

Roj: STS 8516/2009
 Id Cendoj: 28079140012009101068
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 660/2009
 Nº de Resolución:
 Procedimiento: SOCIAL
 Ponente: MILAGROS CALVO IBARLUCEA
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DESPIDO DISCIPLINARIO x
- x CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL x
- x FALTAS JUSTIFICADAS DE ASISTENCIA x
- x EXTINCIÓN (CONTRATO DE TRABAJO) x

Resumen:

RCUD. Despido. Ineficacia de la retractación empresarial respecto a la decisión extintiva, incluso antes de la presentación de la papeleta de conciliación. Reitera doctrina.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once 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 Abogado D^a GEMA GARCÍA ARAGÓN actuando en nombre y representación de **INTRAWEST SPAIN, S.L.** contra la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación núm. 4358/2008, formulado contra la sentencia de fecha 4 de julio de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Dos de Móstoles, **en autos núm. 376/2008, seguidos a instancia de D^a Bernarda contra INTRAWEST SPAIN, S.L. sobre DESPIDO.**

Ha comparecido en concepto de recurrido el Letrado D. JOSÉ CARLOS MATEO RAPOSO actuando en nombre y representación de D^a Bernarda .

Es Ponente la Excm. Sra. D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea, Magistrado de Sala

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de julio de 2008 el Juzgado de lo Social nº Dos de Móstoles dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º)** D^a Bernarda , ha venido prestando servicio para la empresa demandada INTRAWEST SPAIN S.L., con antigüedad de 5-5-2003, categoría profesional de Coordinadora de Recepción y salario mensual de 1.399.15 euros (45,99 euros/día), con inclusión de parte proporcional de las pagas extraordinarias. **2º)** Con fecha 28-2-2008 la demandada entregó carta a la actora cuyo tenido se da aquí por reproducido, comunicando a la misma el despido con efecto de esa misma fecha, invocando como causa de dicha decisión extintiva, el bajo rendimiento de la demandante por falta de interés en el desarrollo de su puesto de trabajo como recepcionista (doc. Nº 15 de los aportados con la demanda). **3º)** Con fecha 3-3- 2008 por el Servicio de Correos le fue entregado a la actora la comunicación fechada el 28-2-2008 remitida por la empresa el 1-3- 2008, mediante burofax, cuyo contenido se da aquí por reproducido, comunicando a la misma haber dejado sin efecto el despido acordado y que le había sido comunicado en la mañana de ese mismo día, procediendo a su readmisión, poniendo en su conocimiento que debía reincorporarse el 3-3-2008 (doc. Nº 1 al nº 4 del ramo de prueba de la parte demandada y nº 16 de los aportados con la demanda). **4º)** Nuevamente, mediante carta de 14-3-2008 remitida a la actora mediante burofax, entregado en esa misma fecha, cuyo contenido se da aquí por

reproducido, se comunicó a la misma que no habiendo acudido a su trabajo desde el día 3-3-2008, ni haber tenido noticias, habiendo faltado al trabajo durante diez días laborables, por la demandada se solicitó a la actora justificara las citadas ausencias (doc. Nº 5 y nº 6 del ramo de prueba de la parte demandada y nº 17 de los aportados con la demanda). Con fecha 25-3-2008, la actor remitió carta a la empresa -en contestación a la carta recibida de 14- 3-2008-, cuyo contenido se da por reproducido, comunicando a la demandada que no se había personado en el trabajo el día 3-3- 2008 por haber sido despedida el 1-3-2008, habiendo formulado la reclamación correspondiente. **5º)** Con fecha 4-4-2008, la demandada cursó la baja en Seguridad Social de la actora. **6º)** Constan en autos que la demandante presta servicios en la empresa Opade. Organ. y Prom. Activ. Deportivas S.A., desde el 12-5-2008. **7º)** Ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación (SMAC), se presentó por la actora el 7-3-2008, papeleta de conciliación en reclamación por despido, celebrándose el acto correspondiente el 28-3-2008 con el resultado de sin avenencia, habiéndose presentado con posterioridad el 16-4-2008, demanda ante el Juzgado Decano de Móstoles."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: *"Estimando la excepción de falta de acción invocada por la demandada, y, desestimando la demanda interpuesta por Dª Bernarda contra INTRAWEST SPAIN SL, en reclamación por despido, debo absolver y absuelvo a la citada empresa demandada de las peticiones deducidas en su contra".*

