

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN RELACIONES LABORALES Y
RECURSOS HUMANOS POR LA UNIVERSIDAD
DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

**DESPIDO EXPRES: REQUISITOS
PARA SU VALIDEZ**

Curso Académico 2011/2012

(Convocatoria de febrero)

Autor: María-Divina Canosa Silveira

TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN RELACIONES LABORALES Y
RECURSOS HUMANOS POR LA UNIVERSIDAD
DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

**DESPIDO EXPRES: REQUISITOS
PARA SU VALIDEZ**

Curso Académico: 2011/2012

(Convocatoria de febrero)

Autor

María-Divina Canosa Silveira

VºBº

Director/a

Cándido Calo Amigo

INDICE

INTRODUCCION.....	5
I EL DESPIDO	7
1.- EL DESPIDO: CONCEPTO	7
2.- CAUSALIDAD DEL DESPIDO	8
3.- FORMA	10
4.- EFECTOS DEL DESPIDO	12
5.- CALIFICACIÓN DEL DESPIDO.....	15
5.1 Despido Procedente	15
5.2 Despido Nulo.....	17
5.3 Despido Improcedente.....	20
II EL DESPIDO EXPRES	28
6.- RECONOCIMIENTO DE LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO	28
6.1 ¿Por qué acuden las empresas a esta vía de extinción de la relación laboral?	32
6.2 ¿Puede acudir siempre el empresario al mecanismo establecido en el art. 56.2 ET para poner fin a las relaciones laborales?	40
7.- LOS SALARIOS DE TRAMITACION: SU POSIBLE PARALIZACION	44
7.1 Paralización de los salarios de tramitación: reconocimiento de una decisión ilícita	45
7.2 Plazo para realizar el reconocimiento, oferta y depósito	50
7.3 El reconocimiento de la improcedencia podrá realizarse desde la fecha del despido hasta la fecha de la conciliación, ¿Pero qué conciliación, la administrativa o la judicial? .	50
7.4 Ofrecimiento de la oferta ¿A qué conceptos se refiere el art. 56.2?	52
7.5 Los parámetros que influyen en el cálculo de la indemnización por despido	56
7.6 Principales cuestiones que dificultan el correcto cálculo a la hora de realizar la oferta empresarial	62
7.7 ¿Qué ocurre si la cantidad ofertada y consignada por la empresa es insuficiente? ¿Cómo afecta a los salarios de tramitación?.....	78
7.8 Juzgado en el que ha de realizarse el depósito	80
7.9 Validez de otras modalidades de puesta a disposición de la indemnización.....	83

7.10 La reacción del trabajador ante el reconocimiento de la improcedencia del despido y las cantidades ofrecidas por la empresa	85
7.11 La reacción de la empresa ante la continuación del proceso una vez ha reconocido la improcedencia del despido ¿Puede defender en el juicio la procedencia del despido? ¿Puede cambiar el sentido de su opción?.....	91
8.- EL DESPIDO OBJETIVO. POSIBILIDAD DE RECONOCER SU IMPROCEDENCIA.....	96
9.- EMPLEADOS PUBLICOS ¿RECONOCIMIENTO DE DESPIDO IMPROCEDENTE? ...	102
CONCLUSIONES.....	108
BIBLIOGRAFIA.....	113

RESUMEN

Es despido puede definirse como toda manifestación unilateral del empresario de poner fin a la relación laboral. El término despido, que en un principio está pensado para los supuestos de extinción basados en incumplimientos previos del trabajador, sin embargo abarca un considerable número de supuestos de extinciones de la relación laboral. Así, la jurisprudencia ha declarado que el término despido comprende cualquier extinción del contrato de trabajo decidida unilateralmente por el empresario, aunque no responda a una finalidad disciplinaria.

Una vez producido el despido, si el trabajador reclama contra el mismo, únicamente puede obtener tres calificaciones: procedente, improcedente o nulo.

Por lo que respecta al despido calificado como improcedente el empresario –con las excepciones en que el derecho de opción corresponde al trabajador- puede optar entre abonar la indemnización o readmitir al trabajador en su puesto de trabajo, con abono de los salarios de tramitación hasta la fecha de la notificación de la sentencia.

Pues bien, haciendo uso del derecho que el art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores concede al empresario, éste puede ahorrarse o limitar los salarios de tramitación si reconoce ha improcedencia del despido en un momento anterior a la conciliación judicial, consignando en el Juzgado de lo Social la indemnización legal correspondiente, y poniéndolo en conocimiento del trabajador. Este tipo de despido recibe el nombre de «despido exprés». Para que este reconocimiento tenga validez es necesario cumplir los siguientes requisitos: ofrecimiento, consignación y comunicación.

La finalidad del reconocimiento del despido es doble: por un lado, frustrar una maniobra del trabajador que persiga prolongar el devengo de los salarios de tramitación, evitando así con ello un proceso judicial, ya que si es correcta la cantidad consignada o abonada obtendría exactamente lo mismo en una sentencia; por otro lado, abaratar los costes del despido.

INTRODUCCION

Antes de nada, hay que establecer qué significado tiene la palabra despido, y según la Real Academia Española de la Lengua «despido» es la decisión del empresario por la que se pone término a la relación laboral que le unía a un empleado. Esta definición coincide con la del Profesor ALONSO OLEA cuando precisa el concepto de despido: «la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario»¹.

Ello no quiere decir que el empresario tenga un poder omnímodo para prescindir de los servicios de un trabajador, sino que esa decisión debe estar justificada. Así lo establece el art. 4 del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional de Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, cuando propugna que «no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio», y además el art. 35.2 de la Constitución Española establece la necesidad de tutelar al trabajador desde la perspectiva de la pérdida del empleo frente al empresario. Del mismo modo, el art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea señala que todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales².

Partiendo de que el ordenamiento exige una justa causa para despedir de manera lícita, ello implica necesariamente la posibilidad de que el trabajador afectado pueda instar el control de la decisión empresarial, y confirmar así si cumple con lo exigido por la Ley.

El objetivo del presente trabajo es la consecuencia que el ordenamiento jurídico prevé para la actuación del empresario que da por finalizada la relación laboral sin basarse en una causa justificada, es decir, sin tener en cuenta la conducta desleal o fraudulenta del trabajador que avale tal decisión, o sin que existan motivos objetivos ajenos a la conducta del trabajador, como puedan ser las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

1 ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, MARIA EMILIA: «Derecho del Trabajo», 10ª edición revisada 1987 (Universidad de Madrid), pág. 360.

2 Ley Orgánica 1/2008 de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

Veremos que esa decisión que toma la empresa sin causa justificada y sin prueba alguna, más que un despido libre y costoso se asemeja a un desistimiento empresarial con indemnización, desistimiento empresarial que únicamente está previsto en nuestra legislación para el personal de alta dirección³ y empleados de hogar⁴, cuyas relaciones se basan en la especial confianza entre las partes, si exceptuamos el período de prueba establecido en el art. 14.3 del Estatuto de los Trabajadores: «Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa».

El ordenamiento jurídico prevé las consecuencias de la conducta ilícita del empresario cuando despide sin causa justificada o sin prueba suficiente para convalidar su decisión extintiva, y si aun así este empresario toma una decisión que le va a suponer un considerable coste económico, habrá que examinar cuales son los motivos que le empujan a obrar de esa manera.

3 Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto (BOE 12 agosto 1985, núm. 192)

4 Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

I EL DESPIDO

1.- CONCEPTO DE DESPIDO

Los estudios sobre el despido han partido de la definición clásica del profesor ALONSO OLEA⁵ como el acto unilateral de voluntad del empresario en virtud del cual éste decide poner fin a la relación laboral. Se trata, por consiguiente, de una ruptura unilateral en la cual poco importa, en principio, que exista o no causa suficiente que la justifique. En todo caso, estamos ante un supuesto en el cual el empresario decide romper el vínculo que lo liga al trabajador⁶.

El despido, según MONTOYA MELGAR, presenta las siguientes características⁷:

- Es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante.
- Es un acto constitutivo, en cuanto que el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente.
- Es un acto receptivo, en cuanto que su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea conocida por el trabajador, a quien está destinado.
- Es un acto que produce la extinción contractual, en cuanto cesan *ad futurum* los efectos del contrato.

Sin embargo, podríamos añadir que esa ruptura, para que exista despido, debe ser realizada por el empresario *con anterioridad a la fecha prevista de finalización de la relación laboral*.

Pensemos en un contrato temporal que ha sido convenido por un período de seis meses y celebrado dentro de la legalidad, sin que se cometiese ni en su concertación ni a lo largo de la relación laboral ninguna anomalía que llevaran a considerar tal contrato en fraude de ley⁸. Si la relación laboral llega a término en la fecha prevista, aunque el empresario decida unilateralmente prescindir de los servicios del trabajador

5 ALONSO OLEA, M: «El despido: un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario», Instituto de Estudios Públicos, Madrid, 1957, pág. 10.

6 ALONSO GARCIA, MANUEL: «Curso de Derecho del Trabajo», 4ª edición, Editorial Ariel, 1973, pág. 586.

7 MONTOYA MELGAR, ALFREDO: «Derecho del Trabajo», 28ª Edición, Editorial Tecnos, 2007, pág. 464.

8 El fraude de ley definido por el artículo 6.4 del Código civil en relación con el art. 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, se establece como una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico que no debe ser confundido con la mera infracción o incumplimiento de una norma o con una posible infracción errónea del tipo contractual que corresponde a un propósito negocial.

no estaríamos ante un despido, sino ante una finalización del contrato por expiración del tiempo convenido, y sin consecuencias punibles para el empresario. Cosa distinta es si llegado el contrato a su finalización es el propio trabajador quien decide de forma unilateral no continuar en la empresa. Entonces sí es penalizado el trabajador, pues de acuerdo con lo dispuesto en el art. 208 1.1 f) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores a quienes se extinga su relación laboral «por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, *siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador*».

2.- CAUSALIDAD DEL DESPIDO

La extinción del contrato de trabajo, sea éste fijo o temporal, puede producirse por varios motivos, los cuales están enumerados en el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores, y que podemos dividir en cuatro bloques⁹

- Por voluntad unilateral del empresario.
- Por voluntad unilateral del trabajador.
- Por voluntad concurrente de ambas partes.
- Por desaparición o incapacidad de las partes.

Siendo el contrato de trabajo un negocio jurídico bilateral su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de una de las partes¹⁰. Por ello, al ser esto precisamente lo que ocurre con el despido –en el que el empresario unilateralmente decide romper el vínculo- el ordenamiento jurídico parte de que es necesaria una causa justa para despedir. La necesidad de una causa para que la empresa pueda romper el contrato laboral unilateralmente supone una tutela legal del trabajador por parte del ordenamiento jurídico. Así, la causalidad del despido impide dejar totalmente en manos del empresario el poder de extinguir libremente la relación laboral¹¹.

No existe en el ordenamiento jurídico español el despido *ad nutum*, es decir, el ejercicio de poder del empresario sin limitaciones de ninguna clase, de modo que

9 ALONSO OLEA Y CASAS BAAMONDE: «Derecho del Trabajo», 10ª Edición, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, pág. 359.

10 Art. 1256 del Código Civil.

11 ALONSO OLEA, MANUEL: «El despido. Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario». 1ª Edición. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957 :«*el rompimiento de un contrato es siempre un acto necesitado de justificación jurídica si el autor de la ruptura quiere resultar jurídicamente indemne de su acto de ruptura*»

podiera ser despedido el trabajador en cualquier momento, sin alegación de causa alguna y sin necesidad de someter el despido a forma alguna, es decir, sin arrostrar consecuencias negativas para la empresa¹². El Derecho español viene defendiendo desde hace muchos años el carácter causal del despido –incluso desde la dictadura de Primo de Rivera, con la promulgación del Código de Trabajo mediante Real Decreto de 23 de agosto de 1926, aunque exigiendo dicha norma una causa justa únicamente para la finalización de los contratos temporales; es más, el Real Decreto de 30 de julio de 1928 regulaba junto con la indemnización una suerte de salarios de tramitación¹³. Y ello es así porque el Derecho del Trabajo, al contrario que el Derecho Civil que parte del principio de la igualdad de las partes, parte de la posición de inferioridad en que se encuentra el trabajador con respecto a la empresa.

En España, la causalidad puede ser vista según MONTOYA MELGAR como una manifestación del principio de estabilidad en el empleo que preside las relaciones laborales¹⁴, y aún cuando la Constitución no regula expresamente el derecho del trabajador a no ser despedido sin justa causa, la jurisprudencia constitucional sí considera que la estabilidad en el empleo forma parte del contenido del derecho de trabajo. Así lo establece claramente en su sentencia 22/1981 de 2 de julio:

«El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar; supone también el derecho a un puesto de trabajo, y como tal presenta un doble aspecto: individual y colectivo, ambos reconocidos en los artículos 35.1 y 40.1 de nuestra Constitución, respectivamente. En su aspecto individual, se concreta en el igual derecho de todos a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido si no existe una justa causa. En su dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica además un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo, pues en otro caso el ejercicio del derecho al trabajo por una

12 ALONSO GARCIA, MANUEL: «Curso de Derecho del Trabajo», 4ª edición, Editorial Ariel, 1973, pág. 589 y 590.

13 Código de Trabajo de 1926 (según redacción dada por el Real Decreto de julio de 1928) donde se consagraba una indemnización por daños y perjuicios calculada en función del empleo, tiempo de servicio, cargas familiares, facilidad para encontrar nuevo empleo y cualquier otra circunstancia del perjuicio causado. No obstante se establecía un tope máximo de tres mensualidades de retribución de los trabajadores. De igual manera, la Ley de Jurados Mixtos, si bien ampliando la cuantía máxima a los seis meses; proceso de ampliación que también se aplica a la primera regulación franquista (Ley de Contrato de Trabajo de 1944), donde se alcanza el máximo de un año de sueldo o jornal; alcanzando su mayor cuantía con el RD-Ley 18/1976 y con el RD-Ley 17/1977, donde se establece el tope máximo en cinco anualidades de salario.

14 MONTOYA MELGAR, ALFREDO: «Estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales núm. 58, pág. 135: «... un derecho éste que si no puede esgrimirse en demanda de un efectivo puesto de trabajo sí puede invocarse como fundamento de la presunción a favor de la duración indefinida del contrato de trabajo y de la ilicitud de las extinciones contractuales sin causa justa».

parte de la población lleva consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma».

Además, la legislación tiene que conjugar el derecho de los trabajadores establecido en el art. 35.1 de la Constitución española «Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo» con la libertad de empresa que defiende la Constitución en su art. 38.

3.- FORMA

Además de la causalidad, el ordenamiento jurídico exige el requisito de la forma para que el empresario pueda llevar a cabo su decisión extintiva, a fin de que el trabajador conozca exactamente los motivos por los que el empresario pone fin a la relación laboral. El acto del despido es un acto formal y deberá indicar los hechos y fecha de efectos; además, por convenio colectivo se pueden exigir otros requisitos formales para llevar a cabo el despido. El empresario o la persona en quien este delegue debe remitir al trabajador una comunicación escrita que se ajuste a los requisitos contenidos en el art. 55 del Estatuto de los Trabajadores¹⁵, manifestando claramente su voluntad de poner fin a la relación laboral. Con la recepción de esta comunicación comenzará a contar el plazo de caducidad de la acción de despido¹⁶ –desde el día siguiente a la recepción de la carta, o bien desde el día siguiente a la fecha de finalización de la prestación de servicios, en caso de no coincidir ambas fechas-, no pudiendo dejarse a voluntad del trabajador la fecha del despido mediante el mecanismo de negarse a recoger la carta del empleador¹⁷, pues al empresario le bastaría con acreditar

15 El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos. El fin específico de la carta de despido es que el trabajador tenga conocimiento fehaciente de la decisión empresarial y que pueda reaccionar en tiempo frente a la misma.

16 De acuerdo con el art. 59.3 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE de 29 de marzo) y el artículo.103.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE de 11 de octubre), el ejercicio de la acción contra el despido caducará a los 20 días hábiles procesales siguientes a aquel en que se hubiera producido. No se computarán los sábados, domingos, los días 24 y 31 de diciembre, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad (por localidad debe entenderse la referida a la de la sede del Juzgado, pues en dicho lugar es en donde se practican las actuaciones judiciales, por lo cual sólo pueden excluirse del cómputo del plazo de caducidad los festivos en la localidad de la sede del juzgado) ni el mismo día del despido.

El plazo se comienza a contar desde que tiene lugar el despido efectivo, no la comunicación del mismo, por lo que el cómputo del plazo de caducidad de 20 días comienza el día siguiente a la fecha de efectos de la extinción, y quedará suspendido por la presentación de la solicitud de celebración del acto de conciliación.

17 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 27-03-2009 (rec. 367/2009): *«que de ella se deduce terminantemente que a la actora el día nueve de junio se le intentó entregar por la empresa la carta de despido y que se negó a aceptarla siéndole remitida por burofax el 23/6/08 manteniéndose la fecha de efectividad del despido, ha de concluirse que el plazo de 20 días hábiles para accionar frente a la decisión extintiva de la patronal: 1.- se ha de contar desde el día siguiente a aquel en que tiene lugar la extinción del contrato por voluntad empresarial, según lo establecen el art. 59-3 ET y art. 103-1 LPL; 2.- el día inicial de cómputo de ese plazo lo constituye el siguiente a aquel en que se pone en conocimiento del trabajador la decisión empresarial (salvo que ésta*

mediante testigos el intento de entrega de la notificación al trabajador y la negativa de éste a recibir la misma, aunque no es esto lo habitual, sino que lo más frecuente y seguro para la empresa –a fin de evitar posteriores sorpresas si posteriormente no puede contar con la declaración de los testigos en el juicio- es que además le envíe al día siguiente mediante burofax esa misma carta de despido. Debe asimismo el empresario, para que exista despido, observar una conducta congruente con esa decisión, impidiendo al trabajador continuar en la prestación de sus servicios más allá de la fecha de efectos de la decisión extintiva.

