STC 234/1992, "debemos iniciar nuestro razonamiento partiendo del valor y alcance jurídico que, desde la perspectiva constitucional del derecho a ejecutar las resoluciones judiciales, corresponde atribuir al art. 227 de la Ley de Procedimiento Laboral, en virtud del cual se reconoce a los trabajadores que han obtenido a su favor una Sentencia declarando la nulidad o improcedencia de su despido el derecho a seguir percibiendo los salarios mientras dure la tramitación del recurso que el empresario haya interpuesto contra dicha Sentencia, sin perjuicio del derecho de éste a exigir que el trabajador siga prestando sus servicios, a menos que prefiera hacer el abono sin compensación alguna.

Dicho precepto legal introduce una especie de ejecución provisional de la Sentencia de instancia, que tiene por objeto proteger al trabajador en atención a su cualidad de parte más débil, agravada por la falta de empleo y salario, que lo hace más vulnerable a actuaciones abusivas o de mala fe que pudieran venir de la parte procesal contraria; trata, por consiguiente, de evitar el periculum in mora, respondiendo a una tradición que tiene larga historia en nuestro ordenamiento y que tiende a garantizar el disfrute de los derechos reconocidos en la instancia, finalidad que no puede considerarse ilegítima a la luz de la doctrina de este Tribunal, formando parte de la amplia tutela material que el ordenamiento laboral, tanto sustantivo como procesal, otorga al trabajador (ATC 767/1986).

De ello se deriva que el derecho que reconoce el art. 227 a la ejecución provisional de la Sentencia favorable tiene su origen en la propia norma legal, lo cual significa que esa ejecución tiene el carácter de procedimiento autónomo, que no puede verse afectado por el resultado que se obtenga en el recurso de casación promovido por la empresa, de forma tal que el derecho a los salarios de subsistencia que confiere tal artículo es inmune a la Sentencia de casación que, en su caso, revoque la recurrida.

Por tanto, la vinculación del empresario recurrente a la ejecución provisional del art. 227 durante el tiempo de tramitación del recurso es absoluta, en el sentido de que los trabajadores tienen derecho a los salarios devengados en ese período comprendido entre la Sentencia de instancia y la de casación, la cual, si es estimatoria, determinará el cese de la obligación del empresario con el derecho a ser resarcido en la forma que establece el párrafo tercero de dicho artículo, siempre que los salarios hubiesen sido pagados puntualmente y con los requisitos legales."

e) La regulación cerrada que presentan los preceptos dedicados a la ejecución provisional, en cuanto a los efectos de la misma. A este respecto hay que señalar que la negativa del trabajador a reanudar la relación laboral no constituye una justa causa de despido -por desobediencia o ausencias injustificadas- sino que únicamente acarrea la pérdida de los salarios correspondientes a dicho periodo. Paralelamente, la negativa del empresario a dar al trabajador ocupación efectiva, cuando éste insta la ejecución provisional, no constituye causa para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato, con la pertinente indemnización, a tenor del artículo 50.1 c) del ET, sino que únicamente origina la obligación del empresario de abonar los salarios sin percibir contraprestación alguna.

La sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1998, recurso 4176/1997, ha establecido:

"Una primera razón en favor de la solución de encauzar por la vía del incidente de ejecución provisional de sentencias de despido de las reclamaciones relativas a incumplimientos de las obligaciones laborales del empresario es que este cauce procesal, y no el proceso autónomo a que da lugar una acción resolutoria, es el previsto específicamente y de manera expresa en la Ley para cuando concurren las circunstancias del supuesto controvertido de opción empresarial por la readmisión y pendencia de resolución de un recurso de suplicación.

Al argumento anterior debe añadirse otro que se encarga de resaltar la sentencia de contraste, concerniente al régimen de acumulación obligatoria de las acciones simultáneas de despido y de resolución del contrato por voluntad del trabajador que el legislador impone en el art. 32 de la LPL. Este precepto trasluce la voluntad de la ley de evitar todas las posibles interferencias a que puede dar lugar el curso paralelo de estas acciones, y dado que tal curso paralelo sería inevitable en el caso en litigio, puesto que una acción se encontraría en la fase de suplicación mientras que la otra en la fase de instancia, la única manera de atender a la finalidad de la ley de que todas las cuestiones sustantivas relacionadas con un mismo litigio de extinción del contrato de trabajo sean debatidas en un solo juicio es tratar las reclamaciones de no readmisión o readmisión irregular como incidentes a resolver por vía de ejecución de la sentencia ya dictada.

En fin, la solución de encauzar las reclamaciones de no readmisión o readmisión irregular exclusivamente por la vía del incidente de ejecución provisional de sentencia no produce efectos perjudiciales en la esfera del trabajador puesto que en este trámite procesal, de acuerdo con el art. 296 de la LPL, "el juez o Sala resolverá lo que proceda"; y la resolución procedente podrá ser, entre otras, la condena al abono de posibles salarios no pagados, o el propio reconocimiento en el tiempo de espera de la sentencia de suplicación del derecho a la percepción de retribución sin contraprestación de trabajo".

f) El carácter autónomo de la ejecución laboral respecto del pleito principal, manifestado, entre otros supuestos, en el hecho de que si la sentencia favorable al trabajador fuera revocada, en todo o en parte, éste no vendrá obligado al reintegro de los salarios percibidos durante el periodo de ejecución provisional y conservará el derecho a que se le abonen durante la tramitación del recurso y también los que no hubiere aún percibido en la fecha de firmeza de la sentencia, tal y como dispone el artículo 300 de la LRJS.

