

RESUMEN

Estima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador despedido contra sentencia que declaró procedente su segundo despido. La Sala rechaza la argumentación empresarial según la cual, la mera anulación del ERE por el que se permitió el despido del actor, basado en un caso de fuerza mayor, no determina la obligación de readmitirlo. Entiende el Alto Tribunal que la negativa en casos como el de autos, a la reincorporación del despedido, constituye un despido tácito, pues la empresa estaba obligada a readmitirlo, de forma que al no hacerlo debe ser declarado improcedente.

NORMATIVA ESTUDIADA

RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores art.55

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONTRATO DE TRABAJO

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Despido disciplinario

Forma

Despido tácito

Calificación y efectos

Despido improcedente

Supuestos diversos

RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACION DE DOCTRINA

SENTENCIA ESTIMATORIA; EFECTOS

REGULACIÓN DE EMPLEO

OTRAS CUESTIONES

SECTORES Y ACTIVIDADES ECONÓMICAS, INDUSTRIALES Y DE SERVICIOS

ALIMENTACIÓN

FICHA TÉCNICA

Favorable a: *Trabajador*; Desfavorable a: *Empresa/Empresario*

Procedimiento: *Recurso de casación para la unificación de doctrina*

Legislación

Aplica art.55 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Cita art.208.2, art.218.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita art.72 de Ley 29/1998 de 13 julio 1998. Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Cita art.97.2, art.111.1 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Cita art.51, art.52, art.53, art.56 de RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

Jurisprudencia

Resuelve el recurso interpuesto contra STSJ Madrid Sala de lo Social de 24 junio 2008 (J2008/150259)

Cita en el mismo sentido sobre REGULACIÓN DE EMPLEO - OTRAS CUESTIONES STS Sala 4ª de 19 noviembre 2007 (J2007/243338)

Cita en el mismo sentido sobre REGULACIÓN DE EMPLEO - OTRAS CUESTIONES STS Sala 4ª de 29 noviembre 2006 (J2006/345857)

Cita en el mismo sentido sobre REGULACIÓN DE EMPLEO - OTRAS CUESTIONES STS Sala 4ª de 15 noviembre 2006 (J2006/345856)

Cita en el mismo sentido sobre REGULACIÓN DE EMPLEO - OTRAS CUESTIONES STS Sala 4ª de 10 octubre 2006 (J2006/331230)

Cita en el mismo sentido sobre REGULACIÓN DE EMPLEO - OTRAS CUESTIONES STS Sala 4ª de 31 mayo 2006 (J2006/266058)

Cita en el mismo sentido ATS Sala 4ª de 13 enero 2005 (J2005/12218)

Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 24 junio 2002 (J2002/32027)

Cita en el mismo sentido sobre REGULACIÓN DE EMPLEO - OTRAS CUESTIONES STS Sala 4ª de 17 enero 2002 (J2002/13504)

Cita en el mismo sentido STS Sala 4ª de 21 noviembre 2000 (J2000/55662)

Cita en el mismo sentido sobre REGULACIÓN DE EMPLEO - OTRAS CUESTIONES STS Sala 4ª de 30 noviembre 1998 (J1998/33398)

Cita STSJ Madrid Sala de lo Social de 20 diciembre 2005 (J2005/267169)

Bibliografía

Citada en "El Expediente de Regulación de Empleo: Despido colectivo, control judicial y reforma laboral"

En la Villa de Madrid, a nueve de octubre 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 D. Ambrosio, representado y defendido por la Letrada Sra. Díaz Sesé, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de junio de 2008, en el recurso de suplicación núm. 1054/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2007 por el Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid, en los autos núm. 319/06, seguidos a instancia de dicho recurrente contra Dª Tania, sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrida Dª Tania, representada y defendida por la Letrada Sra. del Ordi Caballero.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 24 de junio de 2008 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de dictó sentencia, en virtud de los recursos de suplicación interpuestos contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid, en los autos núm. 319/06, seguidos a instancia de dicho recurrente contra Dª Tania, sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es del tenor literal siguiente: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por Dª Tania frente a D. Ambrosio contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid de fecha 18 de septiembre de 2007 debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia en el sentido de declarar que el actor fue debidamente indemnizado a la fecha de su despido 31-1-1998, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación y sin expreso pronunciamiento en costas. Desestimamos el recurso de suplicación formulado por el actor D. Ambrosio frente a Dª Tania contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 19 de Madrid de fecha 18 de septiembre de 2007, sin costas".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 18 de septiembre de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid, contenía los siguientes hechos probados:

1º.- D. Ambrosio venía prestando servicios en las empresas demandadas, Tania, con una antigüedad reconocida de 1.6.1978, ostentando la categoría profesional de dependiente y devengando un salario mensual de 106.608 pesetas en fecha 6.2.98 con pp. extras incluidas (documento folio 93).