¿Qué consecuencias acarrea para la empresa obviar la forma a la hora de comunicar el despido? En su redacción original, el Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980 de 10 de marzo, BOE 14 de marzo) establecía en su art. 55.3 que el despido sería nulo si se incumpliesen los requisitos de forma, es decir, si no se comunicase por escrito, o si en la carta no constasen los hechos fundamentales que motivasen el despido ni la fecha de efectos, pero además según la doctrina jurisprudencial incluso sería nulo si las causas alegadas fuesen imaginarias, tal como sucede en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, Sala Sexta, de lo Social, en fecha 11 de marzo de 1986, que estima el recurso planteado por el trabajador que fue despedido por la empresa alegando, sin precisar más, «*irregularidades contables y de caja, de la que estaba directamente encargado, así como falsedades y tergiversaciones documentales*». Sin embargo, la doctrina del Tribunal Supremo cambió con el tiempo, para ajustarse así a lo dispuesto tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la Ley de Procedimiento Laboral al no contemplarse en ninguno de dichos textos legales el despido nulo por fraude de ley, bastando con que el despido fuese realizado por escrito, indicando los hechos en que se basaba así como la fecha de efectos, tal como señala la STS, Sala

inicie sus efectos en fecha posterior, en cuyo caso será el día siguiente a esta última fecha), cualquiera que sea la forma en que se haga (tanto si es escrita, verbal o, incluso, de manera tácita, en virtud de actos inequívocamente expresivos de la voluntad extintiva), ya que el despido únicamente se consuma cuando el trabajador toma conocimiento de la declaración de voluntad del empresario procediendo a extinguir el contrato de trabajo que les vincula; 3.- que en su cómputo no se incluyen los domingos ni días festivos (art. 182-1 LOPJ). En consecuencia, dado que la actora el día nueve de junio tuvo conocimiento cabal y completo de la voluntad patronal de despedirla es a partir de tal fecha cuando se inicia el cómputo de aquellos veinte días para el ejercicio de la acción impugnatoria de la decisión patronal, como señaló la STS de 4 mayo 1990 " la carta es reveladora de la clara voluntad empresarial de patentizar que en esa fecha estaba ya extinguida toda relación con el actor, no hace más que reiterar la decisión empresarial anterior, pues no se refiere a un cese que impone en esa fecha, sino a una extinción producida con anterioridad, sin que pueda prorrogarse la vigencia de la relación laboral ordinaria por la voluntad aislada del demandante", consecuentemente con todo lo expuesto, la acción de despido ejercitada por la recurrente el 1/8/08 se hallaba caducada al haberse producido el despido el 9/6/08».

Cuarta, de lo Social de fecha 12-11-1990, citando en dicha sentencia otras anteriores dictadas en ese mismo año¹⁸.

En la actualidad, desde la publicación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, si una empresa decide prescindir de los servicios del trabajador y la decisión llevada a cabo no reúne los requisitos establecidos en el art. 55.1 de dicha norma, la calificación del despido será la de improcedente de acuerdo con lo dispuesto en el núm. 4 del mencionado artículo: «El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1 de este artículo», y ello aún en el supuesto de que la comunicación se haya realizado de manera verbal o incluso cuando el despido haya sido tácito¹⁹.

4.- EFECTOS DEL DESPIDO

La causa de extinción del contrato de trabajo que genera mayor número de controversias judiciales es el despido, no en vano es la que recibe mayor atención por parte del ordenamiento. Al ser el despido un acto de resolución, tanto si la decisión que da lugar al despido es causal como si no lo es, o tanto si cumple con los requisitos formales como si no cumple, sus efectos son inmediatos. Es decir, la decisión empresarial goza de ejecutividad. En consecuencia, el despido extingue la relación laboral y cesa la obligación de cotizar y, por ende, el empresario debe presentar la baja del trabajador en la Seguridad Social y poner a disposición de éste para su abono la liquidación de las cantidades que tenga pendientes. Dicha liquidación comprenderá los salarios, la parte proporcional de las pagas extraordinarias y de las vacaciones no disfrutadas, así como el resto de conceptos pendientes de pago.

18 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de fecha 12-11-1990: «puesto que aparece acreditado que la empresa notificó por escrito a la trabajadora los hechos que motivaban su despido y la fecha en que el mismo tendría efecto, dando así cumplimiento a lo establecido en el art. 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, no puede consistir sino en la calificación del despido como improcedente como la actora había solicitado de forma subsidiaria en su demanda, con las consecuencias previstas en el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores».

19 Sentencia del Tribunal Superior del Principado de Asturias, Sala de lo Social, de fecha 29-01-2010 (rec. 2231/2009): «En consecuencia, el cese de la empresa en su actividad productiva, unido a la falta de comunicación al actor acerca de la causa de dicha decisión, obedece a la voluntad empresarial de dar por extinguida la relación laboral mantenida hasta entonces, lo que equivale a un despido tácito, despido en el que no se han observado los requisitos formales que exige el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores por lo que tiene que declararse improcedente, con los efectos legales que ello conlleva, debiendo estarse a la antigüedad y salario regulador que figuran en el hecho probado primero de la resolución impugnada, y fijarse la indemnización en los términos establecidos en el artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, esto es, a razón "de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades"

El trabajador dispone de un plazo de veinte días hábiles para impugnar la decisión de la empresa –se entiende que son veinte días siguientes a la fecha de efectos del despido–, de modo que si no reacciona contra éste, debe deducirse que el trabajador acepta la decisión tomada por la empresa, aunque no haya existido justa causa ni se hayan observado los requisitos formales.

Una vez despedido el trabajador no puede restablecerse un vínculo contractual ya roto e inexistente, ni mucho menos la negativa del trabajador a reincorporarse implica el cese voluntario de éste, pues si así fuese se le privaría de una acción como la del despido y del derecho a la calificación judicial del acto empresarial, sin olvidar la naturaleza consensual y bilateral del contrato de trabajo, lo que supone que su formalización exige la libre aceptación por ambas partes contratantes con obligaciones recíprocas para ambas, y que su finalización tuvo por causa única y exclusivamente la voluntad del empresario.

Así lo establecen, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2010 (rec. 2785/2009) de 11 de diciembre de 2009 (rec. 660/2009), de 7 de octubre de 2010 (rec.2694/2008), de 11 de diciembre de 2007 (rec. 5018/2006), de 3 de julio de 2001 (rec. 3933/2000), la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de junio de 2008 (rec. 1955/2008) y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 11 de mayo de 2011 (rec. 123/2011). Concretamente, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2009 (rec. 2694/2008) se contempla el efecto de la retractación empresarial del despido días después de su comunicación al trabajador, sin que se haya llegado a presentar papeleta de conciliación y sin que en la comunicación se haga indicación alguna a posibles salarios de tramitación o alta en la Seguridad Social. La Sala concluye que la eficacia extintiva y constitutiva del despido determinan que el trabajador no esté obligado a aceptar la posible retractación de la empresa anterior a la constitución de la relación procesal, ni que por tal rectificación el trabajador se vea privado de su derecho a la tutela judicial, descartando con ello el hipotético abuso del derecho que supone la reclamación judicial del afectado. Descarta también la Sala la directa aplicación de la normativa común civil sobre nulidad de los actos, porque atribuir eficacia vinculante a la retractación empresarial distorsionaría el proceso de despido y no protegería los intereses del trabajador en los términos derivados de la regulación especial de este proceso. No admite la Sala la posibilidad de dejar sin efecto el despido por unilateral decisión del empresario. Y ello es así porque «constituida la relación jurídica procesal que debe desembocar en la decisión judicial calificando el acto extintivo unilateral del empresario, no procede que por una

decisión unilateral empresarial posterior con ofrecimiento de readmisión se restablezca un vínculo contractual ya roto e inexistente», ni mucho menos la negativa del trabajador a reincorporarse implica dimisión de éste, pues para que exista dimisión del trabajador tiene que existir vínculo contractual previo. 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. Sólo 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. En resumen, la relación laboral se rompe como consecuencia del despido.

Caso distinto es que la empresa dirija al trabajador la carta de despido con fecha de efectos posterior a su recepción. En estas circunstancias es válida la retractación empresarial durante el plazo de preaviso, pues ésta se realiza cuando la relación laboral se encuentra vigente y el trabajador todavía está prestando sus servicios. Ello hace inaplicable la doctrina citada anteriormente, porque la misma se ha dictado para los casos en que la retractación se produce tras la extinción del contrato, tras la efectividad del despido que tiene lugar el día del cese en el trabajo²⁰, no cuando la relación laboral está viva.

De la misma manera puede el trabajador comunicar la revocación de su decisión de dimitir, siempre y cuando realice esta retractación antes de la fecha de efectos de dicha extinción, por lo que si la empresa procede a cursar la baja del trabajador esa extinción de la relación laboral se consideraría despido²¹.

20 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 07-12-2009 (rec. 210/2009): «Por tanto, como el contrato permanece vivo mientras el despido no se hace efectivo, momento en el que se extingue y su rehabilitación requiere la voluntad de las dos partes y no de una sola, cabe concluir que la retractación empresarial producida antes de que llegue ese momento es válida y produce como efecto principal el de que el contrato no llegue a extinguirse. En apoyo de esta solución puede decirse que el preaviso es simplemente el anuncio previo de que próximamente se va a rescindir el contrato, pero se trata sólo de una advertencia que se hace por exigencia de la Ley para prevenir al otro de algo que se realizará».

21 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 1 Jul. 2010 (rec. 3289/2009).

5.- CALIFICACIÓN DEL DESPIDO

Una vez recibida la comunicación de la empresa poniendo fin a la relación laboral - no se exige una enumeración minuciosa y pormenorizada de los hechos que motivan el despido, ya que su verdadera razón de ser radica en la necesidad de evitar que el trabajador quede indefenso, según STS Sala 4ª de 26 junio 1986 -, si el trabajador impugna esa decisión dentro del plazo legal ante el Juzgado de lo Social, previa presentación de la demanda de conciliación correspondiente, la autoridad judicial declarará ese despido como procedente, improcedente o nulo, teniendo siempre presente que la empresa no podrá alegar en el acto del juicio hechos distintos de los recogidos en la carta de despido.

5.1 Despido Procedente

El despido será calificado como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento contractual, grave y culpable alegado por el empresario en la carta de despido remitida al trabajador, pero para ello la carta debe concretar y reflejar los hechos muy graves que han motivado la extinción del contrato, y no sólo eso sino que es imprescindible que dichas faltas no hayan prescrito. Probado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación del despido, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la de ratificar la procedencia judicialmente ante la gravedad y culpabilidad del hecho sancionado²², pero para ello en el enjuiciamiento de la decisión ejecutada por la empresa se debe buscar la necesaria proporción entre la infracción y la sanción, aplicando un criterio individualizado que valore las peculiaridades en cada caso, de modo que se tengan en cuenta todos los factores de relevancia, como son la existencia de dolo o culpa, la intensidad de la falta, el comportamiento anterior, en su caso y, en general, las circunstancias concurrentes de toda índole²³. Los más elementales principios de justicia exigen una perfecta

22 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 20-12-2001 (rec. 5342/2001), que desestima el recurso de suplicación interpuesto por el actor confirmando la sentencia que declaró procedente el despido disciplinario: Probado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación, la consecuencia jurídica no puede ser otra que la de ratificar la procedencia judicialmente declarada ante la gravedad y culpabilidad del hecho sancionado; de tal manera que habiendo alcanzado el Juzgador una conclusión favorable a la existencia de un "animus" apropiatorio por parte del trabajador solo como falta muy grave puede ser aquél calificado; también la Sentencia de TSJ de Castilla-León (sede Valladolid), de fecha 4-4-2000 (rec. 649/2000): La Sala desestima el recurso de suplicación interpuesto y declara procedente el despido disciplinario del jefe de ventas que vino apropiándose de forma continuada del importe de diversas ventas. Incumplimiento contractual, grave y culpable, integrante de transgresión de la buena fe y abuso de confianza en el desempeño de su cometido. Presunción de inocencia desvirtuada por la práctica de las pruebas.

23 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de fecha 4-5-2000 (rec. 83/2000), que señala: «En definitiva, ninguna de las conductas relacionadas por el n.º 2 del artículo 54 E.T. opera automáticamente como causa de despido, sino que "ha de ser analizada en su realidad, en el momento en que se ha producido y con los efectos que causa, de manera que debe estudiarse específicamente e individualmente el caso concreto que ha de ser objeto de resolución, sin desconocer el factor humano, de máxima transcendencia, puesto que la sanción de despido, máxima que autoriza el ordenamiento jurídico laboral y que determina la extinción de

proporcionalidad y adecuación entre la conducta infractora, la persona y la sanción, valorando las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto; ha de seguirse, por tanto, la denominada teoría gradualista, según la cual la sanción de despido debe imponerse sólo en último caso, dada su trascendencia. Se trata de graduar la gravedad de la conducta para comprobar si efectivamente el trabajador merece la imposición de la sanción mayor que prevé el ordenamiento jurídico²⁴.

Las consecuencias de la calificación de procedencia del despido son que la extinción llevada a cabo por la empresa queda convalidada; en palabras del profesor ALONSO OLEA «el efecto de la declaración es la confirmación *ex tunc*, desde la fecha del despido, de la extinción»²⁵ sin derecho a indemnización de clase alguna ni tampoco a salarios de tramitación, quedando las partes libres de sus respectivas obligaciones.

En cuanto a las posibles indemnizaciones que la empresa pueda reclamar al trabajador por los daños que éste le haya causado como consecuencia de las faltas cometidas y por las cuales ya haya sido despedido de forma procedente, es posible hacerlo y además es competente el orden social de acuerdo con el art. 2 apartado a) de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social -« Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: a) entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo y del contrato de puesta a disposición, con la salvedad de lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; y en el ejercicio de los demás derechos y obligaciones en el ámbito de la relación de trabajo»-, si bien es criterio de los Tribunales de Justicia que no pueden trasladarse sin matización alguna las normas reguladoras de la responsabilidad contractual por dolo o culpa contenidas en el Código Civil. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, de fecha 24 de Noviembre de 2010 (rec. 773/20), que desestima el recurso de suplicación planteado por la empresa contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Huesca que estimaba la demanda interpuesta por el trabajador y declaraba no ajustado a Derecho la deducción efectuada por la empresa por el deterioro de mercancía y sanciones de tráfico y establece que no deben ser soportadas por el

la relación laboral, exige un criterio restrictivo en materia interpretativa y una apreciación conjunta de todos y cada uno de los elementos subjetivos y objetivos concurrentes en cada caso»

²⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección Sexta, de fecha 06-06-2011 (rec. 376/2011).

²⁵ ALONSO OLEA, MANUEL Y CASAS BAAMONDE, MARIA EMILIA: «Derecho del Trabajo», 10ª edición revisada 1987 (Universidad de Madrid), pág. 410.

trabajador, siguiendo el criterio señalado por el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 14-11-2007 (rec. 4726/06) relativa a una indemnización reclamada por la empresa al trabajador después de que el despido fuese declarado procedente, al señalar que es el empresario y no el trabajador quien asume los frutos y riesgos de la prestación de servicios realizada por éste último –incluidos los que se produzcan por errores o descuidos del trabajador-, y que «ello obliga a matizar los tradicionales criterios civiles de responsabilidad indemnizatoria contractual, y a exigir para que ésta pueda surgir en el ámbito laboral, que la culpa o negligencia del trabajador sea grave, cualificada o de entidad suficiente. O lo que es igual, que no todo error, fallo u olvido del trabajador da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios que cause su actuar, lo que obliga a estar a las circunstancias de cada caso para valorar el grado de desatención de las medidas y cuidados exigibles a todo trabajador»²⁶.

5.2 Despido Nulo

En la versión actual del Estatuto de los Trabajadores (después de varias modificaciones de dicho artículo desde su aprobación por el Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo)²⁷, según su art. 55.5, en relación con el art. 108 en sus apartados 2 y 3 de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, será nulo el despido en los siguientes supuestos, tasados y cerrados:

1.- Cuanto tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución y en la Ley, o cuando se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (entre los que se encuentra el derecho a ejercitar acciones judiciales, según el art. 17.2 E.T.)²⁸.

2.- Se considerará nulo igualmente el despido que tenga lugar durante el embarazo de la trabajadora, así como el llevado a cabo durante la suspensión del contrato por motivo de maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, enfermedad causada por el embarazo, el parto o la lactancia natural, y los producidos durante el reingreso al trabajo siempre que no

²⁶ En el mismo sentido: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de fecha 26-11-2009 (rec. 536/2009), y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de fecha 19-05-2009 (rec. 567/2009).

²⁷ Redacción del apartado 5 del artículo 55, vigente a partir del 24 de marzo de 2007, según Disposición Adicional 11.14 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo de 2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. (BOE de 23 de marzo)

²⁸ *“Serán igualmente nulas... las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.*

hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo. También los despidos de los trabajadores que hayan solicitado los permisos conciliadores de la vida laboral y familiar contemplados en el art. 37 o la excedencia contemplada en el art. 46 del E.T. Igualmente son nulos los despidos de las víctimas de violencia de género que hayan ejercitado los derechos laborales legalmente reconocidos desde el momento mismo de su solicitud (reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral).

Impugnado el despido disciplinario, si el trabajador alega que ha existido discriminación (edad, sexo, discapacidad, origen...) o se ha producido con vulneración de sus derechos fundamentales (tutela judicial efectiva, libertad de información, integridad física y moral...), debe probar al menos de forma indiciaria que las causas de despido son ajenas a la relación laboral. Sin embargo, la carga de la prueba de que el motivo de despido no obedece a un móvil discriminatorio corresponde al empresario. Es criterio de los Tribunales de Justicia que para que opere este desplazamiento al empresario del "onus probandi" no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio (STC 266/1993 de 20 de septiembre), sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del trabajador que ha sido despedido se aporte una «prueba verosímil» (STC 207/2001 de 22 de octubre) o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos²⁹.