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por el Letrado D. JOSÉ CARLOS MATEO RAPOSO actuando en nombre y representación de Dª Bernarda 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: *"Estimamos el recurso de suplicación formulado por Dª Bernarda en materia de despido contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Móstoles de fecha 4 de julio de 2008 , declarando el despido como improcedente condenando a la demandada INTRAWEST SPAIN, S.L., al abono a la actora Dª Bernarda de la cantidad de 10.114,69 euros en concepto de indemnización, así como los salarios de tramitación, a razón de 45,99 euros día, desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, sin expreso pronunciamiento en costas." Con fecha 7 de enero de 2009 y por la misma Sala se dictó Auto de Aclaración interpuesto por INTRAWEST SPAIN, S.L. cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que debe estimar las solicitudes efectuadas por INTRAWEST SPAIN, S.L., parte en estas actuaciones, y, en su consecuencia, procede aclarar la resolución de esta Sala de fecha 2 de diciembre de 2008 , dictada en las presentes actuaciones, en el siguiente sentido: "Estimamos el recurso de suplicación formulado por Dª Bernarda frente a INTRAWEST SPAIN, S.L., en materia de despido contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Móstoles de fecha 4 de julio de 2008 , declarando el despido como improcedente condenando a la demandada a optar en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la sentencia entre la readmisión del trabajador, en las mismas condiciones que tenía antes de producirse el despido o al abono a la actora Dª Bernarda de la cantidad de 10.114,69 euros en concepto de indemnización, y en todo caso de abono a los salarios de tramitación a razón de 45,99 euros día, desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia todo ello, sin expreso pronunciamiento en costas."*

TERCERO.- Por el Abogado Dª GEMA GARCÍA ARAGÓN actuando en nombre y representación de INTRAWEST SPAIN, S.L. se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada mediante escrito en el Registro General de este Tribunal el 11 de marzo de 2009. Como sentencia contradictoria con la recurrida se aporta la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña con fecha 6 de marzo de 2006, Rec. 8705/2005.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 2 de julio 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, habiendo transcurrido el plazo sin haberlo verificado, pasando los autos al Ministerio Fiscal a fin de que emita el oportuno informe.

QUINTO.- Por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso IMPROCEDENTE. Instruida la Excm. Sra. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de diciembre de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante recibió el 28 de febrero de 2008 una carta de despido con la imputación de bajo rendimiento con efectos del 1 de marzo de 2008, seguida de un burofax el 3 de marzo de 2008 también fechado el 28 de febrero dejando sin efecto la anterior en el que le comunica la readmisión y el deber de reincorporarse el 3 de marzo de 2008. El 14 de marzo de 2008 se solicita a la actora que justifique su no reincorporación y ausencias al trabajo entre el día 3 y el 14 de marzo. El 25 de marzo de 2008 la actora contestó que su falta de reincorporación se debía a su despido, fechado el día primero de marzo de

2008. La empresa cursó la baja de la demandante en la Seguridad Social el 4 de abril de 2008. El 7 de marzo de 2008 se presentó la papeleta de conciliación. El Juzgado de lo Social desestimó la excepción de falta de acción y también la demanda por despido.

En suplicación se estimó el recurso de la trabajadora y con él la demanda, declarando la improcedencia del despido. Razona la Sala su decisión señalando que la ruptura del vínculo se produjo por voluntad de la empresa y sin que su retractación se viera acompañada del consentimiento de la trabajadora, por lo que la empresa no puede, por sí sola, restablecer el vínculo.

Recurre la demandada en casación para la unificación de doctrina y ofrece como sentencia de contraste la dictada el 6 de marzo de 2006 por el Tribunal superior de Justicia de Cataluña .

En la sentencia de comparación se resuelve también acerca de un despido seguido de la retractación empresarial, en el que la primera comunicación se emite el 12 de abril de 2005, la segunda dejando sin efecto la anterior el día 14 de abril, fijando como fecha de la reincorporación el día 15 de abril. El 19 de abril la trabajadora comunica su negativa. El 2 de mayo la empresa le requiere para que comunique si su intención es la de continuar la relación laboral o justificando sus faltas de asistencia o si ha decidido causar baja voluntaria. El 12 de mayo le envían nueva comunicación dándole otro plazo de veinticuatro horas para que justifique sus ausencias. El 18 de mayo la demandante comunica su voluntad de no reincorporación, afirmando que está en Incapacidad Temporal. La papeleta de conciliación se presentó el 20 de abril de 2005.

