

**La declaración judicial de improcedencia del despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria por negativa empresarial al reingreso conlleva el abono de salarios de tramitación.**

La Sala afirma que, si bien durante el periodo en el que el trabajador permanece en situación de excedencia voluntaria no tiene derecho a salarios, cuando la empresa incumple con la obligación de readmisión, la consecuencia es la de que la situación del trabajador excedente no readmitido injustamente desde la fecha en que debería haberse cumplido la obligación de readmitir es análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido, con obligación indemnizatoria de perjuicios en ambos casos. Es por ello que la declaración judicial de improcedencia del despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria por negativa, expresa o tácita, empresarial al reingreso conlleva el abono de salarios de tramitación desde la fecha en que se fije como la del despido y en aplicación de las normas generales sobre nulidad o improcedencia del despido.

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**Sentencia de 11 de junio de 2012**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 3860/2011

Ponente Excmo. Sr. JESUS SOUTO PRIETO

En la Villa de Madrid, a once de Junio de dos mil doce.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Ignacio Jesús Aizpuru Arroyo, en nombre y representación de D. Donato, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 5 de octubre de 2011 dictada en el recurso de suplicación número 846/11 formulado por D. Donato, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 19 de Madrid de fecha 27 de septiembre de 2010, dictada en virtud de demanda formulada por D. Donato, frente al Organismo Público Puertos del Estado, sobre Despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido el Organismo Público Puertos del Estado, representado por el Abogado del Estado.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesus Souto Prieto,

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Con fecha 27 de septiembre de 2010, el Juzgado de lo Social número 19 de Madrid, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por D. Donato contra el organismo público PUERTOS DEL ESTADO debo declarar y declaro improcedente el despido de la parte actora de fecha de 19 DE MAYO de 2010, condenando a la parte demandada a que, a su elección que deberá manifestar en el plazo de los cinco días siguientes al de la notificación de esta sentencia, le readmita en su mismo puesto de trabajo o le indemnice en la suma de 16.749,66 euros, entendiéndose que de no hacerlo en el plazo indicado opta por lo primero, así como en cualquier caso el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución a razón de 120,84 euros diarios, sin perjuicio de la incompatibilidad que provengan de otras situaciones salariales o prestacionales".

SEGUNDO.- En la citada sentencia se han declarado probados los siguientes hechos: "PRIMERO: La parte actora viene prestando sus servicios para el organismo demandado desde el 1-5-1993, habiendo suscrito contrato laboral indefinido, como personal laboral fijo, el 1-5-1995, con la categoría de Director Adjunto. SEGUNDO: En la cláusula octava del contrato firmado entre las partes, se hacía constar que el trabajador "que pase a desempeñar puesto de trabajo en cualquier sociedad participada por una Autoridad Portuaria, o por el Ente Público Puertos del Estado, previa autorización expresa del Presidente del Ente Público Puertos del Estado, tendrá derecho a una excedencia especial con reserva del puesto de trabajo y cómputo de antigüedad. El reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese, produciéndose la reincorporación inmediata". TERCERO: En el año 1995 se constituyó "PORTEL SERVICIOS TELEMÁTICOS, S.A.", en adelante PORTEL, que estaba participada en un 51% por el Organismo Público Puertos del Estado (Dependiente del Ministerio de Fomento) y un 49% por Telefónica. CUARTO: El demandante solicitó el 26 de febrero de 1996 una excedencia especial, conforme a la cláusula octava de su contrato de trabajo, para prestar servicios en PORTEL, siendo concedida el 29 de febrero de 1996. La excedencia fue ampliada el 13.02.98. El demandante comenzó a prestar servicios en PORTEL el 1 de marzo de 1996. QUINTO: Con fecha 18 de Mayo de 2010 la empresa PORTEL ha comunicado al demandante la extinción de su contrato de trabajo, por su inclusión en el ERE 85/2010, aprobado por la CAM el 14.05.2010. Asimismo ponía a su disposición la cantidad