Pero aún en el supuesto de existir apariencia discriminatoria, la empresa podrá desvirtuar esa apariencia demostrando que en realidad la decisión extintiva es absolutamente ajena a una conducta lesiva a un derecho fundamental, y que la misma ha sido tomada por existir razones suficientes, reales y serias para materializar el despido, tal como ha declarado recientemente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en fecha 9 de junio de 2011: «... cuando se ventila un despido "pluricausal", en el que confluyen, una causa, fondo o panorama discriminatorio y otros eventuales motivos concomitantes de justificación, es válido para excluir que el mismo pueda considerarse discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales que el empresario acredite que la causa alegada tiene una justificación objetiva y razonable que, con independencia de que merezca la calificación de procedente, permita excluir

²⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de 17 Jul. 2009, rec. 1426/2009

cualquier propósito discriminatorio o contrario al derecho fundamental invocado. Subsiste, no obstante, la carga probatoria anteriormente señalada para el empresario, de que los hechos motivadores de la decisión extintiva, cuando no está plenamente justificado el despido, obedezcan a motivos extraños a todo propósito atentatorio contra el derecho fundamental en cuestión. En otras palabras, en aquellos casos en que la trascendencia disciplinaria es susceptible de distinta valoración, el empresario ha de probar, tanto que su medida es razonable y objetiva, como que no encubre una conducta contraria a un derecho fundamental, debiendo alcanzar necesariamente dicho resultado probatorio, sin que baste el intentarlo». Es decir, será el empresario quien deba demostrar que el despido ha obedecido a «motivos razonables» ajenos a todo móvil discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales, pues de lo contrario será declarado nulo.

Hasta ahora podemos afirmar que el resultado de un despido en el que el trabajador haya alegado discriminación o vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas puede terminar de tres maneras distintas: procedente, improcedente o nulo.

No es el caso, sin embargo, del despido practicado por la empresa cuando los trabajadores se encuentren en alguna de las situaciones indicadas en el apartado núm. 2; es decir, cuando los trabajadores se encuentran en una situación de especial protección por razones biológicas, familiares, y víctimas de violencia de género. En este caso, la Ley establece una presunción de nulidad de despido, blindando de tal modo el contrato de trabajo que únicamente la empresa podrá despedir si las razones alegadas en la carta de despido y probadas en el juicio son de tal gravedad que el despido tenga que calificarse como procedente, de manera que si la causa alegada no fuera de entidad suficiente para alcanzar tal declaración de procedencia la decisión extintiva el despido será nula, sin que exista la posibilidad de que su calificación sea improcedente en estos supuestos.

En suma, los trabajadores no necesitan aportar indicio alguno del carácter discriminatorio de la decisión extintiva, sino que basta simplemente con demostrar que se encuentran en la situación especialmente protegida (embarazo y permisos contemplados en el art. 37 apartados 4, 5 y 7, y art. 46 apartado 3 del Estatuto de los Trabajadores)³⁰, con lo cual nos encontramos con que no se exige ánimo

³⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, de fecha 12-05-2009 (rec. 577/2009): «Calificación que como puede apreciarse, cumplida la condición de que no resulte procedente, resulta independiente de la motivación que tenga el empresario para efectuarlo, de tal forma que es la adecuada aunque se acredite que no tiene nada que ver con esa

discriminatorio por parte de la empresa para que la extinción unilateral del contrato sea calificada como nula, sino que podemos decir que el despido merece la calificación de nulo de modo automático por hallarse el trabajador despedido en el supuesto que contempla la norma. Es más, la protección es de tal magnitud que incluso en el supuesto de que la trabajadora esté embarazada en el momento del despido y no se lo haya comunicado a la empresa por desconocer ese dato, también será nulo el despido practicado, pues se trata de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero del art. 55.5 ET y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que el empleador conozca o no el estado de gestación de la trabajadora, y así lo establece la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17-10-2008 (rec. 1957/2007) y 16-01-2009 (rec. 1758/2008), rectificando la doctrina anterior de la Sala relativa a si es necesario o no que el empresario conozca el embarazo de la trabajadora para que el despido pueda y deba ser declarado nulo.

El despido nulo tiene como efecto la readmisión forzosa e inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir, sin que la empresa pueda optar por la indemnización.

5.3 Despido Improcedente

Partiendo de que el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) se concreta en el derecho a no ser despedido sin una justa causa, el despido será calificado como improcedente según el art. 55.4 del Estatuto de los Trabajadores cuando el «incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador» alegado por el empresario en su escrito de comunicación no quede acreditado o cuando no se ajuste a la forma prevista en el punto núm. 1 de dicho artículo. Es decir, el órgano jurisdiccional puede calificar el despido como improcedente atendiendo a razones de fondo o a razones de forma.

El incumplimiento contractual hace referencia a que las faltas cometidas al margen del contrato de trabajo no constituirán motivo de despido, salvo que repercutan en la prestación de servicios del trabajador³¹. El art. 54.2 establece un listado con 7 tipos de

reducción de jornada, poniendo de manifiesto la esterilidad de analizar, en estos casos, cuál haya sido la razón del empresario para despedir. Se trata de una protección especial que nuestro legislador ha querido dar a las personas que se encuentren en esa situación».

31 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de fecha 30-01-2009 (rec. 5541/2008) que declara improcedente el despido de la trabajadora porque «los hechos que la empresa imputa a la demandante son absolutamente ajenos a la esfera laboral, tratándose de ofensas que se vierten en una conversación telefónica privada, dirigidas a alguien totalmente ajeno a la empresa, conversación que se mantiene fuera del centro de trabajo y de la jornada laboral, por lo que esta conducta escapa al control empresarial, quedando al margen de su poder sancionador, razón por la cual no resulta incardinable tal conducta en el incumplimiento contractual grave y culpable previsto en el artículo 54.2.c) del ET, por lo que este motivo de recurso también debe ser desestimado»

incumplimientos en los que se puede basar el despido. Las faltas que comprende son las siguientes:

- Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.
- La indisciplina o desobediencia en el trabajo.
- Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.
- La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.
- La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.
- La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.
- El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

La gravedad de las faltas debe alcanzar cierta intensidad, por lo que cuando por el empresario se consiga acreditar los incumplimientos contractuales cometidos por el trabajador pero estos incumplimientos no revistan la suficiente gravedad para que el empleado sea merecedor de la máxima sanción que prevé el ordenamiento jurídico, el despido debe ser declarado improcedente, al no existir proporción entre la infracción cometida y la sanción impuesta por la empresa³².

Las faltas deben ser además cometidas por el trabajador ya sea con dolo, con malicia, o negligencia, pues el requisito de la culpabilidad se entiende en el sentido de que la conducta sea imputable a la voluntad deliberada y consciente constitutiva de dolo o negligencia del trabajador, o a una conducta culposa o constitutiva de negligencia grave; es decir, la culpabilidad requiere voluntad. En consecuencia, aquel incumplimiento que no dependa de la voluntad del trabajador, no puede constituir causa justa de despido. En este sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia de 11 de julio de 2006 (rec.2107/2006) al estudiar el caso de una trabajadora que se desplazó a su país para disfrutar de sus vacaciones

³² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 13-10-2008 (rec. 3249/2008), que dice: «En definitiva, el ejercicio de la facultad disciplinaria, cualquiera que sea el ámbito en que ésta se actúe, tiene que sujetarse siempre al principio de proporcionalidad, toda vez que la función preventiva y ejemplificadora de las sanciones sólo tiene sentido jurídico dentro de una sistemática coordinación de los principios constitucionales de garantía, en los que está incluido el de proporcionalidad, dirigido a establecer, como proclama la doctrina examinada, "entre las consecuencias gravosas de la sanción que soporta el contraventor y las consecuencias perjudiciales de la infracción, una correspondencia proporcional, equitativamente ahormada".

(extremo éste que conocía la empresa) y que fue despedida por no reincorporarse al trabajo en la fecha prevista³³.

Pero el despido, aún teniendo el empresario sobrados motivos para proceder a la extinción del contrato de trabajo de manera unilateral basándose en un incumplimiento muy grave y culpable del trabajador, también podrá ser declarado improcedente si no se cumplen unos determinados requisitos formales, como son el plazo en que ha de materializarse la decisión, que ha de exteriorizarse mediante una declaración de voluntad escrita haciendo constar los hechos concretos que motivan la decisión y sus efectos; si el trabajador fuese representante legal o delegado sindical se procederá a la apertura de expediente contradictorio con audiencia del interesado y de los demás miembros de la representación; y si el trabajador estuviera afiliado a un Sindicato, el empresario, caso de constarle esta circunstancia, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la correspondiente sección sindical (art. 10.3.3º LOLS y 55.1 ET). Además, por convenio colectivo pueden exigirse otros requisitos formales.

Así pues, la inobservancia de las anteriores formalidades ocasiona la improcedencia del despido. No obstante, el empresario puede anticiparse a tal declaración judicial mediante un nuevo despido en los términos exigidos en el art. 55.2 ET, que dice: «...dicho nuevo despido, que sólo surtirá efectos desde su fecha, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de 20 días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndolo durante los mismos en alta en la Seguridad Social». El cómputo del plazo de los veinte días contemplado en dicho artículo ha de hacerse conforme a las previsiones generales del cómputo civil de los plazos señalados por días, y por lo tanto sin excluir los días inhábiles, computando todos los transcurridos desde la fecha del despido hasta la fecha en que se produzca la subsanación, al tratarse de un plazo situado fuera y antes de cualquier proceso judicial ya iniciado o por iniciar -sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de fecha 10-11-2004 (rec. 5837/2003-. Si la empresa se limita a notificar un nuevo despido sin cumplir con los otros dos requisitos de alta en la Seguridad Social y abono de los salarios de

33 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, de fecha 11-07-2006 (rec. 2107/2006): «no concurren los elementos cualitativos y cuantitativos de la inasistencia al puesto de trabajo, cuya continuidad y reiteración configuran un incumplimiento contractual grave y culpable por parte de la trabajadora, y no está presente, tampoco, el elemento causal, es decir la falta de justificación de la inasistencia al trabajo, por existir causas absolutamente ajenas a la voluntad de la trabajadora (Hecho Probado Sexto), y que a mayor abundamiento, se insiste, han sido puntualmente comunicadas a la empleadora (Hecho Probado Séptimo), pues, a estos efectos, por justificación habrá de entenderse, la existencia de hechos independientes a la voluntad de la trabajadora, de los cuales no sea en forma alguna la misma culpable, que le impidan efectivamente asistir al trabajo»

tramitación el nuevo despido será ineficaz, por lo que subsistirá el previo, que por ser formalmente incorrecto constituye un despido improcedente³⁴.

Pero aún tiene otra oportunidad más el empresario para realizar el despido, pues en los casos de improcedencia declarada con opción por la readmisión el art. 110.4 de la Ley reguladora de la jurisdicción social autoriza a la empresa a que, dentro de los 7 días siguientes a la notificación de la sentencia -en los supuestos en que sea necesaria la incoación de expediente disciplinario, es posible exceder este plazo siempre y cuando sea iniciado dentro de los siete días-, vuelva a despedir por los mismos hechos una vez subsanados los defectos formales que viciaron de improcedencia al primer despido. Supone, pues, la concesión ex lege de la posibilidad, tras la del art. 55.2 ET citado anteriormente, de subsanar vicios de forma, aunque como se dice en dicho precepto «dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha»³⁵.

Evidentemente, el hecho de que el empresario tenga varias oportunidades para proceder a la extinción del contrato de trabajo por los mismos incumplimientos graves y culpables cometidos por el trabajador, no quiere decir que con la sola subsanación de los vicios formales pueda el órgano judicial declarar la procedencia del despido, sino que el empleador debe demostrar en el acto del juicio que el trabajador cometió las faltas que se le imputan, que no habían prescrito, y que éstas son de tal gravedad que merecen tal calificación. De lo contrario, nuevamente será declarada su improcedencia.

Si bien el ordenamiento jurídico, tal como decimos en el anterior apartado núm. 2 *Causalidad del despido* exige una justa causa para despedir y considera ilícito todo

34 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de fecha 07-07-2008 (rec. 3731/2008): « Y ante tales circunstancias nos encontramos ante un despido verbal, efectuado el 4-7-07 que no puede entenderse subsanado por el posterior burofax al domicilio del actor ni por la posterior ampliación por escrito efectuada en el acto de conciliación, ya que si bien es cierto que el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que, tras un despido verbal (o el realizado mediante una defectuosa carta de despido), la empresa pueda efectuar un nuevo despido en el que cumplierse los requisitos omitidos en el precedente, para que este nuevo despido surta efectos, el artículo 55.2 del ET exige unos determinados requisitos que son: a) que el despido se efectúe en el plazo máximo de 20 días desde que se realizó el despido anterior; b) que en el momento de realizarlo el empresario ponga a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios; c) que en el momento del realizarlo el trabajador haya mantenido al trabajador en alta en la Seguridad Social en los días intermedios; d) que en el nuevo despido se cumplan los requisitos omitidos en el precedente».

35 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de fecha 10-10-2005 (Rec. 4125/05), que dice: «El art.110.4 LPL reconoce, así, la facultad de privar de efectos al primer despido para proceder de modo inmediato a efectuar un "nuevo" despido por las mismas faltas imputadas. Y esto supone que si bien el nuevo despido solo surte efectos desde su fecha, si las faltas imputadas no habían prescrito en el momento del primer despido, no se entienden prescritas tampoco al adoptarse el nuevo despido; y ello so pena de vaciar de contenido la facultad de subsanación, que pasa a integrar el art. 60.2 ET fijando un plazo para despedir que también excluye eficazmente la prescripción de las faltas si éstas eran las mismas que las imputadas en el primer despido y a este tiempo no estaban prescritas».

despido que no esté basado en un incumplimiento grave y culpable, sin embargo , y así lo han entendido los Tribunales de Justicia siguiendo la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de fecha 19 de enero de 1994, en la definición legal de despido improcedente deben integrarse todos los supuestos no comprendidos en las otras dos calificaciones –despido procedente y despido nulo-. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de fecha 13 Feb. 2007 (recurso 7010/2006), reconociendo que el art. 4 del Convenio 185 de la OIT establece de forma tajante que «no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio», y que dicha disposición sólo podrá ser derogada por la denuncia del Tratado y no por una Ley interna (art. 96 CE)³⁶, y las tres causas fundamentales de despido citadas en el Convenio se desarrollan –en España- por medio del despido disciplinario, el despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción, y el despido objetivo basado en la ineptitud sobrevenida o por falta de adaptación a modificaciones tecnológicas, y que en todas las cuales se exige la concurrencia de la causa correspondiente, además de la forma de la extinción, señala que el quid de la cuestión está en determinar cuál es la penalización que se debe imponer a un despido efectuado sin causa legal, y por ende claramente ilícito, y argumenta que debe tenerse en cuenta el art. 10 del mismo Tratado que establece que si los órganos que efectúen la revisión del despido llegan a la conclusión de que «la terminación de la relación de trabajo es injustificada, y si en virtud de la legislación y de la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización u otra reparación que se considere apropiada». Es decir, que la norma internacional, pues, no impone la nulidad del despido. Y esta misma Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Cataluña, en su sentencia de 14 de febrero de 2007 (rec. 8209/2006), llega a la conclusión de que si en nuestro ordenamiento jurídico se admite que un despido verbal no se califique como nulo, sino como improcedente, un despido sin causa también debe ser calificado como improcedente.

³⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de fecha 14-02-2007 (rec. 8209/2006): «*Insiste la recurrente en que los hechos que se deducen de la carta de despido son totalmente ficticios y en base a ello ha de ser declarado nulo el despido porque en nuestro ordenamiento jurídico el mismo ha de ser causal. Pues bien, si en nuestro ordenamiento jurídico el despido verbal -despido sin causa- no es motivo de nulidad, sino de improcedencia, tampoco puede calificarse como nulo un despido en base a considerar ficticias las razones alegadas por la empresa. Es evidente que el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) sigue exigiendo la causalidad del despido disciplinario, pero no es menos evidente que tal requisito está extraordinariamente suavizado en cuanto a sus efectos y en relación con la legislación anterior, consecuencia de los nuevos parámetros intervinientes en las relaciones laborales en su relación con las exigencias de los modelos económicos imperantes, el mercado y la productividad*».

Por todo lo cual, al final tenemos que llegar a la conclusión de que será declarado improcedente tanto el despido que se funde en una causa disciplinaria real pero insuficiente, como el fundado en una causa real pero que no se puede acreditar fehacientemente, como el ejecutado de manera puramente conveniente para la empresa, así como el que no tenga causa real alguna o que no sea adecuada para despedir o incluso el despido verbal. Es decir, basta con la decisión de la empresa, ya sea expresa o tácita, para que el despido pueda ser declarado improcedente.

Así pues, una vez declarada la improcedencia del despido por el juez, corresponde a éste condenar a la empresa a que opte –excepto que el trabajador despedido sea representante de los trabajadores, en cuyo caso le corresponde al mismo efectuar esa opción- entre la readmisión en las condiciones de trabajo existentes en la fecha del despido o la indemnización que legalmente corresponda³⁷, con abono en todo caso de los salarios de tramitación (salvo que el contrato fuese de duración determinada, en cuyo caso los salarios de tramitación no se devengarán hasta la fecha de la notificación de la sentencia, sino hasta la fecha de finalización del contrato, si bien primero habría que comprobar si dicho contrato temporal fue o no celebrado en fraude de ley, en cuyo caso se habría convertido en un contrato ordinario). Aquí está entonces la diferencia entre un despido nulo y un despido improcedente: en el despido improcedente la readmisión es optativa, mientras que en los despidos nulos la readmisión es obligatoria.

Cuando el empresario opte por la readmisión –la cual puede ser expresa o tácita según el art. 56.3 del Estatuto de los Trabajadores, ya que «en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera»- deberá comunicarle al trabajador dentro del plazo de diez días siguientes a la notificación de la sentencia su reincorporación al puesto de trabajo, y ésta deberá materializarse en un plazo no inferior a tres días a partir de la recepción del escrito de la empresa. Esta obligación de hacer impuesta por la Ley al empresario tiene un doble condicionamiento: formal, uno, consistente «en comunicar por escrito al trabajador... la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuarla en un plazo no inferior a los tres días siguientes a la recepción del escrito», y, temporal el otro, en cuanto la comunicación debe hacerse «dentro de los diez días siguientes a aquél en que se le notifique la sentencia», y para el supuesto de que la empresa no cumpla con estas dos condiciones se abre entonces la vía señalada en el art. 279 1b) de la Ley reguladora

³⁷ Art. 110.3 de la Ley reguladora de la jurisdicción social: «La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Oficina del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia».

de la jurisdicción social, a instancia del trabajador, «dentro de los veinte días siguientes a aquél en que expire el de los diez días a que se refiere el artículo anterior». Si el trabajador instase esa ejecución del fallo fuera del indicado plazo de los veinte días es penalizado con la pérdida de los salarios de tramitación desde ese «día 20» hasta el día en que se solicite la ejecución del fallo, pero si deja transcurrir tres meses desde la firmeza³⁸ de la sentencia entonces prescribirá además la acción para instar la ejecución de la sentencia de despido por transcurso del plazo legal establecido para su ejercicio³⁹. En consecuencia, a lo único a lo que tendría derecho el trabajador sería a los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, los cuales están sometidos a un plazo de prescripción de un año, de acuerdo con el art. 214 LPL («En todo caso, el plazo para reclamar el cumplimiento de las obligaciones de entregar sumas de dinero será de un año»).