2º.- En fecha 7 de enero de 1998 se notificó resolución de la Dirección General de Trabajo y Empleo de la Consejería de Economía y Empleo de la Comunidad de Madrid de fecha 26 de diciembre de 1997, mediante la cual se autorizaba a la empresa a la extinción del contrato de trabajo, dándose por reproducido el documento 1 del ramo de la actora (folios 59 y 60). Dicha resolución fue recurrida por la actora ante la Consejería de Economía y Empleo, desestimándose el recurso en resolución desestimatoria de fecha 28.4.1998, por los fundamentos contenidos en la misma que se dan por reproducidos, obrante como documento 2 del ramo de la actora, folios 62-65, resolución que a su vez fue impugnada en recurso Contencioso-Administrativo, resolviendo el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso, en sentencia de fecha 17.11.03, que anulaba la resolución de 26.12.1997, la cual se da por reproducida (folios 67-75). En fecha 6.3.06 se dictó providencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Procedimiento Ordinario 576/1999, por la que se acordaba que se declaraba firme la sentencia dictada en el recurso de referencia acordando la devolución del expediente administrativo, constando en diligencia de la misma fecha que habiendo transcurrido el plazo legal sin que contra la anterior resolución se hubiera interpuesto recurso alguno se pasaba a dar cuenta.

3º.- La fecha del despido tiene efectos al 31.1.1998 (folio 41).

4º.- La empresa abonó al actor el 60% de la indemnización por la extinción del contrato por causas objetivas en fecha 23-2-1998, que ascendía a 938.705 pesetas, realizado en acto de conciliación celebrado con avenencia (folio 92).

5º.- Por el Juzgado de lo Social 18 de Madrid se dictó sentencia de fecha 15 de julio de 1998 (folio 39-41, que se dan por reproducidos) la cual desestimaba la petición que aquí se ejercita por no ser firme la resolución administrativa.

6º.- Por el Juzgado de lo Social núm. 15 de Madrid se dictó sentencia de fecha 9 de julio de 2004 (folios 24-27 que se dan por reproducidos), que desestimaba la petición que aquí se solicita por no ser firme la sentencia de fecha 26.12.97 la cual fue recurrida en casación para la unificación de la doctrina.

7º.- El actor solicitó la ejecución del fallo de la sentencia 17.11.2003, mediante burofax de fecha 14.3.06. (folio 88).

8º.- La empresa ha cesado su actividad.

9º.- Es de aplicación el Convenio Colectivo del Sector de Comercio de Alimentación (BOCAM 21.8.2002).

10º.- Se ha intentado sin efecto el preceptivo acto de conciliación."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente:"Que estimando la demanda formulada por D. Ambrosio, declaro improcedente el despido de la parte actora de fecha de 31.1.98 condenando a la empresa demandada Dª Tania, a que abone al actor una indemnización de 22.066,60 euros incluidos los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la sentencia. Se declara la extinción de la relación laboral con efectos desde la fecha de esta resolución".

TERCERO.- La Letrada Sra. Díaz Sesé, en representación de D. Ambrosio, mediante escrito de 13 de octubre de 2008, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que:

Primero.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de diciembre de 2005.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 16 de octubre de 2008 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar improcedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 6 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para una adecuada comprensión del problema que se debate en el presente recurso hay que comenzar exponiendo con algún detalle las complejas actuaciones que han dado lugar al mismo. El actor fue despedido el 31 de enero de 1998 como consecuencia de expediente de regulación de empleo (ERE), fundado en fuerza mayor y que fue autorizado por resolución de 26 de diciembre de 1997. Esta autorización fue anulada por sentencia del orden contencioso-administrativo de 17 de noviembre de 2003, cuya firmeza se declaró por providencia de 6 de marzo de 2006. Esa sentencia excluyó la fuerza mayor como causa de la extinción del contrato de trabajo del actor, que era el único afectado por el expediente. Razonaba la sentencia que la decisión administrativa de rescate no fue ajena a las iniciativas y propuestas de los comerciantes concesionarios, lo que elimina la imprevisibilidad y la inevitabilidad.