g) La obligación del empresario de abono de los salarios durante la tramitación del recurso en ejecución provisional deriva de un ilícito empresarial, es decir, del acto empresarial de despedir al trabajador, que ha desembocado en que la sentencia de instancia declare el despido improcedente. En el asunto examinado el despido fue declarado improcedente en la instancia y dicha declaración fue confirmada por la sentencia resolutoria del recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, que fue estimado, en el sentido de ampliar la condena, de forma solidaria, a dos empresas más.

h) La ejecución provisional deriva del hecho de que el trabajador tiene un derecho reconocido judicialmente, sin que sea obligatorio para el favorecido por una sentencia condenatoria impugnada instar su ejecución provisional. Como recuerda la sentencia de esta Sala de 11 de diciembre de 2012, recurso 782/2012

"Debe tenerse en cuenta, además, que la posición del trabajador o beneficiario a la cantidad en que se cifra la condena es ya la del titular de un derecho reconocido judicialmente, aunque se trata de un derecho expectante o potencial, cuya efectividad está pendiente de una especie de condición suspensiva, que es la confirmación de dicha sentencia de instancia; porque un derecho expectante o potencial no es una mera expectativa o esperanza de futuro, sino una situación jurídica activa ya establecida por sentencia. Y, en el caso de que se cumpla la condición de la que depende su eficacia, lo lógico es que la misma se produzca ex tunc, desde el momento en que fue reconocido, y no ex nunc, desde el momento en que la sentencia desestimatoria del recurso y/o confirmatoria de la sentencia anterior hace desaparecer el obstáculo que impedía su pleno despliegue o desarrollo"

i) La situación no es análoga a la que supone la excedencia voluntaria -fundamento de derecho séptimo, apartado 2- regulada en el artículo 46.3 del Estatuto de los Trabajadores.

A este respecto hay que precisar:

- La excedencia voluntaria se produce por la exclusiva voluntad del trabajador -y subsiguiente concesión del empresario- que, por su exclusivo interés, solicita se le conceda la misma. La ejecución provisional de la sentencia de despido deriva de un acto ilícito del empresario -despido declarado improcedente por resolución judicial- frente a la que se ha interpuesto recurso de suplicación (o, en su caso, los restantes recursos previstos en la ley).

-La ejecución provisional se produce en el ámbito procesal, en tanto la excedencia, sin perjuicio de que en alguna ocasión acarree una intervención judicial, se produce en el ámbito de la relación laboral.

-La situación de excedencia voluntaria puede desembocar en una reanudación de la relación laboral o, caso de que no exista vacante de igual o similar categoría en la empresa (artículo 48.5 ET) dicha relación puede no reanudarse nunca, sin que ello comporte derecho a indemnización alguna.

La ejecución provisional finaliza cuando recaiga sentencia resolutoria del recurso pendiente. Si confirma la improcedencia del despido y el empresario opta por la readmisión, se reanuda la relación laboral. En caso de que opte por la indemnización, se extingue el contrato con derecho al percibo de la pertinente indemnización.

-Durante la situación de excedencia el contrato está suspendido, sin que exista relación laboral alguna entre empresario y trabajador.

Durante la ejecución provisional, aunque el trabajador no haya atendido al requerimiento de prestación de servicios efectuado por el empresario, si ésta ha optado por la readmisión, el trabajador es titular de un derecho potencial a la readmisión, situación jurídica activa establecida por la sentencia de instancia, cuya efectividad está pendiente de una especie de "condición suspensiva" que es la confirmación de dicha sentencia por la sentencia que resuelva el recurso. (STS de 11 de diciembre de 2012, recurso 782/2012).

- La excedencia voluntaria exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, sin ninguna otra previsión legal a efectos de la incidencia del periodo de excedencia en el cálculo de la indemnización por despido.

El periodo transcurrido desde la sentencia que declara La improcedencia del despido hasta el auto que declara extinguida la relación laboral, exista o no ejecución provisional, "computará como tiempo de servicios", a efectos del cálculo de la indemnización por despido improcedente (artículo 281 b) LRJS).

j) En todo caso, de seguirse la tesis de la sentencia de instancia: "La ficción -o beneficio legal- de entender "como tiempo de servicio" periodos en que no lo hubo por falta de readmisión no parece razonable deba extenderse al caso de que la inactividad laboral no sea imputable al empresario" -fundamento de derecho séptimo, apartado 2 "in fine"- no procedería limitar el periodo, a efectos del cálculo de la indemnización, a la fecha de la sentencia de instancia que declaró la improcedencia del despido -7 de febrero de 2012 - sino a la fecha en la que el empresario fija la reanudación de la relación laboral en ejecución provisional de sentencia -5 de marzo de 2012-

..

Sexto.

Por todo lo razonado entiendo que la sentencia debió estimar en su integridad el recurso formulado por el trabajador, en el sentido de que la indemnización por el despido improcedente del trabajador ha de calcularse computando el periodo transcurrido desde el inicio de la relación laboral hasta el auto que declara la extinción de la citada relación laboral.

PUBLICACIÓN- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernández y el voto particular formulado por la Magistrada Excmo. Sra. Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, Doña Rosa María Virolés Piñol, Doña María Lourdes Arastey Sahún y D. Jordi Agustí Juliá celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.