Por otro lado, al mismo tiempo que opta por la readmisión la empresa puede, si no está conforme con la sentencia, interponer recurso contra la misma ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente. En ese caso, está obligada a abonar al trabajador la retribución que venía percibiendo con anterioridad al despido (a no ser que ésta se vea incrementada por la publicación de un nuevo convenio colectivo) mientras dure la tramitación del recurso, continuando por su parte el trabajador con la prestación de sus servicios, a menos que el empleador prefiera desembolsar el salario –por los motivos que sean- sin percibir a cambio los frutos de dicho trabajo. Tanto el trabajador como la empresa pueden pedir, por escrito o por comparecencia, el cumplimiento de dicha obligación, debiendo el Juez, oídas las partes, resolver lo que proceda (artículo 298 LJS), y sólo cuando el trabajador se niegue injustificadamente a cumplir con el requerimiento realizado por el empresario para que reanude la prestación de servicios mientras se sustancia el recurso será castigado con la pérdida

38 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sec. 1ª de fecha 6-7-2004 (rec. 318/2002): «ya que el artículo 277 de la Ley de Procedimiento Laboral establece expresamente que la acción para instar el fallo habrá de ejercitarse dentro de los tres meses siguientes a la "firmeza de la sentencia", de modo que la sentencia que se ejecuta no adquirió tal firmeza hasta que transcurrió el plazo de cinco días durante el cual la empresa pudo recurrir en súplica el auto del Tribunal Supremo por el que se inadmitía el recurso de casación, ya que una cosa es que, según los artículos 184 y 185 de la LPL la interposición del recurso contra autos y providencias no impida que se lleve a efecto la resolución impugnada, y otra cosa es que los actos procesales únicamente son firmes cuando transcurre el plazo de los posibles recursos que se hubieran podido interponer contra los mismos, aunque realmente no se hayan interpuesto, iniciándose a partir de este último momento el plazo de su ejecución.»

39 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 17-07-2009 (rec. 2598/2009):« Mas, cuando se trata de ejecutar la sentencia firme de despido en lo que toca al derecho a la readmisión reconocido judicialmente, el plazo de prescripción no es otro que el especial de tres meses que dispone el artículo 277.2 de la Ley de Procedimiento Laboral. No se olvide que uno de los elementos de la condena es, precisamente, la alternativa entre una obligación de hacer, es decir, readmitir al trabajador despedido en las mismas condiciones que regían antes de su cese, y solamente cuando tal reincorporación no se realice o se haga de forma irregular, procederá la opción relativa al abono de la indemnización sustitutiva, pero para ello es absolutamente menester presentar la ejecución dentro de tan repetido plazo de tres meses, lo que en el caso enjuiciado no sucedió».

del derecho a percibir la retribución (art. 299 LJS), siendo ésta la única consecuencia para el trabajador mientras no sea dictada nueva sentencia, lo cual quiere decir que si la empresa de forma expresa o tácita opta por la readmisión y no formula ningún requerimiento al trabajador para que éste se reincorpore a su puesto de trabajo, deberá abonarle igualmente su salario aunque no preste servicios hasta la firmeza de la sentencia.

Sin embargo, si la empresa hubiese optado por la indemnización en el plazo estipulado en los arts. 56.4 ET y 110.3 LJS, deberá abonar al trabajador la indemnización legal⁴⁰ de 45 días por año trabajado, con un máximo de 42 mensualidades, prorrateando por meses los períodos inferiores a un año, a cuya cantidad hay que añadir los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la sentencia, si bien de estos salarios la empresa puede deducir lo percibido por el trabajador en caso de que éste hubiese encontrado otro empleo durante ese tiempo -también es pertinente este descuento cuando el despido sea declarado nulo-, pero sólo si consigue demostrar su cuantía, porque si únicamente lo que demuestra es que ha prestado servicios para otra empresa pero no la cuantía real de su retribución, únicamente podrá descontar lo correspondiente al salario mínimo interprofesional⁴¹.

40 Hay que hacer constar que según la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 09-05-2011 (rec. 2374/2010): «Los parámetros que establece el art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores para cuantificar la indemnización que corresponde por despido improcedente son el salario diario y el tiempo de prestación de servicios, y el primero de aquéllos no puede sino consistir en el cociente que resulte de dividir, en el supuesto de declararse probado el salario anual, esta retribución global por los 365 días que al año corresponden o 366 para el caso de año bisiesto». En consecuencia, el salario regulador será el salario mensual multiplicado por doce y dividido por 365 días, en vez de atender a «los artificiales 30 días a menudo utilizados por la práctica forenseque es el resultado que responde al erróneo criterio de prescindir de que la mensualidad tiene el promedio real de 30,42 días».

41 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 10-10-2007 (rec. 372/2007): «Pero precisamente la sentencia de la Sala acepta y así lo establece en su fallo y en su fundamento jurídico cuarto que en estos casos se deduzca la cantidad que resulte de aplicar el salario mínimo interprofesional y las correspondientes partes proporcionales de las pagas extraordinarias al periodo que se acredita como trabajado en otra empresa. Y ello es así porque en los supuestos normales de prestación de trabajo la retribución no puede ser inferior al del salario mínimo interprofesional en virtud de las normas imperativas de carácter general. Por ello, si se prueba por el empresario la prestación de trabajo en un periodo coincidente con el cubierto por los salarios de tramitación, surge la presunción de que al menos se ha percibido el salario mínimo interprofesional y frente a esta presunción, que establece una percepción mínima a efectos de la aplicación del descuento, es el trabajador el que debe probar la existencia de circunstancias que han determinado el abono de una retribución menor. Esta conclusión se refuerza si se tienen en cuenta las orientaciones que la jurisprudencia reciente establece, aunque con las necesarias cautelas, sobre el desplazamiento de la carga de la prueba como consecuencia de la facilidad de acceso a ésta por las partes y esto es lo que sucede en el presente caso, en el que el trabajador tiene normalmente un control sobre la prueba de lo que percibió realmente en el otro empleo mayor del que puede atribuirse al empresario de la primera relación laboral» .

II EL DESPIDO EXPRES

6.- RECONOCIMIENTO DE LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO

Con el objetivo reconocido en su preámbulo de mejorar el funcionamiento del mercado de trabajo y de reformar las prestaciones por desempleo, la Ley 45/2002 de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, introdujo importantes modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley General de la Seguridad Social, destacando sobre cualquier otra consideración la extinción de la relación laboral por despido, posibilitando *«el comienzo de la percepción de la prestación de desempleo desde el cese por despido, con independencia de su impugnación, posibilitando la existencia de ingresos en el período que medie entre el despido y la conciliación o la sentencia»*, con lo cual se simplificaron sustancialmente los requisitos para acceder a la prestación por desempleo, bastando a partir de entonces con que el trabajador presentase con la solicitud la carta de despido. Hoy ya ni siquiera se necesita la carta, pues es suficiente con la aportación del certificado de empresa - las empresas de más de 10 trabajadores deben enviar este documento por vía telemática al Servicio Público de Empleo-.

Esta ha sido una de las modificaciones más importantes desde que se promulgó en el año 1980 el primer Estatuto de los Trabajadores, siguiendo el mandato constitucional contenido en el art. 35.2, que establece *«la ley regulará un estatuto de los trabajadores»*. Concretamente, el art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por la Ley 45/2002, quedó redactado de la siguiente manera:

«En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste.

Cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna. A estos efectos, el

reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación».

Así pues, esta reforma introdujo un mecanismo que con el tiempo se le ha denominado «despido exprés», y mediante el cual las empresas, reconociendo la improcedencia del despido, se pueden evitar los salarios de tramitación, y al mismo tiempo el trabajador, por su parte, desde el momento del despido se encuentra en situación de desempleo sin necesidad de demandar a la empresa y esperar a la conciliación o a la sentencia que declare extinguida la relación laboral, o incluso aunque formule demanda también se encuentra en situación de desempleo, pues tendrá derecho a percibir las prestaciones derivadas de esa situación desde el día siguiente al despido. Prueba de que la mayoría de los despidos que se han producido en España desde la publicación de la Ley 45/2002 han sido directamente reconocidos como improcedentes por la empresa es la estadística facilitada por el Ministerio de Trabajo relativa a los datos de beneficiarios de prestaciones por desempleo según «causa del derecho» que a continuación se detalla. Esta es la única base de datos que nos puede informar del número total de despidos realizados con la mayor exactitud posible, debido precisamente a que ya no es necesario acudir al SMAC o al Juzgado de lo Social para acceder a las prestaciones por desempleo.

En esta estadística se puede observar que son mayoría abrumadora los solicitantes de las prestaciones por desempleo que causan derecho a las mismas a través del reconocimiento de la improcedencia del despido por la empresa, si obviamos, claro está, a los beneficiarios que las solicitan por finalización de contratos temporales.

PRESTACIONES POR DESEMPLEO DESDE 2001 A 2010

PRD-15. Altas Iniciales de beneficiarios de prestaciones de nivel contributivo, según causa del derecho⁴²

AÑOS	TOTAL	CESE POR DESPIDO				EXPEDIENTE REGULACION EMPLEO		FIN CONTRATO TEMPORAL	OTRAS CAUSAS
		Sentencia Juzgado de lo Social	Despido reconocido por Ley 45/2002	Por causas objetivas	Acta de conciliación y finalización periodo de prueba	Extinción	Suspensión y Desempleo Parcial		
2001.....	1.091.110	15.783	-	49.965	175.958	33.400	16.462	791.412	8.130
2002.....	1.237.311	16.217	90.743	63.016	141.140	37.307	24.445	855.624	8.819
2003.....	1.291.581	8.837	226.208	54.009	58.151	39.349	16.835	880.008	8.184
2004.....	1.337.370	8.543	275.969	48.124	48.600	31.942	11.546	904.830	7.816
2005.....	1.365.145	9.459	304.452	46.299	44.733	31.316	15.367	905.717	7.802
2006.....	1.431.499	8.353	352.769	41.770	39.245	27.788	8.244	944.537	8.793
2007.....	1.561.767	6.795	410.785	40.006	36.588	28.709	16.259	1.013.043	9.582
2008.....	2.236.753	9.466	627.645	85.718	45.454	37.781	40.405	1.379.358	10.926
2009.....	2.557.901	17.778	676.596	144.508	36.135	75.610	379.062	1.213.536	14.676
2010.....	1.935.370	18.949	505.898	139.177	24.989	70.373	180.409	980.607	14.968

PRESTACIONES POR DESEMPLEO desde enero a agosto 2011

PRD-15. Altas iniciales de beneficiarios de prestaciones de nivel contributivo, según causa del derecho

ENE.....	174.341	1.448	43.130	16.704	1.744	6.502	16.142	87.211	1.460
FEB.....	152.310	1.659	41.397	16.246	1.838	6.594	17.939	65.448	1.189
MAR.....	146.093	1.635	40.199	16.154	1.973	6.359	12.394	65.968	1.411
ABR.....	129.961	1.280	34.452	13.819	1.613	7.048	12.410	58.125	1.214
MAY.....	135.191	1.417	34.043	13.265	1.743	5.985	13.327	64.281	1.130
JUN.....	164.068	1.172	34.355	13.973	1.674	6.582	11.599	91.741	2.972
JUL.....	175.617	1.079	34.669	14.430	1.731	6.656	10.670	104.582	1.800
AGO.....	144.662	838	32.709	14.260	1.629	7.198	9.809	76.755	1.464

Fuente: Ministerio de Trabajo e Inmigración: Boletín de Estadísticas Laborales, actualizado a 13-09-2011

42 PRD-15. En el cuadro referido a "Altas iniciales de beneficiarios de Nivel Contributivo" aparecen clasificadas según la "causa de cese en la empresa" por la que se genera el derecho a la prestación por desempleo. En algunos epígrafes se han agregado determinadas causas:

"CESE POR DESPIDO", el apartado "Sentencia Juzgado de lo Social", incluye tanto los despidos procedentes como improcedentes.

"FIN CONTRATO TEMPORAL", se han integrado tanto las situaciones derivadas de finalización de la relación contractual, de carácter temporal, como de fin de temporada en los contratos de fijos discontinuos.

"OTRAS CAUSAS" incluye las finalizaciones de la relación laboral por jubilación, muerte o incapacidad del empresario, por resolución voluntaria del contrato por parte del trabajador (movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o por causas justas, artículos 40, 41 y 50 del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), los excarcelados, emigrantes retornados y otras causas no incluidas anteriormente de forma expresa.

Sin embargo, este mecanismo ya tenía un precedente, pues fue en el año 1994 en que el Estatuto de los Trabajadores (mediante la Ley 11/1994 de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores de 1980) se plasmó por primera vez en su art. 56.2 –siguiendo la doctrina jurisprudencial imperante en ese momento⁴³, que se basaba en que si pese a ofrecer el empresario en la conciliación la indemnización que legalmente le correspondía percibir al trabajador junto con los salarios de tramitación éste se negaba a aceptar la oferta y continuaba con el proceso con el fin único y exclusivo de que se siguieran devengando dichos salarios, entendían los Tribunales que esa actitud era reprochable por abusiva, dado que el trabajador no iba a obtener mayor indemnización que la ya ofrecida por la empresa - la posibilidad de que la empresa limitase legalmente los salarios de tramitación, siendo la finalidad del precepto, por una parte, evitar pleitos innecesarios y, por otra, evitar que pueda demandarse a los únicos efectos de aumentar los salarios de tramitación en perjuicio del empresario que ha asumido voluntariamente los costes legales del despido. Así, en su momento este artículo se redactó de la siguiente manera:

«En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, la cantidad a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la de la conciliación previa, si en dicho acto el empresario reconociera el carácter improcedente del despido y ofreciese la indemnización prevista en el apartado a) del número anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la celebración»

Pero lo que fue ideado por el legislador en el año 2002 con la publicación de la Ley 45/2002 como un mecanismo para reducir la conflictividad judicial, a fin de evitar procesos por despido en los cuales existen altas probabilidades de que coincida el fallo de la sentencia con la oferta realizada por la empresa, con el devenir del tiempo se ha ido transformando en una suerte de «despido libre pagado», según LAHERA

43 MATORRAS DIAZ-CANEJA, ANA: «El Despido Disciplinario: Forma, Lugar, Tiempo, Calificación y Efectos», Editorial Aranzadi, 2009, pág. 108 a 110. Entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos, de fecha 20-05-1993: «Ciertamente la empresa demandada ofreció en acto de conciliación al trabajador la indemnización de 640.268 ptas., y los salarios de tramitación hasta el día en que se celebró dicho acto (12-2-1993), es decir, le ofreció aquello a lo que tenía derecho como consecuencia de un despido calificado como improcedente, y la circunstancia de que en el acto de conciliación el trabajador no se aviniera a tal ofrecimiento y presentara demanda cuya reclamación principal lo era por Despido Nulo y subsidiariamente improcedente, el reclamar más de a lo que se tenía derecho no puede llevar a conceder en la sentencia más de lo que le había correspondido en el momento en que la empresa le efectuó un ofrecimiento ajustado a derecho»

FORTEZA, con tres rasgos o características⁴⁴: despido descausalizado, despido desjudicializado y despido con coste económico cierto.

Por otro lado, el despido exprés ha suscitado grandes críticas de algunos autores – concretamente, Baylos Grau y Pérez Rey conceptúan el poder empresarial de dar por finalizado el contrato sin causa justificada como «El despido o la violencia del poder privado»-, pues consideran que el poder de resolver la relación laboral por parte del empresario reconociendo la improcedencia del despido no sólo permite al empresario transgredir la ley (despedir sin causa justa), sino que además ésta le permite decidir si abona la indemnización de antemano ya tasada en el momento de despido; es decir, premia al infractor con el ahorro de los salarios de tramitación.

6.1 ¿Por qué acuden las empresas a esta vía de extinción de la relación laboral?

Según Malo y Toharia⁴⁵, la Ley 45/2002 ha supuesto una reducción de los costes de despido de los trabajadores indefinidos por medio de tres vías: la supresión de los salarios de tramitación, la eliminación de la negociación, y la menor certidumbre sobre la cuantía de las indemnizaciones, en los casos que se ciñan a esta modalidad de despido. Estamos ante un precepto, según GARATE CASTRO, que tiende a facilitar el despido mediante el abaratamiento de sus costes económicos, por lo que puede afirmarse que responde a un proceso de flexibilización. Este abaratamiento de los costes favorece directamente al empresario e indirectamente al Estado, cuando medie impugnación judicial del despido y proceda la aplicación del precepto, pues no habrá entonces salarios de tramitación de los que deba responder en caso de sentencia que declare tardíamente la improcedencia del despido⁴⁶, pero por restringir derechos de los trabajadores dicho precepto debe ser interpretado restrictivamente.

En el actual contexto de crisis económica que estamos sufriendo desde hace unos años, es éste el camino más fácil y rápido que puede tomar una empresa, pero no el menos gravoso, para reducir su plantilla, aunque no hay que olvidar que antes de tomar la decisión de despedir al personal con contratos indefinidos, primero irá

44 LAHERA FORTEZA, JESUS, «Despido libre pagado e igualdad de trato», Aranzadi Social, Revista Doctrinal, abril de 2011: «*el despido libre pagado, en la común terminología mediática denominado “despido exprés”, es, en fin, un instrumento de gestión empresarial con un coste económico tasado y cierto que, ..., sólo parece encontrar límites en el respeto a los derechos fundamentales del trabajador y, por tanto, en los supuestos legales tasados y cerrados de despido nulo en los art. 53.4 y 55.5 ET y 108.2 y 122.2 LPL*»

45 MALO, M. A. y TOHARIA, L. (2008): “La reforma de los despidos de 2002”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, número 76, páginas 111-128.