La empresa, que cesó en su actividad en enero de 1998 como consecuencia del rescate por el Ayuntamiento de Getafe de la concesión del mercado municipal, abonó en febrero de 1998 la liquidación por el cese autorizado por un importe de 938.705 ptas.

Como tras la anulación de la autorización de los despidos la empresa no procedió a la readmisión, se formuló una primera demanda por despido que fue rechazada por sentencia del Juzgado de lo Social núm. 15 de Madrid de 9 de julio de 2004 por no ser firme la sentencia del orden contencioso-administrativo de Madrid de 17 de noviembre de 2002 (hecho probado sexto con la corrección que deriva del fundamento jurídico segundo de la sentencia recurrida). Por ello, declarada la firmeza, se planteó nueva demanda el 11 de abril de 2006, que ha dado lugar a las presentes actuaciones. En esta demanda se pide que se declare el despido improcedente o nulo con condena a la readmisión o al abono de una indemnización cifrada en 45 días por año de servicio, y en todo caso, al abono del salario dejado de percibir desde la fecha de despido hasta el día de la sentencia. En las actuaciones se dictó una primera sentencia del Juzgado de lo Social de 30 de julio de 2006, que fue anulada por la sentencia de 21 de marzo de 2007 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

La nueva sentencia de instancia declaró improcedente el despido de la parte actora de fecha de 31.1.1998, condenando a la empresa demandada, Dª Tania, a que abone al actor una indemnización de 22.066,60 euros incluidos los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la sentencia. Esta indemnización parte de una antigüedad a la fecha del despido -31.1.1998- de 19 años y 8 meses y de un salario mensual de 640,72 euros y comprende los siguientes conceptos:

1º) Una indemnización por extinción de la relación laboral de 18. 830,7 euros.

2º) Salarios de tramitación desde la fecha del primer despido hasta la fecha de la sentencia (9 años, 7 meses y 18 días), por importe de 8.887,33 euros (sic). El total es de 27.708,03 euros, cantidad de la que se resta lo percibido como consecuencia del primer despido, 5.641,73 euros (938.705 Ptas.), con un abono de 22.066,6 euros. La sentencia declara también "la extinción de la relación laboral con efectos desde la fecha de esta resolución".

Este pronunciamiento fue recurrido en suplicación por las dos partes. La sentencia impugnada examinó, en primer lugar, el recurso de la empresa; aceptó un motivo de error de hecho para dejar constancia en el hecho probado 12º que "el demandante tras la extinción de su contrato de trabajo el 31.01.1998, percibió prestación de desempleo contributivo desde el 1.02.1998 hasta el 30.01.2000, ambos inclusive. Y posteriormente con fecha 7.03.2000 inició relación laboral por cuenta ajena en la que ha permanecido hasta la actualidad de manera ininterrumpida". Se rechazó el motivo relativo a la caducidad de la acción. En cuanto al fondo, lo que la empresaria demandada sostiene es que ha existido un despido objetivo en 1998 con el cese de la actividad de la empresa. La respuesta a este motivo por parte de la sentencia recurrida no es muy clara. Por una parte, considera que la fuerza mayor ha sido ya desestimada por el orden contencioso-administrativo, pero luego en la contestación al recurso del actor parece admitir un despido objetivo por "conversión" del inicial autorizado por fuerza mayor. Lo cierto es que en los fundamentos jurídicos tercero, cuarto y quinto la sentencia aborda el problema de la indemnización adicional por la revocación de la autorización administrativa del despido colectivo y, aplicando nuestra doctrina (sentencias de 31 de mayo de 2006), llega a la conclusión de que tal indemnización no procede en el presente caso porque el actor percibió la correspondiente indemnización en el momento del despido. También considera que no procede el pago de salarios de tramitación dado que éstos deberían computarse desde 6.3.2006 y la fecha de la sentencia, periodo en el que el actor ha estado trabajando.