El Juzgado de lo Social declaró la nulidad del despido. La sentencia de suplicación aportada de contraste estimó el recurso de la demandada declarando la falta de acción de la trabajadora. La Sala ha basado su decisión en que, producida la retractación de la empresa, la negativa del empleado a reincorporarse contraría la buena fe y se traduce en el ejercicio abusivo de un derecho persiguiendo una finalidad ilegítima, obtener una readmisión ofrecida por la empresa cinco días antes del ejercicio de la acción por despido nulo, el abono de una indemnización por daños y perjuicios y, en todo caso, el pago de salarios de tramitación. Añade que no cabe pretender en vía judicial la reanudación de un vínculo que previamente se ha rechazado bien por abandono voluntario, bien por negativa infundada a la reincorporación.

Concurre entre ambas resoluciones la necesaria contradicción, en los términos exigidos por el *artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral* , en virtud de la igualdad sustancial de los hechos, fundamentos y pretensiones, con el resultado divergente de la resolución judicial.

SEGUNDO.- La recurrente alega la infracción "de la solución adoptada mayoritariamente en casos como el que nos ocupa" (sic). Añade que "asimismo la jurisprudencia viene entendiendo que en estos supuestos en los que la acción judicial es ejercitada por el trabajador con carácter posterior a la readmisión, una vez que se ofrece por parte de la empresa la reincorporación al puesto de trabajo y siempre antes del inicio de acciones judiciales, la negativa de éste puede ser considerada como un abandono del puesto de trabajo, careciendo por lo tanto la acción de despido ejercitada por el trabajador de fundamento alguno.

No se contiene una sola cita jurisprudencial, sí en cambio alude al Tribunal superior de Justicia de Cataluña, de Galicia y de Madrid.

Prescindiendo de las deficiencias en la fundamentación, es lo cierto que existe doctrina unificada acerca de las consecuencias de un despido seguido de la retractación del empleador, aun cuando en los supuestos contemplados hasta la dictada por el Pleno de la Sala el 7 de octubre de 2009 , se tratara de actos empresariales posteriores a la apertura de las vías de reclamación frente al despido.

No existe razón, inclusive, para que la Sala se aparte de la doctrina unificadora anterior a la sentencia de 7 de octubre de 2009 , por cuanto lo relevante es la determinación del momento en que el vínculo se extingue. y qué requisitos son necesarios para que se pueda afirmar la existencia de consentimiento en el trabajador y de esa forma considerar reanudado el tracto contractual.

Si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2007 (RUD 5018/2006) hace referencia a la constitución de la relación procesal mediante el ejercicio de la acción por despido, tal reflexión tiene como objeto presentar con mayor contundencia hasta qué punto no existe interés en el trabajador en revivir la relación laboral, pero el eje fundamental del criterio adoptado estriba en que la sentencia afirma lo siguiente: "*Por último, para que exista dimisión del trabajador (art. 49-4), tiene que existir vínculo contractual previo, circunstancia aquí no concurrente dado la extinción del contrato por voluntad empresarial*", reiterando la doctrina emanada de las sentencias de 1 de julio de 1996 (Rec.

741/1996), 3 de julio de 2001 (Rec. 3933/2000) y 24 de mayo de 2004 (Rec. 1589/2003).

Por ello debe reproducirse el contenido de los restantes razonamientos que sirven de asiento al principio fundamental: "... que la decisión empresarial de dejar sin efecto el despido producido días antes no puede tener la eficacia de establecer el vínculo laboral ya roto e inexistente y que la relación laboral que surge entre empresario y trabajador tiene por causa un contrato de naturaleza bilateral y consensual, lo que supone que su formalización exige la libre aceptación por ambas partes. A ello debe añadirse que 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 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. Pues bien, 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 (artículos 1261 y 1262 del Código Civil), lo que fue contemplado por el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de diciembre de 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 (artículo 1256 CC)."

Corroborando la anterior doctrina si bien esta vez con relación al supuesto en el que la acción impugnadora del despido comienza su ejercicio una vez producida la retractación del empleador, la sentencia del Pleno de la Sala de 7 de octubre de 2009 (RCUD 2694/2008) sienta el siguiente criterio: "CUARTO.- 1.- De todas suertes este Tribunal discrepa del planteamiento que está en la base de la decisión judicial recurrida [la retractabilidad del despido producida antes de cualquier actuación preprocesal, siquiera con determinados requisitos], y en nuestra respuesta el punto de partida ha de ser -como elemental lógica requiere- el de la ya indicada 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» [en tal sentido, entre otras anteriores, STS 21/10/04 -rcud 4966/02 -]; 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.