46 GARATE CASTRO, JAVIER, «A reforma do réxime xurídico do despedimento pola Lei 45/2002. En particular, sobre a regulación dos salarios de tramitación», Revista Galega de Administración Pública, núm. 33, (enero-abril de 2003), pág. 41.

dejando que finalicen los contratos de duración determinada, ya que éstos suponen un menor coste a la hora de su liquidación⁴⁷. El empresario, a la hora de despedir, no tiene intención de desposeer al trabajador de sus derechos ni lesionar sus intereses – al menos no en su mayoría-, sino que simplemente está actuando guiado por criterios puramente económicos y persiguiendo con su actuación obtener el máximo beneficio en su organización. Lo más adecuado sería que el empleador, si existen realmente causas económicas, técnicas o de producción, acudiese a la vía del despido objetivo o a un expediente de regulación de empleo para llevar a cabo reducciones en su plantilla –con una indemnización considerablemente inferior a la del despido improcedente-, en vez de proceder a una ruptura de la relación laboral que se convierte en ilícita al no existir causa que justifique tal decisión extintiva y, por ende, sujeta a una mayor indemnización.

Ahora bien, antes de realizar cualquier otra consideración, hay que tener en cuenta que el fin principal de una empresa es obtener beneficios, y que únicamente contratará trabajadores si no puede funcionar sin ellos y, siguiendo con este razonamiento, mantendrá a los trabajadores en plantilla si con la prestación de sus servicios obtiene una rentabilidad. Por lo tanto, tomará la decisión de despedir si ello le resulta menos perjudicial que no hacerlo. Ésa es la única manera de entender que, partiendo de la base de que no es lógico que una empresa pague más por lo que puede obtener por menos, al final acabe acudiendo al despido exprés por la vía del art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores. Probablemente, lo que empuja a la empresa actuar de esta manera sea que considere que acudir a la vía de la extinción por causas objetivas será una pérdida de tiempo y además, al final, implicará un mayor coste, pues la mayoría de los empresarios están convencidos de que los jueces son muy exigentes a la hora de valorar las pruebas aportadas por las empresas para demostrar que sí existen causas más que suficientes para un despido por causas objetivas, por lo que este tipo de despidos seguramente serán calificados como improcedentes, o incluso nulos en

⁴⁷ Informe anual del Banco de España correspondiente al año 2009, pág. 59: «En lo que se refiere a la legislación laboral, dos aspectos resultan especialmente contraproducentes. En primer lugar, la alta incidencia de la contratación temporal y su papel preponderante en los ajustes del empleo no solo afectan negativamente a los incentivos a la inversión en capital humano por empresarios y trabajadores, sino que hacen menos atractivas formas de organización del trabajo más adaptadas a las nuevas tecnologías. Así, por una parte, las empresas recurren a la rotación continua de trabajadores en lugar de explotar las ganancias de productividad derivadas de la experiencia que dan los períodos de empleo más largos y, por otra, ante la necesidad de reducir el empleo, los puestos de trabajo que se destruyen en primer lugar son los ocupados por trabajadores temporales, cuyo despido tiene un menor coste, en lugar de otros puestos de trabajo de menor productividad, ocupados por trabajadores con contrato indefinido, cuya rescisión es más costosa».

los supuestos de incumplimientos de los requisitos formales⁴⁸, con las consecuencias económicas adversas que ello conlleva: readmisión en el puesto de trabajo con abono de los salarios de tramitación y su correspondiente cotización a la Seguridad Social, readmisión que se puede demorar varios meses desde el momento del despido hasta la notificación de la sentencia. Consideran, por otro lado, que si acuden a un expediente de regulación de empleo existirá un control administrativo que de la otra manera se pueden evitar. Al final, el empresario llega a la conclusión de que es preferible reconocer como improcedente el despido, pagar y evitar el llamado «coste de la incertidumbre» o, dicho de otra manera, «vale más pájaro en mano que ciento volando», sobre todo si tenemos en cuenta que la mayoría de las resoluciones judiciales son favorables al trabajador, tal como se puede ver a continuación, según los datos publicados por el Ministerio de Trabajo.

ASUNTOS JUDICIALES SOCIALES

AJS-2. Asuntos resueltos en despidos y trabajadores afectados, según clase de resolución

AÑOS	TOTAL		Con sentencia favorable al trabajador		Con sentencia favorable en parte al trabajador		Con sentencia desfavorable al trabajador		Conciliación		Desistimiento		Otras causas	
	Asuntos	Trabajad.	Asuntos	Trabajad.	Asuntos	Trabajad.	Asuntos	Trabajad.	Asuntos	Trabajad.	Asuntos	Trabajad.	Asuntos	Trabajad.
2000.....	45.233	..	14.088	..	1.688	..	6.260	..	11.622	..	8.350	..	3.225	..
2001.....	53.037	..	15.430	..	1.767	..	6.693	..	13.341	..	11.677	..	4.129	..
2002.....	61.071	..	18.055	..	2.144	..	6.921	..	16.784	..	11.915	..	5.252	..
2003.....	64.264	..	18.566	..	2.464	..	6.896	..	17.110	..	11.416	..	7.812	..
2004.....	62.620	..	19.495	..	2.545	..	8.014	..	14.982	..	11.970	..	5.614	..
2005.....	62.817	..	19.577	..	2.606	..	8.512	..	15.034	..	13.058	..	4.030	..
2006.....	64.422	..	19.674	..	2.604	..	8.871	..	15.744	..	13.246	..	4.283	..
2007.....	63.843	..	19.238	..	2.503	..	8.629	..	15.830	..	13.347	..	4.296	..
2008.....	85.234	..	28.980	..	3.625	..	9.963	..	19.503	..	16.620	..	6.543	..
2009.....	125.202	..	45.402	..	4.956	..	13.419	..	28.606	..	23.491	..	9.328	..
2010.....	105.299	118.947	36.369	45.305	4.227	5.710	12.878	15.284	26.252	26.441	20.400	20.364	5.173	5.843
2011:														
TRI-1º...	25.778	32.809	7.775	10.987	1.107	1.589	3.322	3.967	6.779	8.066	5.320	6.209	1.475	1.991
TRI-2º...	25.441	32.008	7.716	10.896	1.037	1.481	3.121	3.850	7.127	8.142	4.949	5.787	1.491	1.852

Fuente: Ministerio de Trabajo e Inmigración. Boletín de Estadísticas Laborales, actualizado a 13-9-2011

Por otro lado, el trabajador obtiene aceptando este despido una mayor indemnización que si la empresa acudiese a la vía legal que le corresponde si la causa está motivada y es objetiva.

48 A partir de la vigencia de la Ley 35/2010, que modificó el art. 53 del Estatuto de los Trabajadores, el despido por causas objetivas ya no es nulo sino improcedente: «cuando no se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva o cuando no se hubieren cumplido los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo».

Pero además, para entender el por qué de la aceptación masiva por parte del empresariado de este tipo de despido, no podemos olvidar que el despido colectivo, al estar obligado el empresario por el 51 ET a seguir un proceso de negociación, supone que, aún cuando lo habitual es alcanzar un acuerdo con los representantes de los trabajadores ello se hace a expensas de incrementar considerablemente las indemnizaciones legalmente previstas, llegando incluso en algunos casos a superar con creces no sólo la de 20 días de salario por año trabajado con un máximo de una anualidad del salario, sino también los 45 días por año de servicio correspondientes a un despido reconocido como improcedente. Ése, pues, es al final el verdadero motivo de las empresas: evitar el control judicial y administrativo y la negociación con los representantes de los trabajadores. Es algo seguro para los empresarios, que prefieren hacer uso de este mecanismo antes que arriesgarse a un proceso judicial que se puede alargar en el tiempo.

Pero estaríamos faltando a la verdad si dijéramos que los empresarios utilizan el mecanismo permitido por el artículo 56.2 ET únicamente cuando necesitan reducir su plantilla debido a causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, pues también es cierto que este mecanismo se utiliza en numerosas ocasiones cuando la empresa considera honestamente que le asisten razones suficientes para proceder a la extinción de la relación laboral de un trabajador mediante un despido disciplinario, pero al mismo tiempo es consciente de que carece de pruebas suficiente para que el mismo prospere o, aún poseyéndolas, no podrán ser tenidas en cuenta porque se han obtenido de una manera inapropiada:

1.- Pensemos, por ejemplo, en el siguiente caso: empresa que experimenta una serie problemas en su red informática, sobre todo una considerable ralentización que demora todos sus procesos productivos, por lo que ante tal situación decide contratar los servicios de un técnico para solucionar el problema. El experto, después de analizar todos los ordenadores informa a la empresa de que en uno de los equipos se han encontrado una serie de virus motivados por las visitas a todo tipo de páginas que nada tienen que ver con la actividad de la empresa, y descargas de fotos y vídeos pornográficos, los cuales se encuentra almacenados en una carpeta de dicho equipo, utilizado siempre por la misma persona, siendo necesaria una clave para el acceso a ese equipo y que sólo esa persona conoce.

La empresa, ante la gravedad de la situación, toma la decisión de despedir inmediatamente al trabajador, pero resulta que no va a poder materializar esa decisión como en un primer momento había previsto porque, en primer lugar, jamás ha

avisado fehacientemente a los trabajadores de que no permitiría esa conducta (sencillamente porque considera que es algo tan obvio que ni tan siquiera se le ha ocurrido) ni ha establecido unas normas claras respecto al uso o no uso de los ordenadores y demás herramientas de la empresa para fines particulares, ni ha advertido de que el uso del ordenador puede ser objeto de vigilancia y control en los términos del artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores⁴⁹, pues el hecho de que en el equipo de trabajo puedan guardarse datos de tipo personal junto con otros derivados de la actividad profesional hace que deban tomarse todas las precauciones necesarias para respetar el derecho a la intimidad de los trabajadores. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 26 de septiembre de 2007 (rec. 966/2006), refiriéndose a la compatibilidad del control empresarial con el derecho del trabajador a su intimidad personal establece lo siguiente⁵⁰:

49 Art. 20.3 ET: «El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso».

50 Véase también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, de fecha 16-09-2009 (red. 2968/2009), que siguiendo este criterio declara la improcedencia del despido: «Del relato fáctico se constata que fuera del horario laboral, el Presidente de la Comunidad de Propietarios al precisar revisar determinada documentación de contratos de la comunidad, que se guardaba en el despacho del actor, que se encontraba siempre abierto, abrió un cajón archivador encontrándose en uno de los archivos páginas web sobre precios y servicios de prostitutas. Al día siguiente, el Presidente se persona en el despacho del actor y en compañía del tesorero y del Abogado de la empresa le piden la clave de su ordenador para poder acceder al mismo, encontrándose mails con citas de contenido sexual, cartas personales, resguardos de compra de productos farmacéuticos e información sobre la Junta Gestora a otros comuneros, sobre los gastos que debían cargarse a la comunidad sobre su teléfono particular y ADSL de su casa.

La doctrina jurisprudencial expuesta es plenamente aplicable al caso, al no constar, en el relato fáctico, que existiese en la empresa un protocolo sobre el uso del ordenador, del correo electrónico y de los mecanismos de control arbitrados para verificar la corrección de dicho uso y el hecho que el día anterior a la revisión del ordenador se hubiese encontrado algún documento del actor que pudiera resultar comprometido, ello no supone la necesidad ni la urgencia en la intervención del ordenador del demandante ni de sus comunicaciones electrónicas, accediéndose a archivos temporales que supone una vulneración del derecho a la intimidad, que invalida la prueba obtenida. El mero hecho de utilización del ordenador para fines particulares cuando no había prohibición expresa de hacerlo y teniendo en cuenta que se trataba de actuaciones particulares llevadas a cabo por el actor y que afectan a su esfera íntima, no puede justificar la máxima sanción. En cuanto al resto de los pretendidos incumplimientos no tienen la trascendencia que ha dado la empresa. Por un lado, los gastos de teléfono y conexión a Internet están justificados por la quietud del anterior Presidente de la Comunidad demandada y la nueva Dirección tenía que haberle comunicado que no se admitían esas prácticas».

En el mismo sentido la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de de fecha 08-03-2011 (rec. 1826/2010), en relación con el uso indebido por parte del trabajador del ordenador facilitado por la empresa, al control por ésta de dicho uso, a la compatibilidad del control empresarial con el derecho del trabajador a su intimidad personal (artículo 18.1 de nuestra Constitución), y en su caso a la nulidad de la prueba obtenida con violación de dicho derecho: «En efecto, como ya se ha señalado, la prueba ha sido obtenida por la empresa a partir de una auditoría interna en las redes de información con el objetivo de revisar la seguridad del sistema y detectar posibles anomalías en la utilización de los medios informáticos puestos a disposición de los empleados. No consta que, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, la empresa hubiera establecido previamente algún tipo de reglas para el uso de dichos medios -con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales- ni tampoco que se hubiera informado a los trabajadores de que se iba a proceder al control y de los medios a aplicar en orden a comprobar su correcto uso, así como las medidas a adoptar para garantizar la efectiva laboral del medio informático cuando fuere preciso.....!, en el presente caso la auditoría se ha dirigido a averiguar la utilización por parte de todos los empleados de la empresa de los ordenadores de la misma, a través de una terminal conectada a un servidor. Pero en cualquier caso, lo cierto es, que en el historial de acceso a Internet del ordenador utilizado por los Jefes de Turno de Mantenimiento -entre ellos el trabajador demandante- constan todas y cada una de las concretas "visitas" efectuadas a Internet, tal como se indica en la propia carta de despido. Es decir, no se hace referencia genéricamente a tiempos y páginas visitadas por el

a) El ejercicio de las facultades de vigilancia y control debe guardar la consideración debida a la dignidad del trabajador, teniendo en cuenta que existe un hábito social generalizado de tolerancia con el uso moderado de los medios informáticos de la empresa, la cual crea una expectativa de confidencialidad en ese uso, aunque ello tampoco puede convertirse en un impedimento permanente del control empresarial.

b) La empresa debe establecer previamente unas reglas claras del uso de los medios informáticos y demás herramientas, e informar a los trabajadores de que se llevarán a cabo controles sobre el uso de los mismos. De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizar el control, se ha vulnerado «una expectativa razonable de intimidad».

c) La garantía de la intimidad también se extiende a los archivos personales del trabajador que se encuentran en el ordenador, incluidos los archivos temporales - que son copias que se guardan automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet, aunque se trate más bien de rastros o huellas de la "navegación" en Internet y no de informaciones de carácter personal que se guardan con carácter reservado-. Así lo establece la sentencia de 3-4-2007 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando señala que están incluidos en la protección del art. 8 del Convenio Europeo de derechos humanos «la información derivada del seguimiento del uso personal de Internet» porque esos archivos pueden contener datos sensibles en orden a la intimidad, en la medida que pueden incorporar informaciones reveladores sobre determinados aspectos de la vida privada (ideología, orientación sexual, aficiones personales, etc.).

Es decir, el hecho de que el empresario ponga a disposición del trabajador una cuenta de correo electrónico o un ordenador (conectado o no a internet) no implica sin más que pueda a su arbitrio controlar las comunicaciones y gestiones realizadas a través de dichos instrumentos, ni tampoco, en sentido contrario, que el respeto a los derechos fundamentales del trabajador suponga despojar al empresario de su poder de dirección y control. Se trata de un juego de equilibrios en el que la última palabra la tienen los tribunales, y en la que ha de procurarse huir de posiciones radicales. Podría

trabajador, sino también al dominio y contenido de las mismas : páginas de contenido multimedia (vídeos); Web de piratería informática; Webs de anuncios clasificados para particulares; Web de acceso a televisión por Internet; Acceso a correo personal; Web de consulta para temas relacionados con el sexo femenino; etc.; lo que sin duda supone una vulneración de su derecho a la intimidad conforme y en los términos de la doctrina a que se ha hecho referencia».

decirse, en síntesis, que el empresario tiene derecho a controlar el uso del correo electrónico y del ordenador que hacen sus empleados, pero respetando ciertos límites para salvaguardar en todo caso la intimidad y el secreto de las comunicaciones⁵¹.

Entonces, siendo consciente este empresario de que el despido con toda seguridad no prosperará, prefiere (a pesar de sentirse burlado y decepcionado por el comportamiento desleal del trabajador) reconocer la improcedencia del despido y abonarle la correspondiente indemnización de 45 días de salario por año de servicio, pues ponderando las consecuencias de las posibles decisiones a tomar considera ésta la solución menos mala para sus intereses.

2.- Pero para qué engañarnos, también existe el típico empresario acostumbrado al «orden y mando» y que no admite la más mínima contrariedad en el desarrollo de su actividad, por lo que cuando ve que alguno de sus trabajadores puede llegar a complicarle las relaciones laborales, toma inmediatamente la decisión de extinguir su contrato de trabajo, haciendo uso entonces del mecanismo permitido por del art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, para lo cual en la carta de despido podrá reflejar cualquier tipo de falta, aunque no se ajuste a la realidad, pues como vienen sosteniendo numerosas Sentencias de los Tribunales de Justicia, cualquiera que fuera la expresión de la causa alegada en un despido (siempre que no se trate de un supuesto tasado de nulidad), cuando por el empresario se reconoce la improcedencia del mismo y se cumplen los requisitos legales éste debe ser considerado improcedente. En definitiva, la jurisprudencia ha entendido que las causas de nulidad del despido están taxativamente establecidas en la propia legislación laboral, de forma que no puede acudir a la aplicación subsidiaria de las normas generales del Código Civil para la consideración como nulos los despidos a los que la ley laboral no otorga esta calificación. El despido sin causa -ni objetivo, ni disciplinario, ni inherente a la personalidad del trabajador- es un despido improcedente, como lo es el despido del que no se pruebe suficientemente la causa alegada. En definitiva, como aclara la sentencia del Tribunal Supremo de 29-02-2001, cuando no hay causa legal para la extinción del contrato de trabajo y la causa real no se encuentra entre las tipificadas como determinantes de la nulidad del despido la calificación aplicable es la de «improcedencia del despido, y no la de nulidad del mismo», por lo cual, en los casos en que no exista causa real para despedir, también podrá hacerlo la empresa

51 ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO, CAROLINA SAN MARTÍN MAZZUCCONI: «Incidencia de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones en el ámbito laboral: una visión panorámica». Agència Catalana de Protecció de Dades (www.apd.cat)12/01/2007

reconociendo la improcedencia del despido, máxime si, como sostienen numerosas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña: *«Es evidente que el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores sigue exigiendo la causalidad del despido disciplinario, pero no es menos evidente que tal requisito está extraordinariamente suavizado en cuanto a sus efectos y en relación con la legislación anterior, consecuencia de los nuevos parámetros intervinientes en las relaciones laborales en su relación con las exigencias de los modelos económicos imperantes, el mercado y la productividad»*.