Por otra parte, la sentencia recurrida rechaza los dos motivos del recurso del actor que pedía en uno la revisión de los hechos probados y en otro la incongruencia de la sentencia, aunque planteando también el tema de fondo. Al responder a este segundo motivo la resolución recurrida señala que en enero de 1998 se cerró el mercado municipal con clausura de los centros en él instalados -entre ellos el de la empresaria demandada- por lo que aunque no existiera fuerza mayor sí hay un cese de la actividad y, al no existir posibilidad de opción entre la indemnización y la readmisión, la relación laboral ha quedado definitivamente extinguida.

SEGUNDO.- En el recurso de casación que interpone el demandante se denuncian, en primer lugar, lo que la parte considera cuatro errores de la sentencia que deben ser corregidos de oficio por la Sala dada su gravedad y su proyección sobre "los derechos constitucionales de los ciudadanos". Tales errores se refieren al abono incompleto de la indemnización por despido al no poder hacerse efectivo el 40% correspondiente al FOGASA, la falta de indicaciones sobre la extinción del contrato declarada en la instancia con la consiguiente incongruencia y, por último, la falta de congruencia en cuanto a los criterios temporales del cálculo de la indemnización y la estimación del recurso basada en un motivo no planteado. Pero sobre ninguno de estos puntos se aporta sentencia contradictoria, por lo que deben rechazarse, de acuerdo con una reiterada doctrina de la Sala, contenida entre otras en las sentencias de 21 de noviembre de 2000, 24 de junio de 2002 y en los autos de 5 de octubre de 2000 (recurso 2423/1999) y de 13 de enero de 2005 (recurso 540/2004), que reiteran la exigencia de la contradicción en el presente recurso y añaden que la dispensa de este requisito sólo se produce en los supuestos de que afecta a la competencia funcional o a infracciones manifiestas en materia de jurisdicción y falta de competencia funcional de la Sala, que, como es obvio, no figuran entre los errores denunciados por la parte.

TERCERO.- En lo que el recurrente denomina segundo motivo se aporta como sentencia contradictoria la sentencia de la misma Sala de Madrid de 20 de diciembre de 2005. Se trata de una autorización de regulación de empleo que fue anulada en alzada para impugnar el acuerdo ante la jurisdicción social. Una de las trabajadoras afectadas requirió a las empresa para que procedieran a su reincorporación; solicitud que no tuvo respuesta costando el cierre del centro de trabajo, por lo que la trabajadora reclamó por despido. La sentencia de contraste en lo que aquí interesa rechaza la argumentación de la parte empresarial, según la cual la mera anulación de una autorización administrativa no determina la obligación de readmitir a los trabajadores despedidos en virtud de la misma. Para la sentencia, ante la anulación de la autorización para extinguir los contratos vuelve a tener vigencia la relación laboral existente entre las partes y la negativa a readmitir se configura como un despido tácito que "ha de ser declarado improcedente, puesto que el centro de trabajo en el que la parte actora prestaba sus servicios se encuentra cerrado".

Hay que aceptar la contradicción entre las sentencias, porque en los dos casos se produce un cese autorizado por una resolución administrativa que resulta anulada y ante la negativa de las empresas a readmitir y el cierre del centro de trabajo, se demanda por despido. Para la sentencia recurrida la negativa a readmitir después de la anulación de la autorización no constituye un nuevo despido que deba ser indemnizado, deduciendo en su caso la indemnización percibida por el cese anterior, sino que basta el cierre del centro de trabajo para que el cese se considere indemnizado por la cantidad percibida conforme a lo dispuesto en el artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores. Por el contrario, para la sentencia de contraste existe un nuevo despido que ha de indemnizarse en la forma prevista en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de compensar lo percibido en su día por el despido anterior.

Las objeciones que oponen a la existencia de la contradicción la parte recurrida y el Ministerio Fiscal no pueden acogerse. No es relevante el que las causas del despido -en especial, la incidencia de la fuerza mayor en la sentencia recurrida- fueran distintas, pues lo que aquí se examina no es la legalidad del cese que tuvo lugar con la autorización administrativa, sino la del que se produjo con la no readmisión y respecto a ésta las posibles causas son irrelevantes dada la forma en que se produjo - despido tácito-. Lo mismo sucede con el hecho de que una sentencia entre en los efectos ex