de 101.268,99 euros, correspondientes a la indemnización pactada, saldo y finiquito de la relación laboral. El demandante percibió un salario bruto de 108.868,28 euros en PORTEL en el ejercicio fiscal 2009. SEXTO: El demandante el 19.05.2010 presentó escrito solicitando su reingreso inmediato en el Organismo demandado con la antigüedad de 1 de mayo de 1993 y con el salario que estimaba de 107.000 euros brutos. SÉPTIMO: La retribución en el organismo demandado de un Jefe de Departamento es de 44.109,87 euros de media anual según certificado de fecha 24.09.2010 que se da por reproducido (dto. 8 de la demandada). OCTAVO: D. Pedro estaba en situación de excedencia especial indefinida con reserva de plaza desde el 1 de abril de 2005 en la demandada como Jefe de División, desde la incorporación en PORTEL. Solicitó su reincorporación el 29.09.09, reingresando como Jefe de División el 01.10.09. D. Juan Francisco se encontraba en situación de Comisión de Servicios en la Dirección General de Energía y Transporte de la Comisión Europea en Bruselas, desde el 16.09.05 hasta el 15.09.09. Ha reingresado como Jefe de Área en la demandada el 06.09.09. NOVENO: El puesto del demandante en la demandada no lo ocupa en este momento nadie, ya que está externalizado. DÉCIMO: En el organismo demandado no hay una relación de puestos de trabajo. UNDECIMO: Habitualmente, en situaciones como las del actor, se reingresa en el organismo demandado, ya que siempre existen puestos en el organigrama, sin embargo en momentos de crisis como el actual no es factible. DECIMOSEGUNDO: El demandante presentó reclamación previa en materia de despido el 8 de junio de 2010. También presentó reclamación previa en solicitud de reingreso. DECIMOTERCERO: La solicitud de reingreso del demandante fue desestimada, el 10.06.2010 fundamentándose en "la inexistencia de vacantes adecuadas a su categoría, funciones y desempeño profesional, como consecuencia de la necesidad de aplicar las medidas de austeridad dictadas por el Gobierno". DECIMOCUARTO: El demandante está percibiendo prestaciones por desempleo desde el 1 de junio de 2010. DECIMOQUINTO: El demandante ha suscrito el 10.06.2010 un convenio especial con la Seguridad Social, con fecha de efectos 01.06.2012. DECIMOSEXTO: Es de aplicación el Convenio Colectivo de Puertos del Estado y Autoridades Portuarias (BOE 11.01.06)."

TERCERO.- La citada sentencia fué recurrida en suplicación por D. Donato, dictándose por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia con fecha 5 de octubre de 2011, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por don Donato, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 19 de los de Madrid, en autos número 861/2010, seguidos a instancia del recurrente contra el ORGANISMO PÚBLICO PUERTOS DEL ESTADO, en materia de despido y en su consecuencia revocamos en parte aquélla, y con estimación en parte de la demanda declaramos que el cese del actor constituye un despido improcedente y condenamos a la demandada a estar y pasar por la precedente declaración, pudiendo optar, en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la presente resolución, mediante escrito o comparecencia, entre readmitir al demandante en su puesto de trabajo o indemnizarle en la cantidad de 17.103, 18 euros. Sin costas."

CUARTO.- El letrado D. Ignacio Jesús Aizpuru Arroyo, en nombre y representación de D. Donato, mediante escrito presentado el 16 de noviembre de 2011, 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 fecha 12-06-2006 (recurso n.º 1177/2006 ). SEGUNDO.- Se alega la infracción de los arts. 55.4 y 55.1.b) del Estatuto de los Trabajadores.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se procedió a admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar la estimación del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6 de junio de 2012, en el que tuvo lugar.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- El presente recurso de casación para unificación de doctrina tiene por objeto determinar si, en el caso de despido declarado improcedente por no readmisión del trabajador después de su excedencia especial conforme al convenio, procede el abono de salarios de tramitación.

La sentencia de instancia estimó en parte la demanda declarando que había sido objeto de un despido improcedente por parte del ORGANISMO PÚBLICO PUERTOS DEL ESTADO, condenándole a que a su libre opción procediera a readmitir al trabajador en su puesto de trabajo o, alternativamente, a abonarle la cantidad de 16.749,66 euros en concepto de indemnización, así como al abono de salarios de tramitación.

El trabajador interpuso recurso de suplicación, que en la parte relativa a la censura jurídica venía referido a la declaración de nulidad del despido, la antigüedad a tomar en consideración y el salario aplicable. La Sala en sentencia de 5/10/11 (recurso de suplicación 846/11 ) únicamente acogió la denuncia sobre el salario, incrementando la cuantía de la indemnización, y al hacerlo indicó que, de acuerdo con la sentencia de esta Sala IV de 14-10-2005, no procedía condenar al pago de salarios de tramitación, habida cuenta que el cese o despido del actor se produjo estando en excedencia y en esta situación no se devenga retribución.