Pero ya mucho antes, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 28-05-1998 (núm. 2039/1988), en relación con un despido disciplinario reconocido como improcedente por la empresa en el acto de conciliación administrativa previa –según lo permitido en ese momento por el art. 56.2 ET-, declaraba que existen unas causas prohibidas por las que el empresario nunca podrá resolver el vínculo laboral⁵², pero que si tales causas no salen a relucir, el despido sin causa alguna, o el que oculta una causa pero que no está prohibida, tiene virtualidad extintiva, pues *«lo mismo que el empresario no puede retener al trabajador en la empresa ni siquiera el tiempo de preaviso para su dimisión que marque el Convenio Colectivo, el trabajador tampoco puede resistir que el empresario imponga la pérdida de empleo, y otra cosa serán las obligaciones indemnizatorias que tase la Ley como estimación –conforme a política socioeconómica- de lo que cada parte en el contrato pierde, o sistema de cálculo abstracto de los daños y perjuicios por incumplimiento contractual»*. Siguiendo esta misma línea, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala de lo Social, de fecha 29-03-2005, (rec. 1227/2004), explicando que la Ley 45/2002 no significó ningún cambio en lo relativo a la calificación del despido, sino que reguló el mecanismo de paralización de los salarios de tramitación, y después de analizar los artículos 54 a 56 ET y los artículos 101 y siguientes de LPL, llega a la conclusión de que *«aunque suene muy fuerte, nuestro ordenamiento jurídico consagra "de facto" un despido libre indemnizado, de tal forma que si no se vulnera ningún derecho fundamental, el empresario puede*

52 Véase también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, de fecha 09-02-2005 (rec. 1153/2004), que en su Fundamento de Derecho 4º, sin complejo alguno, afirma que *«En España rige, como regla general, el despido libre indemnizado, en virtud del cual el empresario, en principio, puede extinguir una relación laboral de duración indefinida abonando la correspondiente indemnización (salvo los casos de despido nulo, de representante de los trabajadores o delegado sindical). En caso de que se acredite que el trabajador ha cometido un incumplimiento contractual grave y culpable subsumible en el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores y, en su caso, en el correspondiente precepto del convenio colectivo aplicable, la consecuencia es que el empleador puede despedir al trabajador sin abonarle ninguna indemnización extintiva. Por consiguiente, el despido procedente priva al trabajador culpable de la indemnización compensatoria de la extinción de la relación laboral»*.

prescindir de un trabajador cuyos servicios no le interesen a través del abono de la indemnización correspondiente y sin necesidad de motivar el despido»

6.2 ¿Puede acudir siempre el empresario al mecanismo establecido en el art. 56.2 ET para poner fin a las relaciones laborales?

Tal como se dijo en el anterior apartado 5.2 relativo a la calificación del despido (despido nulo), existen una serie de supuestos en los que no es posible el reconocimiento de la improcedencia del despido, a saber:

1.- Los que tengan por móvil real alguna de las causas de discriminación⁵³ («*Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*») o bien se produzcan con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador⁵⁴ (libertad sindical y libertad de expresión, libertad ideológica, religiosa y de culto, derecho al honor, intimidad y propia imagen, libertad de información, tutela judicial efectiva⁵⁵, etc.).

2.- El despido que tenga lugar durante el embarazo de la trabajadora, así como el llevado a cabo durante la suspensión del contrato por motivo de maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia, enfermedad causada por el embarazo, el parto o la lactancia natural, y los producidos durante el reingreso al trabajo siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo. También los despidos de los trabajadores que hayan solicitado los permisos conciliadores de la vida laboral y familiar⁵⁶ contemplados en el art. 37 o la excedencia

53 Art. 14 CE. Se incluyen los despidos realizados como represalia.

54 Arts. 15 a 29 CE.

55 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de fecha 29-07-2011 (rec. 5796/2010), que considera que del análisis de los hechos probados se evidencia que: «*el desmantelamiento del centro donde prestaba servicios la trabajadora (lo que constituye un despido tácito), según todos los indicios y pruebas practicadas, no es más que una represalia frente a la actividad reivindicativa de la trabajadora, que se convierte en una persona incómoda para la demandada, y de la que se prescinde, por lo que, conforme a lo solicitado, debe decretarse la NULIDAD del despido, por vulneración de la garantía de indemnidad consagrada por el artículo 24 de la Constitución Española y, en aplicación del artículo 55 del ET procede la condena a la inmediata readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones vigentes con anterioridad al despido, y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha en que el despido tuvo lugar, a razón de 3.283,00 € mensuales, hasta que la readmisión tenga lugar*», pues se estima que la existencia de un poderoso indicio de esa violación de la garantía de indemnidad es el hecho de que la actora vea desmantelado el centro de trabajo en el que presta sus servicios justo 17 días después de haberse dictado sentencia estimatoria de sus pretensiones en los autos 133/2010 del juzgado de lo social nº 5 de los A Coruña.

56 Quizás habría que buscar una solución distinta para conciliar la vida laboral y familiar, pero no sólo de las mujeres, pues en la práctica siguen siendo las mujeres las únicas que concilian, sino que es necesario un cambio de mentalidad de la sociedad en general, por lo que probablemente la fórmula más adecuada para iniciar ese camino sería cambiar la Ley en el sentido de que fuese obligatorio para los padres hacer uso de los mismos permisos que las madres (al mismo tiempo), y lo mismo podría decirse en los supuestos de

contemplada en el art. 46 ET. Igualmente son nulos los despidos de las víctimas de violencia de género que hayan ejercitado los derechos laborales legalmente reconocidos desde el momento mismo de su solicitud⁵⁷.

En palabras de GARATE CASTRO, puesto que la declaración de procedencia se condiciona, en el Derecho español, al cumplimiento de ciertos requisitos de forma y fondo, la nulidad correspondiente a las situaciones contempladas en el apartado 2 anterior «alcanzaría, incluso, a aquellos supuestos en que la ilicitud del despido derive, no de su causa, que puede ser real y suficiente para justificar la decisión de la empresa, sino de la mera inobservancia de los requisitos formales legal o convencionalmente exigibles. Quedarían igualmente sujetos a dicha nulidad, calificable de “objetiva” los casos en que el empresario, aun habiendo cumplido tales requisitos formales, haya basado su decisión en motivos que, aunque reales y ajenos a todo

cuidado de familiares, en que estos trabajos recaen siempre sobre las mujeres (aun cuando el familiar sea de él, no de ella). De esta manera, muchos empresarios no dirigirían sus miras siempre hacia el mismo destinatario, ya que entonces estarían todos los trabajadores en las mismas condiciones, propiciándose, entonces sí, un reparto más equilibrado de cargas familiares y la compatibilización de la vida laboral con las responsabilidades familiares, sean hombres o mujeres. Y, por supuesto, todo ello con el soporte de la Administración, que debería facilitar ayudas para tal conciliación.

57 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia Cantabria, Sala de lo Social, de fecha 15-03-2002 (rec. 173/2002) , que estimando el recurso presentado por la trabajadora contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de Santander, la revoca declarando la nulidad del despido y condena solidariamente a las empresas Federación Estatal de Comercio, Hostelería y Turismo de Comisiones Obreras, Confederación Sindical de Comisiones Obreras y Unión Regional de Comisiones Obreras a readmitirla inmediatamente en sus funciones de Titulado Superior, nivel A, por haber sido despedida cuando estaba disfrutando de reducción de jornada por cuidado legal de menor: «Es obvio que la norma legal responde a una concepción, acorde con la realidad social de nuestro tiempo, que viene a considerar la protección de la mujer trabajadora y la maternidad, de la paternidad, de la familia y de la natalidad, como derechos merecedores de una protección superior a la que se dispensa a otros derechos y valores constitucionales como es el de libre empresa. En consecuencia, siempre que se produzca un cese estando embarazada la trabajadora o disfrutando de alguno de los permisos del art. 37.4 y 5 del E.T., el despido solo puede ser calificado como procedente, justificado en causas disciplinarias ajenas al embarazo o maternidad, o nulo.

En el supuesto litigioso, no se alega la procedencia, es más, la empleadora reconoció expresamente la improcedencia en el acto del juicio oral; y se da por probado que le constaba al empresario la reducción de jornada por razón de guarda legal, por lo que la calificación solo puede ser la de despido nulo».

Véase también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de fecha 18-05-2011 (rec. 902/2011) que estima el recurso interpuesto por el trabajador en base a: «En efecto, el recurrente fue padre el día 4 de junio de 2010, iniciando permiso de paternidad con efectos de 7 de junio de 2010, siendo despedido con fecha de efectos 15 de septiembre de 2010; decisión extintiva ésta que fue calificada como despido improcedente, al tratarse de un contrato temporal en fraude de ley, y que, como se ve, tuvo lugar dentro del período de nueve meses a contar desde la fecha de nacimiento de su hijo. De este modo, resulta palmaria la aplicación a este caso de lo prevenido en el artículo 55.5 c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el 108.2 c) de la Ley Procesal Laboral. Lo único que requiere el art. 55.5 c) ET es que se haya hecho uso del permiso de paternidad y que, una vez realizada la reincorporación al trabajo, tenga lugar el despido dentro del período de nueve meses desde el nacimiento del hijo que lo motivó, que fue justamente lo que aconteció en el caso aquí enjuiciado.

Es más, si atendemos al último párrafo de ese art. 55.5 ET, éste se preocupa por matizar lo obvio: "Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en ambos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados"; es decir, que en supuestos como el que aquí nos ocupa, el despido del trabajador que se reincorpora al trabajo tras haber disfrutado del permiso por paternidad sólo podrá ser declarado procedente o nulo, o dicho de otro modo, con la redacción actual del artículo 55.5 del ET, se da a entender que, en todo caso el despido del trabajador que acaba de tener un hijo y ha disfrutado del permiso de paternidad que no se llegue a declarar procedente, debe ser calificado de nulo, pues eso es precisamente lo que se desprende del precepto mencionado».

propósito discriminatorio, contrario a derechos fundamentales o relacionado con el embarazo o el ejercicio de los derechos antes reseñados, se consideran, simplemente, insuficientes, por su entidad, para servir de fundamento al despido»⁵⁸.

Ésa es la razón por la que la empresa no puede reconocer la improcedencia del despido, porque cuando se lleva a cabo en el supuesto anterior o es directamente procedente o es directamente nulo y, en consecuencia, no es posible aplicar el mecanismo contemplado en el art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, pues el reconocimiento de la improcedencia está única y exclusivamente previsto para los supuestos en que corresponda al empresario la opción por la indemnización o por la readmisión:

«En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste».

Con lo cual, al ser merecedor de la calificación de nulo el despido perpetrado en estas circunstancias, le está totalmente vedada al empresario tal opción, pues como establece el art. 55.6 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 113 LJS, la consecuencia directa es la inmediata readmisión del trabajador en su habitual puesto de trabajo con el abono de los salarios dejados de percibir, por lo que no será válido el reconocimiento de la improcedencia del despido que eventualmente pudiera hacer la empresa, siendo su consecuencia que no se podrán paralizar los salarios de tramitación⁵⁹.

58 GARATE CASTRO, JAVIER, «Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo», 4ª Edición, Ed. Netbiblo, pág. 187 a 190.

59 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social de fecha 10-11-2009 (rec. 433/208) que desestima el recurso interpuesto por la empresa que haciendo uso del mecanismo establecido en el art. 56.2 reconoció la improcedencia del despido de una trabajadora embarazada: « a) el contrato de trabajo se extinguió por despido efectuado por la empresa, y no por acuerdo alguno entre el trabajador y la empresa. Así resulta de la carta de despido y del reconocimiento de improcedencia del mismo que efectuó la empresa... la nulidad («será también nulo» dice la Ley) del despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo. Y lo hace sin contemplar requisito específico alguno ni de comunicación previa del embarazo al empresario (a diferencia de lo que contempla la Directiva comunitaria), ni de conocimiento previo por parte de éste, por cualquier otra vía, del hecho del embarazo. Tanto el sentido propio de las palabras, al enunciar un nuevo supuesto de nulidad adicional al previsto en el párrafo primero, al no contemplar otra excepción o condición a la declaración de nulidad que la procedencia del despido (ni siquiera la acreditación de una causa real, suficiente y seria, no discriminatoria, aún improcedente) y al delimitar el ámbito temporal de la garantía

Sin embargo, la empresa sí puede reconocer como improcedente el despido practicado cuando el trabajador se encuentra de baja por enfermedad, por cuanto que partiendo de que el derecho fundamental a no ser discriminado tiene que guardar necesariamente relación con criterios históricos de opresión o segregación, nos encontramos con que la situación transitoria de enfermedad "en sentido genérico", desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no puede ser considerada en principio como un motivo o factor discriminatorio en el ámbito del contrato de trabajo, pues se trata de un contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores, por lo que si el empresario decide despedir al trabajador afectado, naturalmente podrá incurrir en conducta ilícita si no demuestra la concurrencia de la causa del despido, pero no en una actuación viciada de nulidad por discriminación.

Pero, además, como sostiene el Tribunal Supremo⁶⁰, el derecho a la protección de la salud tampoco está comprendido en la categoría de los derechos fundamentales y libertades públicas recogido en nuestra Constitución, ni el concepto de enfermedad es equiparable al de la discapacidad, por lo que tampoco está incluida en los motivos de prohibición de la discriminación establecidos por la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

3.- Tampoco se puede aplicar el mecanismo contenido en el art. 56.2 ET cuando el derecho de opción entre la readmisión y la indemnización corresponde al trabajador: representantes de los trabajadores, delegado sindical, delegado de prevención, así

por referencia a «la fecha de inicio del embarazo» (ni siquiera a la fecha en que el embarazo sea conocido por la propia trabajadora, menos aún por el empresario),) Por esta razón no podía la empresa reconocer la improcedencia del despido y limitar así los salarios de tramitación, conforme a lo dispuesto por el art. 56 ET, dado que conforme al apartado 2 de dicho artículo, tal facultad del empresario existe solo cuando le correspondiera la facultad de opción entre la readmisión y la indemnización, lo que obviamente no ocurre en el caso del despido radicalmente nulo, en el que la única consecuencia es la de la readmisión con abono de los salarios de tramitación, sin opción alguna. d) Consecuencia de esta falta de posibilidad legal de reconocer la improcedencia del despido en el caso de que proceda su nulidad radical, es que no procede ulteriormente una transacción sobre este reconocimiento de improcedencia. Como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo la validez del finiquito, en tanto documento que incorpora una transacción, exige el cumplimiento de todos los requisitos de validez de los contratos, entre los que consta no solo el consentimiento, sino también su objeto y su causa, conforme a las normas civiles (SSTS 30 de septiembre de 1992; 24 de junio de 1998 y 28 de febrero de 2000)».

60 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 18-12-2007, (rec. 4194/2006) y también Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 11-12-2007, (rec. 4355/2006). La Sentencia del Tribunal Supremo, de la misma Sala 4ª de lo Social, de fecha 27-01-2009, (rec. 602/2008) matiza que «...las razones que justifican la tutela legal antidiscriminatoria de los discapacitados en el ámbito de las relaciones de trabajo no concurren en las personas afectadas por enfermedades o dolencias simples. Estos enfermos necesitan curarse lo mejor y a la mayor brevedad posible. Los discapacitados o aquejados de una minusvalía permanente, que constituyen por ello un grupo o colectivo de personas de composición estable, tienen en cambio, como miembros de tal grupo o colectividad, unos objetivos y unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades».

como trabajadores que por Convenio Colectivo o pacto individual tengan reconocido el derecho de opción en caso de despido improcedente⁶¹.

En todos los demás casos, la empresa puede acudir a esta vía para extinguir las relaciones laborales, teniendo en cuenta que la calificación del despido improcedente no es exclusiva del despido disciplinario, sino que el mecanismo del art. 56.2 se aplica a todas las extinciones unilaterales extintivas susceptibles de ser valoradas como despidos improcedentes, con independencia de la forma, del contenido de la carta, de las razones alegadas, de la inexistencia de causa que las justifique, etc..

7.- LOS SALARIOS DE TRAMITACION: SU POSIBLE PARALIZACION

Los doble finalidad que persigue el actual art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores al permitir el reconocimiento de la improcedencia del despido por parte del empresario desde el mismo momento que existe una decisión de extinguir la relación laboral, que con las debidas garantías de efectividad proporcione una plena satisfacción de la pretensión del trabajador sobre la improcedencia del despido, y que por tanto va a dejar sin objeto la continuación del pleito cuando lo que pretenda el trabajador sea precisamente la declaración de su improcedencia, es la siguiente⁶²:

- por un lado evitar un proceso judicial,
- y por otro los costes derivados de dicho proceso (tanto a la empresa como al Estado, que en última instancia deberá hacerse cargo de los salarios de tramitación que se devenguen si la sentencia en que por primera vez se declare la improcedencia fuese dictada transcurridos más de sesenta días hábiles desde la presentación de la demanda).

61 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de fecha de 22-09-2005 (rec. 2574/2005): «En cuanto a dicho tema debatido, la doctrina de esta Sala sobre los pactos acordados en Convenio, en virtud de los cuales, se da opción de readmisión en todo caso al trabajador y se conceden indemnizaciones superiores a las previstas en el ET o en la LPL, es aceptar su validez por cuanto lo dispuesto a este respecto en la normativa estatal es de derecho necesario relativo y en consecuencia mejorable en pactos individuales o colectivos (STS 11 Mar. 1997 (rec. 3967/1996), citada de contraste, y otras, como la de 11 May. 1999 (rec. 2279/1998), 25 May. 1999 (rec. 4086/1998) y 21 Sep. 1999 (rec. 8213/1999)»

62 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de fecha 18-12-2009, (rec. 71/2009): «...la nueva norma contiene dos previsiones fundamentales que conviene diferenciar, aunque están relacionadas:

1ª) La primera consiste en que se permite anticipar la transacción sobre el despido antes del acto formal de conciliación, a través de la iniciativa empresarial de ofrecer al trabajador el reconocimiento de la improcedencia y el abono de la indemnización correspondiente debidamente garantizada. Que se trata de abrir la posibilidad de una transacción es indudable, pues el precepto legal se refiere al ofrecimiento empresarial y a su aceptación por parte del trabajador, aparte de insistir en que tal ofrecimiento ha de ponerse "en conocimiento" del trabajador.