tunc o "ex nunc" de la anulación, porque, aparte de que eso pertenece al plano de la fundamentación jurídica, los efectos temporales son secundarios en orden al enjuiciamiento del problema principal que nos ocupa: si la empresa, tras la anulación, estaba obligada a readmitir y, al no hacerlo, se produjo un segundo despido, con independencia de los efectos temporales que pueda tener éste o de la indemnización por la pérdida del empleo que proceda como consecuencia del primer despido. Este puede ser un problema posterior, pero no excusa de la decisión previa del problema principal. Tampoco es trascendente que en un caso la revocación se produzca en un recurso administrativo y en el otro por una decisión judicial del orden contencioso-administrativo, porque lo que aquí interesa en el orden decisorio es la calificación del acto empresarial de no reincorporación después de la anulación de la autorización; tema para el que lo único que importa es el efecto de la revocación sobre el vínculo laboral extinguido por el primer despido y ese efecto no está en función del carácter administrativo o judicial del acto de anulación. En cuanto a las circunstancias del cierre, es claro que no afectan a la calificación del despido entre otras razones porque estamos ante una simple negativa a la reincorporación y no ante un nuevo despido expreso en el que la empresaria haya invocado esta circunstancia como causa extintiva al amparo del artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores .

CUARTO.- 1.- Debe, por tanto, examinarse la infracción que se denuncia del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores en relación con la doctrina de nuestras sentencias de 30 de noviembre de 1998, 21 de diciembre de 2001, 17 de enero de 2002, 10 de octubre, 15 y 29 de noviembre de 2006. Lo que sostiene la parte es la misma tesis que mantiene la sentencia de contraste en orden a la existencia de un segundo despido que debe ser calificado como tal con las consecuencias previstas en nuestro ordenamiento jurídico. La sentencia recurrida ha llegado a su decisión mediante dos razonamientos. El primero, al estimar el recurso de la empresa, sostiene que no cabe una indemnización adicional porque, de acuerdo con nuestra doctrina, los daños producidos por el cese autorizado en un expediente de regulación de empleo no han de ser objeto de reparación específica y ese cese ya fue indemnizado en 1998, aparte de que no hay salarios de tramitación por haber estado trabajando el actor en otra empresa desde marzo de 2006. El segundo razonamiento añade, al desestimar el recurso del trabajador, que el cierre del establecimiento como consecuencia del rescate, si bien no es calificable como fuerza mayor, según el orden contencioso-administrativo, sí es una causa objetiva suficiente para el despido en la medida en que hace inviable la continuidad de la empresa.

2.- Hay que comenzar precisando que la doctrina de la sentencia recurrida sólo tiene un apoyo parcial en nuestras sentencias de 31 de mayo de 2006, dictadas en los casos del Hospital Clínico de Barcelona y de Control System 2000. En estas sentencias no se decidía sobre los despidos, sino sobre reclamaciones de indemnización de los daños producidos como consecuencia de la pérdida del empleo derivada de los despidos colectivos autorizados administrativamente en su día. No abordan estas sentencias el tema de la calificación de los posibles despidos producidos por las decisiones de las empresas de no readmitir y ello por la razón de que esos ceses por no reincorporación no se habían producido. En aquellas actuaciones los trabajadores habían sido readmitidos tras la revocación de las autorizaciones administrativas. Por ello, la doctrina de estas sentencias sólo es aplicable respecto a la condena por la sentencia de instancia al abono de una parte de los salarios de tramitación que se dicen devengados desde el 1.2.1998 hasta la fecha de la propia sentencia y que, como hemos visto, se cifran en 8.877,33 euros (sic). De esta cantidad hay que excluir los llamados impropiedades salarios de tramitación devengados desde 1.2.1998 hasta el segundo despido el 14.3.2006. Por su parte, los salarios comprendidos entre esa fecha y la de la sentencia se excluyen en atención al ejercicio de otra actividad, como razona el fundamento jurídico quinto in fine de la sentencia impugnada. En este punto la sentencia recurrida debe ser confirmada.

3.- Sin embargo, no están justificadas por nuestra doctrina las posiciones que la sentencia impugnada mantiene sobre la exclusión de la indemnización del segundo despido por el pago de la indemnización que correspondió por el primero y sobre la calificación del segundo cese como un despido objetivo procedente.