Así lo proclama una constante doctrina, argumentando al efecto que el despido del trabajador se configura -ya lo hemos adelantado- como causa de extinción del contrato de trabajo por «un precepto tan claro» como el art. 49.1.k) ET , «de modo que produce efectos directos e inmediatos sobre la relación de trabajo, sin perjuicio del posterior enjuiciamiento de su regularidad en caso de impugnación ante la jurisdicción» (entre las recientes, SSTS de 20/06/00 -rcud 3407/99-; 15/11/02 -rcud 1252/02-; 31/01/07 -rcud 3797/05-, dictada en Sala General; 12/02/07 -rcud 3951/05-; y 16/01/09 -rcud 88/08-. Doctrina de la que se hizo eco la STC 33/1987, de 12/Marzo, FJ 3).

2.- El siguiente escalón argumental necesariamente ha de descansar en el concepto del abuso del derecho -recogido por la jurisprudencia a partir de la STS 14/01/44, de la Sala Primera- y cuyos requisitos esenciales se concretan en: a) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; b) el daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica y que no hubiese podido ser evitado por el sujeto pasivo que lo sufre mediante una actuación igualmente amparada en la ley; y c) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva [ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo "ausencia de interés legítimo"] o en forma objetiva [ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo] (de entre las más recientes, SSTS -Sala Primera- 18/05/05; 28/01/05; 25/01/06; 24/05/07; y 21/09/07). En palabras de la STS 01/02/06 [-rec. 1820/00 -], la doctrina del abuso del derecho «se sustenta en la existencia de unos límites de orden moral, teleológico y social que pesan sobre el ejercicio de los derechos, y como institución de equidad, exige para poder ser apreciado ... 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 ... [STS 12/06/05 -rec. 475/99], y cuando la sanción del efecto pernicioso está garantizada por un precepto legal [SSTS 24/05/03; y 31/05/03]. Siendo, en fin, doctrina jurisprudencial -que recuerda y

aplica la STS 15/02/00 -rec. 1452/95 - que el abuso de derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo, y que no se puede invocar en favor de quien es responsable de una acción antijurídica».

3.- Las precedentes indicaciones nos llevan a entender -como regla apodíctica- que la eficacia extintiva y constitutiva del despido determinan que el trabajador no esté obligado a aceptar la posible retractación de la empresa emitida antes de haberse constituido la relación procesal o de haberse presentado papeleta de conciliación ante el correspondiente organismo administrativo, ni que por tal rectificación unilateral el trabajador se vea privado de su derecho a impetrar la protección jurídica de los órganos jurisdiccionales; a la par que no apreciamos -también como regla general- rasgo alguno definitorio del abuso del derecho en esa posible reclamación frente a una decisión patronal ilegítima, puesto que cuando se solicita la tutela judicial que impone el art. 24.1 CE, no es apreciable anomalía alguna en el ejercicio de la acción, una voluntad de perjudicar o posibles daños y perjuicios no legítimos.

En el bien entendido, como ya se infiere de lo antes indicado, que el hipotético abuso del derecho se limitaría -de admitirse la eficacia de la retractación en determinados supuestos excepcionales y la injustificación de que no fuese aceptada- a la pretensión de salarios de trámite; pero que por principio nunca alcanzaría al propio ejercicio de la acción por despido, que siempre está justificado por el art. 8 del Convenio 158 OIT [«El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro»] y del derecho a impetrar la tutela judicial que confiere el art. 24.1 CE. Y casi parece superfluo indicar que -en todo caso- el indebido rechazo de la readmisión ofrecida nunca podría calificarse como falta injustificada al trabajo, pues mal puede decirse que está privada de legítima causa una ausencia que es debida a ejercitar judicialmente la acción por despido [en realidad existente y como tal dotado de eficacia extintiva, siquiera llegase a adolecer de vicio justificativo de su anulabilidad]; como tampoco puede considerarse integrante de dimisión del empleado, como antes hemos adelantado, puesto que -con independencia del precedente argumento- para apreciar tal figura sería preciso que «se produzca una actuación del trabajador que, de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en este sentido o una conducta que de modo concluyente revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral» (SSTS 21/11/00 -rcud 3462/99-; 29/03/01 -rcud 2093/00-; 27/06/01 -rcud 2071/00-; 15/11/02 -rcud 1252/02-; 17/05/05 -rcud 2219/04-; y 19/10/06 -rcud 3491/05 -).

4.- Sentado ello, de todas formas cabe preguntarse si, como admite la decisión recurrida y pretende el recurso, en determinados supuestos -retractación empresarial en singulares situaciones y ofrecimiento de readmisión con específicas cualidades- sería admisible la eficacia vinculante del ofrecimiento de readmisión previo al inicio del proceso. A ello trataremos de dar cumplida respuesta -negativa, como ya adelantamos- en los restantes fundamentos jurídicos.