2ª) Por otra parte, y para evitar que mediante acciones estratégicas pueda provocarse una continuación artificial del proceso con la única finalidad de prolongar el devengo de los salarios de tramitación, se prevé la posibilidad de paralizar ese devengo, aunque no exista transacción; posibilidad que ya contemplaba la redacción del precepto por la Ley 11/1994, pero que la reforma de 2002 adelanta y extiende a todo el periodo comprendido entre el despido y la conciliación».

El legislador, con una incuestionable generosidad, ha puesto en manos de la empresa el mecanismo del art. 56.2 ET para prescindir de los servicios de sus trabajadores de una forma rápida y barata, con independencia de la causa, siempre y cuando no esté contemplada como constitutiva de un despido nulo en el art. 55 del mismo texto legal. Es lógico por ello que la empresa, en justa correspondencia, cuando pretenda hacer uso de esta facilidad respete escrupulosamente los requisitos exigidos.

Es curioso que el legislador haya ideado el mecanismo del art. 56.2 ET para evitar procesos de despido y que precisamente gran parte de los pleitos sobre extinciones de contratos estén relacionados con el cumplimiento e interpretación de los requisitos que ha de cumplir la empresa a la hora de despedir para poder evitar los salarios de tramitación. Así, resulta que contrariamente a lo pretendido por dicho artículo con la modificación llevada a cabo por la Ley 45/2002, no se ha reducido la conflictividad judicial en los despidos, y ello es debido fundamentalmente a la dificultad en la interpretación de tan escueto precepto, pues al ser tan escasa su redacción ha tenido que ser la interpretación y aplicación del Derecho llevada a cabo por los Tribunales de Justicia, que por cierto, en muchas ocasiones han mantenido criterios cuando menos contradictorios, la que ha determinado el alcance de los requisitos contenidos en el art. 56.2 ET. Es decir, la última palabra sobre la forma en que se han de cumplir los requisitos para que no se devenguen salarios de tramitación la tienen los Tribunales⁶³.

7.1 Paralización de los salarios de tramitación: reconocimiento de una decisión ilícita

Tres son los requisitos que debe cumplir la empresa, según el art. 56.2 ET, para que se paralicen los salarios de tramitación:

- El reconocimiento de la improcedencia de la decisión extintiva.
- El ofrecimiento al trabajador de la indemnización legalmente prevista, poniéndola a su disposición, o consignando su importe en el Juzgado de lo Social.
- La comunicación al trabajador de los anteriores extremos.

El incumplimiento de cualquiera de esos requisitos –reconocimiento, depósito, comunicación- conlleva que no se produzca la exoneración de la obligación de pago de los salarios de trámite, o la limitación del período de devengo.

⁶³ ESTEVE SEGARRA, AMPARO: «El despido exprés: la limitación de los salarios de tramitación», Ed. Tirant lo blanch, 2011, pág. 22 y 23.

Una vez tomada la decisión de despedir al trabajador, el primer paso que debe realizar la empresa es reconocer que dicho despido es improcedente –y esta es una declaración unilateral del empresario que no necesita del concurso del trabajador-, para lo cual lo más habitual es que lo haga constar expresamente en la propia carta de despido después de reflejar las faltas que el trabajador haya podido cometer, y se basará en la imposibilidad de demostrar las mismas o también en que no está interesada en entablar pleito alguno. También tiene validez si la empresa ofrece y abona al día siguiente del despido la cantidad debida en concepto de indemnización a razón de 45 días de salario por año de servicio⁶⁴, pues el hecho de que abone directamente al trabajador la indemnización en vez de realizar el depósito en el Juzgado no contraviene el espíritu del art. 56.2 ET, antes al contrario, lo que está haciendo es facilitar que el trabajador reciba de inmediato la cantidad que legalmente le corresponde como consecuencia de un acto ilícito llevado a cabo por la empresa, cual es un despido sin justa causa.

El Estatuto de los Trabajadores no exige una forma concreta para realizar tal reconocimiento, y como señala el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 30-05-2006 (rec. 62880/2006) y más tarde en la de fecha 18-09-2007 (rec. 994/2006), aún siendo la comunicación al trabajador requisito imprescindible para que se paralice el cómputo de los salarios de tramitación, al mismo tiempo recuerda que hay que tener en cuenta que si la Ley no especifica la forma en que tal comunicación debe efectuarse, el reconocimiento de la improcedencia del despido tanto puede ser expreso como tácito.

En el caso de que el reconocimiento del despido sea tácito, debe ser llevado a cabo mediante actos que no admitan duda razonable respecto a la voluntad de la empresa de admitir su improcedencia. Así, por ejemplo si la empresa realiza directamente el depósito de la indemnización en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador, la conclusión a la que llegan las sentencias mencionadas anteriormente es que una

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de fecha 14-09-2004 (rec. 1118/2004): «Se argumenta en la sentencia para negar el beneficio pretendido por la empresa, que no hubo un reconocimiento de la improcedencia del despido. Sin embargo la Sala no comparte esta conclusión, pues constando en las actuaciones que la empresa ofreció y abonó al día siguiente del despido la cantidad debida en concepto de indemnización a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, cabe entender que tal ofrecimiento y pago constituye en sí mismo un reconocimiento implícito de la improcedencia del despido. Efectivamente, se da cuenta en la sentencia que la cantidad de 823'58 euros "equivale, dada la antigüedad de la actora, a 45 días de salario por año de servicio", y consta igualmente, que la misma fue ofrecida como "indemnización". Siendo ello así, y habiendo abonado la empresa lo adeudado en concepto de despido improcedente, se debe concluir que ese acto supuso en sí mismo el reconocimiento de la improcedencia del despido producido, pues no cabe duda que el abono incondicionado de lo debido, implica el previo reconocimiento de la deuda. Por lo demás, se debe recordar que en ningún lugar del precepto controvertido se condiciona la validez del reconocimiento de la improcedencia del despido al cumplimiento de determinadas exigencias formales, por lo que es perfectamente posible un reconocimiento tácito de aquella improcedencia».

vez realizado dicho depósito por la empresa, aunque no formule ésta la comunicación al trabajador, sino que es el propio Juzgado el que comunica el depósito realizado por la «empresa consignante», dicha comunicación tiene plena eficacia limitadora de los salarios de trámite, siempre y cuando cubra la totalidad de las obligaciones empresariales derivadas de la improcedencia del despido; es decir, de la propia consignación de la indemnización a disposición del trabajador se deduce el reconocimiento tácito, sin que sea exigible un expreso y formal reconocimiento de la improcedencia ante el despido⁶⁵.

No obstante, el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 27-10-2009 (rec. 3672/2008) matizó la doctrina contenida en la mencionada sentencia de fecha 30-05-2006 (rec. 62880/2006), señalando que no basta con realizar la consignación de la cantidad para paralizar el curso de los salarios de tramitación, sino que también es obligatoria la formulación de la oferta al trabajador, y para ello habrá que distinguir dos supuestos:

1º) Cuando el ofrecimiento se produzca en el momento inicial -es decir, antes de que transcurran 48 horas del despido- será posible que la paralización de los salarios se produzca desde la fecha del despido, aunque la consignación de la indemnización sea posterior al ofrecimiento, pero siempre que esa consignación sea anterior a las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, y siempre que el ofrecimiento se hubiese producido en el mismo plazo.

2º) Si el ofrecimiento y la consignación se producen con posterioridad, aunque siempre antes de la conciliación, la paralización se producirá, pero sólo desde el momento en que se cumplan las dos exigencias -comunicación al trabajador del ofrecimiento y consignación-, bien entendido que en este supuesto la consignación deberá cubrir la totalidad de las obligaciones empresariales derivadas de la improcedencia del despido.

Y así debe ser si entendemos que el objetivo perseguido por el legislador cuando ideó el mecanismo establecido en el art. 56.2 ET fue no sólo abaratar el despido, sino fundamentalmente evitar procesos innecesarios cuando existe una voluntad del

⁶⁵ Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 18-09-2007 (rec. 994/2006): «estamos ante un reconocimiento tácito de la improcedencia del despido por parte de la empleadora, que simultáneamente a la entrega a la trabajadora de la carta de despido, procedió a entregarle otro documento en el que hacía constar que las cantidades correspondientes a indemnización y liquidación habían sido depositadas en el Juzgado correspondiente para su entrega, habiendo procedido ese mismo día la empresa a presentar escrito ante el Juzgado Decano, reconociendo la improcedencia del despido y acreditando la consignación a favor de la trabajadora de la cantidad correspondiente a la indemnización por despido improcedente, más otra cantidad correspondiente a nómina y finiquito».

empresario de dar cumplimiento inmediato a las obligaciones que se derivan de haber despedido a un trabajador de manera injusta, y evidentemente no se cumpliría con ese objetivo si el trabajador no tiene modo de saber la decisión del empresario y emprende, como consecuencia de tal desconocimiento, un proceso de despido que podría haberse evitado con la comunicación del reconocimiento de su improcedencia y la oferta de la indemnización legal correspondiente.

En conclusión, sólo si el trabajador conoce los términos de la oferta empresarial podrá pronunciarse sobre ella, para lo cual, y a efectos de paralizar o eliminar los salarios de tramitación, la empresa debe poner en conocimiento del trabajador el reconocimiento de la improcedencia y el ofrecimiento de la cantidad que legalmente le corresponde que, caso de no ser aceptada por éste, será depositada a su disposición en el Juzgado de lo Social. Y en este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 5ª, de fecha 15-07-2010 (rec.1453/2010): *«Pero además, para que la consignación de la indemnización libere a la empresa, debe ser previamente anunciada al trabajador interesado en el cumplimiento de la obligación empresarial siendo ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones del Código Civil que regulan el pago (artículo 1177)»*⁶⁶. También llega a la misma conclusión la reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de fecha 2 Jun. 2011 (rec. 1174/2011) que mantiene que lo que impone la norma no es una «doble» comunicación al trabajador –la dirigida a informarle del reconocimiento de su despido y además la dirigida a informarle de que se ha materializado la consignación-, sino que dada su redacción ésta debe ser interpretada en el sentido de que su propósito es «poner en conocimiento del trabajador» tanto el reconocimiento de improcedencia y su oferta indemnizatoria como la puesta a su disposición de su importe mediante el correspondiente depósito, pues no es otra su finalidad que «proporcionar al trabajador información suficiente acerca del contenido de la actuación empresarial», y ya antes este mismo Tribunal en su sentencia de fecha 09-10-2008 (rec. 5239/2008) sostenía que todo lo que precisa saber el trabajador es que tiene depositada la indemnización legal y los salarios para decidir sobre su actuación futura de continuar con el pleito si hay defectos en la

⁶⁶ El Código Civil, publicado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, en su artículo 1176 establece que: «Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida. La consignación por sí sola producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente o cuando esté incapacitado para recibir el pago en el momento en que deba hacerse, y cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar, o se haya extraviado el título de la obligación», y en su artículo 1177: « Para que la consignación de la cosa debida libere al obligado, deberá ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación. La consignación será ineficaz si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago».

consignación, o aceptarla sin más de forma inmediata si es correcta, por lo que a este respecto «es indiferente que la empresa comunique al trabajador el hecho del depósito simultáneamente al reconocimiento de la improcedencia, o que lo comunique una vez efectuado, pues en ambos casos el trabajador deberá confiar en la manifestación de la empresa, que en puridad podría ser falsa», pues el trabajador únicamente podrá comprobar su veracidad en el momento en el que el que acuda al Juzgado para recibir su importe o cuando éste se lo notifique, por lo que introducir el requisito -para la paralización de los salarios de tramitación- de que la comunicación del depósito sea posterior sería introducir un obstáculo en la aplicación razonable de la norma, así que «la empresa ha de comunicar al trabajador que deposita la indemnización (incluidos los salarios de trámite), sea antes, durante o después de la consignación efectiva, y el Juzgado ha de notificar el hecho de la consignación, sea al trabajador que directamente acude a la sede, o por los restantes medios ordinarios.... ; de modo que exigir que la notificación del hecho del depósito sea posterior al mismo, como acreditación o seguridad de que el mismo se ha efectuado, es perfectamente inútil, porque siempre se tratará de una mera manifestación no acreditada».

Pues bien, a la luz de todo lo anterior, tendremos que colegir que lo más prudente para la empresa, desde el momento en que toma la decisión de despedir a un trabajador pretendiendo hacer uso del mecanismo que le permite el art. 56. 2 ET, será que en la propia carta de despido reconozca la improcedencia de su medida y le ofrezca al mismo tiempo la indemnización que legalmente le corresponda, advirtiéndole que, de no ser aceptada la misma, procederá a consignar su importe en el Juzgado de lo Social en el plazo de las 48 horas siguientes al despido⁶⁷.

67 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Social, de fecha 16-12-2010 (rec. 2758/2010), que establece este itinerario, a fin de limitar los salarios de tramitación: «Pues bien, en el caso concreto esta Sala entiende que la conducta empresarial ha sido correcta, a la vista de la sucesión de hechos descrita en los hechos probados de la sentencia de instancia, que no se discuten; pues la empresa ha procedido correctamente a notificar a la trabajadora, en un mismo acto, su decisión de despedirla, el reconocimiento de que tal decisión constituía un despido improcedente, la cuantificación de su indemnización y la comunicación de que la cuantía de indemnización, que ha resultado posteriormente entendida como correctamente calculada, iba a ser judicialmente consignada, lo que efectivamente se produjo en el plazo legal de las 48 horas, y fue notificado a la trabajadora a través del órgano judicial que procedió a su entrega. Cosa distinta es que la actora, ahora recurrente, iniciara un procedimiento a la búsqueda de obtener un pronunciamiento judicial que declarase a su favor una antigüedad mayor que la indicada a través de su contratación formal, pero dado que la sentencia de instancia ha efectuado una declaración de antigüedad y ésta no ha sido discutida en el recurso, la consecuencia ligada a la declaración de antigüedad ya declarada no puede producir mayores efectos que los ya declarados, y ello, porque precisamente el hecho de cuantificar la indemnización en la carta de despido, con el reconocimiento de su improcedencia constituye la oferta que la recurrente echa de menos, sin que la falta de constancia del término "oferta" otorgue mayor valor liberatorio de los salarios de despido, que la comunicación tal y como fue efectuada».

7.2 Plazo para realizar el reconocimiento, oferta y depósito

Siendo la principal novedad de la Ley 45/2002 con respecto a las redacciones anteriores dadas al art. 56.2 ET la intención de paralizar los salarios de tramitación, evitando así un coste adicional a la indemnización por despido improcedente, hay que inferir que el factor tiempo es lo que determina que el trabajador tenga o no derecho a los salarios de tramitación. Y es tan determinante el factor tiempo que el plazo de 48 horas estipulado en el mismo es un plazo perentorio e improrrogable bajo ningún concepto ni disculpa.

Este plazo de 48 horas en realidad no debe realizarse computando las horas, sino 2 días hábiles, días éstos que no incluyen los sábados, domingos, festivos nacionales o autonómicos ni los locales correspondientes a la sede del Juzgado competente en donde haya de realizarse el depósito o consignación de la cantidad debida –al tratarse de un plazo procesal-.⁶⁸ Sin embargo, al tratarse de un despido, debe ser considerado hábil el mes de agosto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 43.4 de LJS: *«Los días del mes de agosto serán inhábiles, salvo para las modalidades procesales de despido, extinción del contrato de trabajo de los artículos 50 y 52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*

7.3 El reconocimiento de la improcedencia podrá realizarse desde la fecha del despido hasta la fecha de la conciliación, ¿Pero qué conciliación, la administrativa o la judicial?

El art. 56.2 pretende evitar tanto un proceso judicial como un incremento en el coste del despido, y ésta es la razón por la que permite que el reconocimiento de la improcedencia de la extinción unilateral de la relación laboral y el depósito de la indemnización pueda ser realizada hasta la fecha de la conciliación. Hay que tener en

68 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de fecha 16-10-2006 (rec. 3583/2005): *«..... Obviamente si se ha de depositar en el juzgado, es preciso que, en el momento que deba realizarse, exista la posibilidad material de hacerlo, por hallarse abiertas las dependencias del órgano judicial en las que el depósito deba realizarse. Es absurdo entender que el empresario no puede lograr la exención del pago de salarios de tramitación, porque -no estando disponible el órgano en que ha de realizarse- no pueda llevar a cabo el depósito que la Ley exige... Siendo en la actualidad inhábiles todos los sábados (art. 182 Ley Orgánica del Poder Judicial), la tesis de la sentencia recurrida implicaría que un despido cuya conciliación, o reconocimiento de improcedencia, se efectuara en viernes, nunca podría verse afectado por la limitación del pago de los salarios de tramitación, establecida con carácter general en el art. 56.2 ET, pues las 48 horas siguientes al reconocimiento de la improcedencia las oficinas judiciales permanecerían cerradas. Y debemos rechazar cualquier interpretación que conduzca al absurdo. Es por ello que, siendo la actividad a realizar una actuación ante los juzgados, el plazo ha de ser considerado como plazo procesal, procediendo descontar los días inhábiles para su cómputo».* En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de fecha 02-07-2007 (rec. 1531/200), y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de fecha 23-05-2007 (rec. 1097/2007).

cuenta que en un proceso de despido existen dos momentos en los que las partes pueden llegar a un acuerdo transaccional: la conciliación administrativa contemplada en el art. 63 LJS y la conciliación ante el Juez que se celebra el mismo día del acto del juicio oral contemplada en el art. 84 LJS.

En los primeros años siguientes a la publicación de la Ley 45/2002 han sido numerosas las sentencias de los Tribunales de Justicia - y numerosos autores- que han considerado que la conciliación a la que se refiere el precepto analizado era la «conciliación previa», pese a que en dicho artículo se hace constar únicamente la palabra «conciliación», olvidando quizás dichas sentencias que la conciliación previa es la que se intenta ante el órgano administrativo, y a ella sí se refería expresamente la Ley que daba redacción al art. 56.2 ET con anterioridad a la publicación de la actual Ley 45/2002, pues permitía a la empresa reconocer la improcedencia del despido en el acto de conciliación administrativa -con la finalidad de favorecer y estimular la transacción para llegar a un acuerdo entre las partes por un lado, y por otro para evitar una prolongación innecesaria en el proceso por parte del trabajador con el único objetivo de incrementar los salarios de tramitación-, mientras que en la actual redacción consta «conciliación» a secas, por lo que si realmente el legislador no quisiera cambiar el sentido del precepto hubiera mantenido la anterior expresión «previa», pero hay que tener en cuenta que si así fuera, la interpretación que habría que dar al precepto que nos ocupa no respondería a la finalidad pretendida por el legislador de reducir el coste del despido tanto para la empresa, de una manera directa, como para el Estado, de una manera indirecta.