SEGUNDO.- Recurre en casación unificadora el trabajador y aporta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12-6-2006 (rec, 1177/2006 ). En este caso recurre en suplicación la demandante contra la sentencia de instancia que ha estimado en parte su demanda en proceso de despido, tras la negativa de la empresa a su reingreso desde la situación de excedencia, condenando a la demandada a optar entre la readmisión o el abono de la indemnización que fija, pero sin derecho a salarios de tramitación. La Sala de

Suplicación, revocando el pronunciamiento absolutorio de los salarios de trámite, concluye que no comparte el criterio mantenido por esta Sala del Tribunal Supremo en su sentencia de 14-10-2005, y, en consecuencia, considera que procede la condena al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la resolución.

Debe apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación, al concurrir las identidades que exige el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, tras la reciente sentencia de esta Sala de 19-12-2011 (rec. 218/2011 ), que modifica el criterio anterior contenido, entre otras, en su propia sentencia de 14-10-2005, a la que aluden la recurrida y la de contraste. En efecto, en ambos casos se trata de determinar si procede o no el abono de salarios de tramitación cuando se ha declarado la improcedencia del despido por no reingresar el trabajador tras un periodo de excedencia -especial en un caso y voluntaria en otro-, y mientras la sentencia recurrida considera que no proceden, la sentencia de contraste, anticipando la nueva doctrina de la Sala, entiende que sí deben ser abonados.

TERCERO.- Procede, por consiguiente, entrar en la cuestión de fondo que el recurso plantea, interpuesto sin especificar la norma infringida, si bien del argumento expuesto debemos deducir, en salvaguarda de la tutela judicial efectiva, que lo hace por infracción de lo dispuesto en el art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores.

La cuestión ha sido objeto de unificación en la reciente sentencia de esta Sala, acabada de citar, de 19 de diciembre de 2011 (rcud. 218/11 que, rectificando la doctrina anterior sostenida, entre otras, en la de 14/10/05 (rcud. 4006/04) que sirve de apoyo a la sentencia ahora recurrida, establece:

"Los diversos criterios contenidos en las sentencias de casación unificadora referidas, obligan, por razones de seguridad jurídica acordes con la finalidad de este recurso, a que por esta Sala se concrete la doctrina que entienda jurídicamente como más correcta.

Asumiendo esencialmente los razonamientos contenidos en nuestras resoluciones en las que, -- ya sea referidas directamente a salarios de tramitación derivados de la declaración judicial de despido improcedente de un trabajador excedente ( STS/IV 12- marzo-2003 -rcud 2757/2002 ) o recaídas en procesos derivados del ejercicio de la acción tendente al reingreso del trabajador excedente cuya obligación de readmisión incumple la empresa (entre otras, SSTS/IV 2-octubre-1992 -rcud 39/1992, 15-junio- 2004 -rcud 3305/2003 y 10-junio-2009 -rcud 1333/2008 ) --, se llega a la conclusión de que si bien durante el periodo durante el que el trabajador permanece en situación de excedencia voluntaria no tiene derecho a salarios pero que, cuando la empresa incumple con la obligación de readmisión, la consecuencia es la de que la situación del trabajador excedente no readmitido injustamente desde la fecha en que debería haberse cumplido la obligación de readmitir es análoga a la del trabajador injustamente despedido a partir de la fecha del despido, con obligación indemnizatoria de perjuicios en ambos casos (bajo la forma de salarios de tramitación o de indemnización compensatoria), la Sala entiende que, -- rectificando la doctrina últimamente sustentada (contenida, entre otras, en las citadas SSTS/IV 26-junio-1998 -rcud 3044/1997, 14-octubre-2005 -rcud 4006/2004, 12- julio-2010 -rcud 3282/2009 y 3-mayo-2011 -rcud 3453/2010 ) --, debe fijarse como doctrina unificada que la declaración judicial de improcedencia del despido de un trabajador en situación de excedencia voluntaria por negativa, expresa o tácita, empresarial al reingreso conlleva el abono de salarios de tramitación desde la fecha en que se fije como la del despido y en aplicación de las normas generales sobre nulidad o improcedencia del despido".

CUARTO.- La doctrina explicitada conduce, de acuerdo con lo informado por el Ministerio Fiscal, a estimar el recurso y a resolver el debate de suplicación en términos acordes con ella. Sin costas.

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

## **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. Ignacio Jesús Aizpuru Arroyo, en nombre y representación de D. Donato, frente a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 5 de octubre de 2011 dictada en el recurso de suplicación número 846/11. Casamos y anulamos dicha sentencia y, resolviendo el debate de suplicación, dejamos sin efecto el pronunciamiento que hace la sentencia sobre no obligación de abonar salarios de tramitación dejando subsistente la condena de la sentencia del Juzgado a abonar el referido concepto. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social del Órgano Jurisdiccional correspondiente, 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. Jesus Souto Prieto hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.