En efecto, el despido acordado por el empresario, como consecuencia de la autorización administrativa del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores , extingue el contrato de trabajo, pero esa extinción está condicionada por la eventual impugnación del acto administrativo de autorización. Si ese acto administrativo, que es ejecutivo desde que se dicta, adquiere firmeza la decisión extintiva empresarial se consolida. Pero si el acto es impugnado y se revoca -sea en vía administrativa o judicial-, los efectos de esa anulación, -con el alcance que ha precisado esta Sala en relación con el artículo 72 LJCA (sentencias de 10 de octubre de 2006 y 19 de noviembre de 2007, entre otras), que aquí no se cuestiona- se proyectan de forma automática sobre el contrato de trabajo extinguido, de forma que los efectos del cese autorizado desaparecen y, como dicen nuestras sentencias del caso Ferroatlántica, el trabajador debe ser readmitido y, si no lo es, está legitimado "para pedir el reingreso en la empresa y para demandar por despido al empleador ante la falta de readmisión". Así lo han declarado también las sentencias de 21 de diciembre de 2001 y 17 de enero de 2002, para las que la relación laboral afectada por el ERE queda extinguida como consecuencia de la ejecutividad del acto administrativo, pero, anulado este acto, "no nace un nuevo vínculo laboral, sino que se restablece el inicial y, por tanto, la vigencia del contrato". De ahí que la empresa estaba obligada en el presente caso a readmitir al trabajador y, al no hacerlo, se produjo un despido tácito que ha de enjuiciarse como tal. Frente a ello no cabe razonar que se ha producido un despido objetivo económico como consecuencia del cierre de la empresa y ello porque la empresaria demandada no ha manifestado ninguna voluntad extintiva en este sentido antes de iniciarse el proceso, ni, por supuesto, ha cumplido los requisitos del artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores . Esto podría haber dado lugar a la declaración de nulidad del despido, si se hubiera manifestado de alguna forma esa decisión, pero lo que no cabe es apreciar una causa económica de despido cuando esa causa no ha sido comunicada por la empresa al trabajador. En cualquier caso el problema de la forma del despido es ajeno al planteamiento del recurso.

QUINTO.- Las consideraciones anteriores llevan a la estimación del recurso y a la casación de la sentencia recurrida. Lo razonado en el fundamento anterior determina que la estimación del recurso de suplicación de la empresaria haya de ser sólo parcial en el sentido de que debe eliminarse la condena al abono de lo que la sentencia de instancia denomina salarios de tramitación y que sólo en parte lo son. En cuanto al recurso de suplicación del trabajador, contiene dos motivos uno por error de hecho para modificar el cálculo de la indemnización, introduciendo datos sobre el salario y la fecha del segundo despido, y otro alegando defectos formales y procesales de la sentencia de instancia -con denuncia de la infracción de los artículos 208.2 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral -, pero planteando en realidad el mismo problema sustantivo en orden al cálculo de la indemnización. El primer motivo por error de hecho es ajeno a este recurso y además no podría ser estimado, porque no se citó ningún documento o pericia que fundase el error denunciado sobre el salario, basando la rectificación en un documento inhábil -la demanda- y en una pretendida conformidad de la que no hay constancia. El segundo motivo de suplicación es ciertamente defectuoso en su planteamiento formal, pero, si se examina el desarrollo del mismo, queda claro que, aparte de las denuncias de orden procesal, lo que sostiene, con apoyo en nuestras sentencias de 21 de diciembre de 2001 y 17 de enero de 2002, es que, tras la anulación de la resolución administrativa y de la falta de readmisión, "se produce un nuevo despido", en el que "el tiempo transcurrido desde que se hizo efectivo el despido en el expediente de regulación de empleo hasta la fecha de la posible o imposible reincorporación se computa como tiempo de servicios a efectos de la indemnización que pueda proceder"; indemnización que también ha de calcularse con los salarios que "regirían en el momento del nuevo despido". Este motivo de suplicación ha de estimarse por lo ya razonado. Por ello, aunque no pueda acogerse el motivo por error de hecho, el salario computable en el momento del despido puede ser determinado de acuerdo con los datos que se han acreditado y aplicando el convenio colectivo mencionado en el hecho probado noveno y obrante en las actuaciones.

De todo ello se derivan las siguientes consecuencias:

1ª) El primer despido quedó sin efecto como consecuencia de anulación de la autorización administrativa por el orden contencioso-administrativo. De esta anulación surge una obligación de readmitir, cuyo incumplimiento dio lugar al segundo despido.

2ª) El segundo despido que se produce el 14 de marzo de 2006, al no proceder la empresa a la readmisión, es el que ha de tenerse en cuenta a la hora de pronunciarse sobre la pretensión del actor.