QUINTO.-1.- Ante todo es claro que para llegar -hipotéticamente y desde una perspectiva propia del Derecho Civil- a una solución diversa a la que hemos anunciado como apodíctica, 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 arts. 1261 y siguientes del Código Civil; tal como parece sostenerse en el propio recurso. Y que este vicio de consentimiento -añadimos- 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, aún aceptada la posibilidad de tal retractación a los meros efectos dialécticos [seguimos en el terreno del Derecho Civil, que no Laboral], 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 reincorporación 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 -en definitiva- 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 [esa constancia puede tener indudable trascendencia jurídica], 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.

2.- 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. 1258 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 consecuente 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 -como señalábamos más arriba- para no incurrir en la «falta de causa para litigar», por ausencia de objeto y de acción.

3.- De otra parte, en el mismo plano de hipótesis dialéctica, respecto del posible error justificativo de esa válida retractación, que rechazamos, ha de recordarse [recientemente, STS 29/06/09 -rcud 2489/08-, con cita de nuestro precedente de 25/09/03 - rcud 348/03-] que para que el error invalide el consentimiento -como se desprende del art. 1266 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» (STS -Sala Primera- 22/05/06 -rec. 3355/99-; y en similares términos, la de 17/07/06 -rec. 873/00-, también de la misma Sala).

SEXO.- 1.- A nuestro entender, sin embargo, el debate que se suscita no puede resolverse aplicando la normativa común que se ha referido, aunque con carácter general el Código Civil sea de innegable aplicación supletoria [art. 4.3 CC], no sólo porque entendemos que no existe laguna normativa alguna que colmar en el caso del despido, sino también porque tampoco los preceptos del Código Civil 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.

2.- Ciertamente 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. 1261 CC], a la par que es nulo el prestado por error sustancial [arts. 1265 y 2266 CC] y que pueden ser anulados los negocios jurídicos que adolecen de vicio invalidante [art. 1300 CC]; preceptos paradigmáticamente aplicables -se ha destacado por la doctrina- en el campo del Derecho del Trabajo.

3.- Pero esta tesis no es la que normativamente corresponde, porque 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], con la limitada consecuencia de excluir los salarios de trámite posteriores a la fecha del depósito de la citada indemnización.

Lo que no tiene nada de extraño, porque -entramos de nuevo en el campo del Derecho Civil- la nulidad negocial [determinante de ineficacia radical o automática, que en el caso del despido excluiría su virtualidad extintiva] se limita a defectos relativos a la autonomía privada [vulneración de sus límites], al objeto del contrato [inexistencia, falta absoluta de determinación o ilicitud], a la causa [inexistencia o ilicitud] o a la forma [cuando es exigida ad solemnitatem por la ley]. En tanto que la mera anulabilidad -la que procede cuando concurren los defectos previstos en el art. 1261 CC , conforme precisa el art. 1300 del propio cuerpo legal- comporta el diferente efecto de únicamente consentir el ejercicio de una acción que es propiamente constitutiva, de forma que - como la mejor doctrina resalta- tan sólo produce la ineficacia de un

negocio [en el caso examinado, el despido] que hasta que la acción se ejercita surte todos sus efectos, siquiera con eficacia claudicante [sobre estos extremos, vid. las SSTs -Civil- 18/03/08 -rec. 361/01-; 26/02/08 -rec. 5674/00-; 31/07/07 -rec. 3235/00-; 09/05/07 -rec. 2097/00 -...]. Esto es, 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 de 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.

SÉPTIMO.- 1.- De otra parte, como destacábamos más arriba, atribuir eficacia vinculante a la retractación empresarial [aún 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."

El consolidado criterio de la Sala acerca de la retractación empresarial con independencia de su cronología en relación con la apertura de las vías de impugnación pone de manifiesto que la sentencia recurrida se atuvo a la buena doctrina por lo que el recurso deberá ser desestimado.

TERCERO.- Por lo expuesto, y de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede la desestimación del recurso con imposición de las costas a la recurrente y la pérdida del depósito dando a la consignación el destino legal que corresponda.

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 el Abogado D^a GEMA GARCÍA ARAGÓN actuando en nombre y representación de **INTRAWEST SPAIN, S.L.** contra la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2008, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en recurso de suplicación núm. 4358/2008, formulado contra la sentencia de fecha 4 de julio de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. Dos de Móstoles, en autos núm. 376/2008, **seguidos a instancia de D^a Bernarda contra INTRAWEST SPAIN, S.L. sobre DESPIDO.** Con imposición de las costas a la recurrente y la pérdida del depósito, dando a la consignación el destino legal que corresponda.

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

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

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. María Milagros Calvo Ibarlucea hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.