3ª) Ese despido no puede calificarse como un despido procedente por la causa c) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, porque consistió en una conducta de hecho, de resistencia a la readmisión, que debe calificarse como despido improcedente, en virtud del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Por ello, es correcta la calificación realizada en la instancia.

4ª) Pero el despido que se califica como improcedente es el segundo despido, lo que determina que:

a) La indemnización debe calcularse conforme al tiempo de servicios acreditado a 14 de marzo de 2006 y al salario procedente en esa fecha. Por otra parte, conforme a la doctrina de nuestras sentencias de 21 de diciembre de 2001 y 17 de enero de 2002 el tiempo de servicios computable para el cálculo de la indemnización comprende el periodo en el que el trabajador no pudo prestar servicios para la empresa como consecuencia del cese autorizado. La aplicación de esta doctrina determina que haya de añadirse al tiempo de servicios reconocido por la sentencia de instancia -19 años y 8 meses- un total del 6 años, 1 mes y 14 días, correspondientes al periodo comprendido entre el 1.2.1998 y el 14.3.2006, lo que da un total de un total de 25 años, 9 meses y 14 días.

b) En cuanto al salario ha de tomarse el vigente a 14.3.2006, que, conforme al Convenio Colectivo para el Comercio de Alimentación de la Comunidad de Madrid (BOCAM 24.4.2006), comprende los siguientes importes mensuales:

1º) Salario base, 601,18 euros (art. 20 y Anexo I).

2º) Antigüedad consolidada, 112,12 euros (disposición final 1ª).

3º) Prorrata de pagas extraordinarias, 178,3 euros, lo que da un salario mensual de 891,16 euros y diario de 29,72 euros.

5ª) Los salarios de tramitación que pueden reconocerse son sólo los devengados desde el 14 de marzo de 2006 a la fecha de la sentencia de instancia; salarios que hay que excluir por las razones que tuvo en cuenta la sentencia recurrida, que no se han combatido en el recurso.

6ª) La calificación de improcedencia lleva aparejada la opción del empresario entre la readmisión y la indemnización. No puede eliminarse esa opción en virtud del cierre porque esa limitación no está prevista por la ley y porque además priva a la empleadora de poder efectuar un nuevo despido en virtud del cierre, ya que éste no ha podido enjuiciarse en estas actuaciones. La opción es obligada además en virtud del art. 111.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral.

Debe, por tanto, casarse la sentencia recurrida para resolver el debate planteado en suplicación estimando con el alcance que se ha precisado los dos recursos de suplicación: el de la empresa para reducir la condena a los salarios de tramitación y el del trabajador para fijar una nueva indemnización incluyendo la concesión de opción legal a la empresa. La indemnización debe fijarse, s.e.u.o., en 34.489,34 euros, de acuerdo con los cálculos realizados. Hay que deducir los 5.641,73 euros (938.705 ptas.) que por este concepto se abonaron en febrero de 1998. El fallo de instancia debe revocarse para

introducir estas modificaciones. Todo ello sin imposición de costas en este recurso, ni en el de suplicación. Debe acordarse también la devolución a la empresaria recurrente del depósito realizado para recurrir en suplicación, manteniéndose la consignación en garantía del cumplimiento de la condena.

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

FALLO

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Ambrosio, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 24 de junio de 2008, en el recurso de suplicación núm. 1054/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2007 por el Juzgado de lo Social núm. 19 de Madrid, en los autos núm. 319/06, seguidos a instancia de dicho recurrente contra D^a Tania, sobre despido. Casamos la sentencia recurrida de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con el alcance que se precisará a continuación, y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos los recursos de suplicación interpuestos por D^a Tania y por D. Ambrosio contra la sentencia de instancia y, con revocación parcial de esta resolución, mantenemos el pronunciamiento que declara el despido improcedente y condenamos, a D^a Tania a que, a su elección, readmita al actor en las mismas condiciones que regían antes del despido o le abone una indemnización de 28.847,61 euros (s. e. u o.). La opción indicada deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría del Juzgado de lo Social dentro del plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 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. Aurelio Desdentado Bonete.- Luis Fernando de Castro Fernández.- Jesús Souto Prieto.- María Luisa Segoviano Astaburuaga.- María Lourdes Arastey Sahun.

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

Número CENDOJ:28079140012009100850