La polémica suscitada fue resuelta por el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 3 de noviembre de 2008, aclarando que la conciliación a la que se refiere el art. 56.2 ET es la judicial, por lo que la empresa puede reconocer la improcedencia del despido y realizar el correspondiente depósito de la indemnización y los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta justo el momento anterior al acto del juicio⁶⁹, pero

69 La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social (rec. 3566/2007) se basa en tres argumentos para llegar a la conclusión de que la conciliación a la que se refiere el legislador en el art. 56.2 ET es la judicial:

a).- Gramatical: el art. 56.2 se refiere a «conciliación» sin adjetivar, y no hay que olvidar que la interpretación de las normas ha de realizarse conforme a los criterios hermenéuticos establecidos en el art. 3 CC, y que entre estas reglas interpretativas adquiere singular relevancia el elemento de la literalidad, que ordena, al intérprete, estar «al sentido propio de sus palabras».

b).- Histórico: en la redacción anterior a la Ley 45/2002 en art. 56.2 ET se utilizaba la expresión de «conciliación previa», mientras que en la actual se utiliza la escueta expresión «conciliación», por lo que si la intención del legislativa fuese referirse al mismo acto de conciliación de la norma anterior habría utilizado directamente la expresión [ante el órgano administrativo competente] «conciliación previa».

c).- Teleológico: mientras que la finalidad debida a la Ley 11/1994 tenía el propósito -según mayoría doctrina- de favorecer la conciliación extrajudicial y corregir el abuso de injustificadas oposiciones a la conciliación que prolongasen los salarios de trámite, el

incluso mucho antes de ser dictada esta sentencia por el Tribunal Supremo, varios autores ya sostenían este criterio, entre ellos el Profesor GARATE CASTRO, quien después de considerar que el tiempo que media entre el despido y la conciliación previa es más que suficiente para que la empresa pueda adoptar una decisión segura sobre si le conviene o no hacer uso del mecanismo contemplado en el art. 56.2, concede, sin embargo, que tal como está redactado el precepto la conciliación a la que se refiere es la judicial⁷⁰.

7.4 Ofrecimiento de la oferta ¿A qué conceptos se refiere el art. 56.2?

Se está refiriendo a la indemnización que legalmente corresponde por un despido improcedente, es decir, 45 días de salario por año de servicio, con el tope máximo de 42 mensualidades, y prorrateando por meses los períodos inferiores a un año, tal como previene el art. 56 ET en su apartado núm. 1 a).

Aún cuando el art. 56.2 ET nada dice expresamente al respecto, una vez sobrepasadas las 48 horas siguientes al despido –es decir, los dos días hábiles siguientes-, deben ofrecerse y/o depositarse también los salarios de tramitación, pues la duda surgida en un principio al no mencionarse nada en el precepto ha sido resuelta por la jurisprudencia al considerar comprendidos los salarios de tramitación en la deuda que por Ley comprende la declaración de improcedencia del despido –art. 56.1 ET-, por lo que la cuantía de la oferta empresarial dependerá del momento en que se realice la oferta o el depósito, debiendo abonar o depositar los salarios de tramitación hasta la fecha en que se efectúe el ingreso, y si se da el caso de que la empresa deposita únicamente la indemnización, el trabajador continuará devengando dichos salarios hasta el momento de su consignación judicial. Por lo tanto, para que

objetivo de la reforma operada por la Ley 45/2002 fue claramente la de reducir el coste de los despidos, eliminando o reduciendo los salarios de tramitación, lo cual puede conseguirse hasta la fecha en que tenga lugar el acto de conciliación judicial, por lo que limitar temporalmente tal posibilidad (estableciendo su frontera en la conciliación previa) supone una interpretación restrictiva que no solamente es opuesta a la literalidad del precepto, sino que es contraria al fin perseguido por la norma.

70 GARATE CASTRO, JAVIER: «La reforma del régimen jurídico del despido por la Ley 45/2002. En particular, sobre la regulación de los salarios de tramitación», Revista Galega de Administración Pública, núm. 33, enero-abril, año 2003, pág. 42 y 43: «Recoñezo, sen embargo, que a omisión de calquera precisión ó respecto por parte do art. 56.2 ET podería chegar a estimarse razón suficiente (onde a lei non distingue non debemos distinguir) para admitir que o recoñecemento da improcedencia do despedimento e o ofrecemento da indemnización e, no seu caso, dos salarios de tramitación percibidos poida ter lugar ata a conciliación apud iudicem (e formar parte, que sería mellor, dos termos dunha avinza nela), algo que, polo demais, hai que pensar que intentará evita-la empresa, pois canto máis demore o recoñecemento e o ofrecemento de que se trata (e, polo tanto, tamén o depósito das cantidades que este debe incluír), maior será a carga por salarios de tramitación que haberá de soportar, polo que o normal será que anticipe aqueles todo o que poida e, se non os realiza nas corenta e oito horas seguintes ó despedimento, xunto co correspondente depósito (o que evita, como indiquei, calquera percepción de salarios de tramitación), procurará levalos a cabo sen esperar ata o último momento, que é, precisamente, o da conciliación apud iudicem».

opere la limitación de los salarios de tramitación contemplada en el artículo 56.2 del ET, es necesario que el depósito, de realizarse transcurridas las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, abarque tanto el importe de la indemnización como el de los salarios de tramitación devengados hasta ese momento, y además, para que la empresa tenga derecho a la eliminación total o parcial de los salarios de tramitación es necesario que la cantidad consignada a disposición del trabajador sea igual o superior a la que se fije en el fallo de la sentencia que califique el despido como improcedente.

Otra cosa distinta es que la empresa no deposite –una vez sobrepasadas las 48 horas siguientes al despido- junto con la indemnización los salarios de tramitación, ni que tampoco proceda a consignarlos en otro momento posterior con anterioridad a la celebración de la conciliación judicial. En este caso, no existirá paralización de los salarios de tramitación, por lo que la empresa será condenada a su abono hasta la fecha de la notificación de la sentencia. Así se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 14 de septiembre de 2010, en la cual se estudia si se reducen o no los salarios de tramitación hasta la fecha del depósito cuando en dicha fecha sea consignado el importe de indemnización por despido pero no el de los salarios de trámite devengados hasta entonces⁷¹. La Sala llega a la conclusión de que en el supuesto de que la consignación se produzca después de haber transcurrido el plazo de 48 horas desde la efectividad del despido, los salarios de trámite no han quedado eliminados totalmente sino que siguen devengándose hasta la fecha de la consignación judicial, siendo indudable que los salarios de trámite devengados «constituyen parte de la deuda» derivada del despido improcedente, un coste adicional a la indemnización propiamente dicha, y por tanto su importe debe ser objeto de consignación juntamente con aquélla, y como la empresa no depositó en ningún

71 La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 14-09-2010 (rec. 3199/2009) estudia el caso de una empresa que notificó a una trabajadora su despido por carta de 19-09-2008, con efectos de esa misma fecha, alegando su mala situación económica y reconociendo en la misma carta la improcedencia del despido señalando que ponía a disposición de la trabajadora la indemnización correspondiente. Dicha empresa consignó en el Juzgado en fecha 23-09-2008 el importe de la indemnización (15.878 ,14 euros) poniéndose tal consignación en conocimiento de la actora en fecha 24-09-2008; pero unos días después, el 30 de septiembre, se procedió a subsanar la consignación efectuada depositando otros 1.080,80 euros de diferencia, alegando un error contable en el cálculo de la indemnización, poniéndose todo ello en conocimiento de la actora y celebrándose la conciliación administrativa el 23-10-2008. La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido, ratificando la indemnización total consignada y limitando los salarios de tramitación a los 11 días comprendidos entre el 19 y el 30 de septiembre del mencionado año, pero la sentencia de suplicación –sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 17 de julio de 2009-, revoca el fallo en este particular y condena a la empresa al pago de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de la sentencia de instancia, basándose para ello en que en la consignación definitiva verificada el día 30 de septiembre se depositó únicamente el importe de la indemnización por despido pero no el importe de los salarios de tramitación devengados desde el despido hasta ese día, entendiéndose que tal incumplimiento determina que no se paralicen los salarios de tramitación. El Tribunal Supremo desestimó el recurso interpuesto por la empresa, declarando ajustada a Derecho la sentencia recurrida.

momento los salarios de tramitación –sólo tenía que depositar 11 días-, por ello entiende que la falta de ofrecimiento y posterior consignación de los salarios de tramitación constituyen un defecto con la suficiente gravedad como para no evitar la paralización de los salarios de tramitación.

Se basa esta sentencia, que por otra parte sigue la línea de la dictada por la misma Sala en fecha 21-09-2006 (rec. 4667/2004), en que la obligación de incluir los salarios de tramitación en la consignación responde a la finalidad del precepto de asegurar el cumplimiento de la obligación, de manera que el trabajador «exento de todo riesgo de incumplimiento, pueda aceptar la oferta de la empresa»; pero además nos dice que a la misma conclusión se llega si aplicamos los preceptos del Código Civil; concretamente su art. 1.177 establece que la consignación será ineficaz «si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago» produciendo la cancelación de la obligación «*la consignación hecha debidamente*». Asimismo, el pago ha de ser íntegro –art. 1.157 CC-, de modo que «no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiere entregado la cosa», sin que pueda obligarse al acreedor –art. 1.179 CC- «*a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación*».

Y si esta sentencia parece dura en su planteamiento, todavía lo es más la dictada recientemente por la misma Sala del Tribunal Supremo en fecha 11-07-2011 (rec. 3199/2009), en que la cuestión a estudiar es idéntica: determinar si conforme al art. 56.2 del ET, para constreñir los salarios de tramitación a los devengados hasta la fecha del depósito, cuando dicho depósito se lleva a cabo después del plazo de 48 horas siguientes al despido, pero antes de la conciliación y habiendo reconocido la improcedencia del despido, le basta al empresario con consignar solamente el importe de la indemnización debida por el despido o debe incluir también el importe de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta que se constituye el depósito definitivo. En esta ocasión la empresa despidió al trabajador mediante carta de fecha 12-01-2009, reconociendo la improcedencia y poniendo a su disposición en el domicilio social el finiquito que incluía la indemnización de 35.925,76 €, señalando al mismo tiempo que de no hacerla efectiva en el plazo de 48 horas, sería depositada en el Juzgado. La empresa el día 14-01-2009 presentó escrito en el Juzgado reconociendo la improcedencia y poniendo a disposición del trabajador la indemnización, mas no realizó el depósito judicial hasta el día siguiente, 15-01-2009, en el que incluyó solamente la indemnización, obviando los salarios de tramitación.

Pues bien, tanto el Juzgado de lo Social como el Tribunal Superior de Justicia decidieron que dado que la indemnización consignada era la correcta, la empresa únicamente debía ser condenada a abonar exclusivamente los salarios de tramitación devengados desde el momento del despido hasta la fecha de la consignación, a saber: desde el día 12-1-2009 hasta el día 15-1-2009, es decir, salarios de tramitación por 3 días. El Tribunal Supremo da la razón al trabajador declarando que los salarios de tramitación deben devengarse desde la fecha del despido hasta la fecha de la notificación de la sentencia, precisamente por no haber sido depositados en su momento junto con la indemnización o después pero antes de la conciliación⁷².

Por lo que parece, pues, debemos llegar a la conclusión de que, una vez sobrepasadas las 48 horas siguientes al despido, es requisito insoslayable el ofrecimiento o depósito de los salarios de tramitación además de la correspondiente indemnización.

Pero además, no basta con ofrecer y depositar ambos conceptos (indemnización y salarios de tramitación), sino que debe hacerse correctamente, es decir, el ofrecimiento realizado por la empresa ha de ser, en cuanto a su cuantía, claro, preciso y determinado, de tal manera que el trabajador no se vea obligado a realizar cálculos y presunciones susceptibles de error, como viene exigiendo la jurisprudencia⁷³ «para que el trabajador pueda verificar si la cantidad ofertada como indemnización, y, en su caso, como salarios de tramitación, es la que corresponde legalmente». No obstante, el Tribunal Supremo ha declarado en su sentencia de fecha 12-05-2005 (rec. 484/2004) que puede darse validez a que se oferte una cantidad global por salarios de tramitación e indemnización –siempre que la oferta se realice en términos suficientemente claros como para permitir la inmediata determinación de su cuantía y

72 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 11-07-2011 (rec. 3199/2009): «En este sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencia de 4 de marzo de 1997 (Rec. 3200/96), que se reitera en la de 21 de septiembre de 2006 (Rec. 4667/04), a su vez reproducida en la de 14/9/10 (Rec. 3199/09), citando a su vez la de 27 de abril de 1998 (Rec. 3483/97), la citada sentencia de 21/9/06, establece literalmente: " 1. Es cierto que el texto literal del precepto examinado, considerado aisladamente, remite, en cuanto al depósito a realizar, en el Juzgado de lo Social, a la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, - que se refiere exclusivamente a la indemnización de 45 días de salario por año de servicio-, pero de ello no cabe concluir que la consignación no deba abarcar, también, los salarios de tramitación a los que se refiere el párrafo b), si bien limitados, como establece este ordinal 2., a la fecha del acto de conciliación -quizá esta limitación ha sido la determinante de la no remisión al párrafo b), en cuanto éste extiende los salarios de tramitación a fecha más lejana, que es la notificación de la sentencia declarativa de la improcedencia del despido-. La interpretación contraria conduciría al absurdo de eliminar, a priori, en un acto de conciliación, concebido como instrumento de evitación de proceso y de una sentencia que ponga fin al mismo, el aseguramiento de uno de los elementos indemnizatorios -salarios de tramitación- que integra junto con el de la indemnización -cuarenta y cinco días por año de antigüedad- el contenido obligatorio de la sentencia declarativa de la improcedencia del despido. Ello, conduciría, además, a una inadecuación entre la oferta del empresario y la aceptación del despido....., en cuanto muy difícilmente el trabajador prestaría el consentimiento a una oferta, que no comprenda el contenido íntegro de la obligación impuesta "ex lege" al despido improcedente».

73 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 08-10-2010 (rec. 2936/2010)

por consiguiente la inmediata aceptación por parte del trabajador- pero de ningún modo se puede aceptar que se ofrezca una cantidad global sin la necesaria cuantificación y separación de los conceptos, a fin de evitar que se mezclen otras partidas que nada tienen que ver con el litigio del despido, ni mucho menos sometida a condición de clase alguna, como por ejemplo que con el percibo de las cantidades consignadas el trabajador queda totalmente saldado y finiquitado⁷⁴

7.5 Los parámetros que influyen en el cálculo de la indemnización por despido

Una vez sentado que después del transcurso de las 48 horas siguientes al despido, tal como hemos visto en el punto anterior, los conceptos que deben consignarse corresponden únicamente a la indemnización y a los salarios de tramitación, nos corresponde determinar ahora su importe. Y es éste un asunto de trascendental importancia, ya que «desde la perspectiva de los salarios de tramitación, la cuestión del cálculo de la indemnización es esencial, pues de su correcta cuantificación depende la validez de la oferta empresarial a los efectos de limitar los salarios de tramitación»⁷⁵.

Dos son los factores que entran en juego a la hora de calcular una indemnización por despido: la antigüedad y el salario.

Tal como establece el art. 56. 1 a) ET la indemnización debe ser de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades. Quiere ello

74 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, de fecha 04-03-2008 (rec. 32/2008), que declara la inhabilitación para la limitación de los salarios de tramitación por haber realizado la empresa una oferta global de saldo y finiquito: «Teniendo en cuenta lo anterior, en el supuesto examinado no estamos tan siquiera ante una indemnización consignada insuficiente, pues tal y como el propio recurrente nos indica, y así lo hizo en el acto del juicio, no puso a disposición la indemnización legal, que se efectúa únicamente mediante depósito judicial, sino lo que ingresó fue la liquidación incluyendo la indemnización, tal y como hemos dejado constancia en el fundamento de derecho primero de la presente resolución, 1.723,60 euros, más 350 euros en concepto de salarios de tramitación, en la que se incluían salarios de los días trabajados de abril de 2006, prorrateada de pagas extras, indemnización, y descuento de todo ello de las correspondientes retenciones y del préstamo o adelanto que según la empresa le había concedido, lo que supone la primera cantidad, que sumada a los salarios de tramitación da como resultado lo depositado. Tal y como sostiene el recurrente el depósito, o puesta a disposición, no lo fue de la indemnización por despido y salarios de tramitación hasta la fecha de la consignación, sino del saldo y finiquito de la relación laboral por los conceptos indicados (en cuanto a la inhabilitación para la limitación de los salarios de tramitación de la oferta global de saldo y finiquito, sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2005 (RCUD 484/2004). Es decir no estamos ante error excusable, sino ante el incumplimiento de la puesta a disposición de la indemnización. El ofrecimiento de pago y consignación no lo fue de la indemnización, máxime teniendo en cuenta lo indiscutido de las cuantías, sino de la cantidad en la que la empresa fijó el saldo y finiquito de la relación laboral, que además era inferior, lo que no cubre la finalidad que previene el precepto, pues en palabras del Tribunal Supremo, conduciría, además, a una inadecuación entre la oferta del empresario y la aceptación del despedido».

75 ESTEVE SEGARA, AMPARO: «El despido exprés: la limitación de los salarios de tramitación», Ed. Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 79.

decir, en palabras del Tribunal Supremo, que al ser la redacción de dicho precepto lo suficientemente clara como para no introducir en el ánimo del intérprete duda alguna acerca de que el legislador hubiera querido expresar algo diferente a lo que dijo, el método interpretativo del precepto deberá ser el literal, es decir, según el sentido propio de sus palabras: *«Así pues, no hay razón alguna para fijar dos módulos de cálculo de la indemnización correspondiente a aquellos períodos de servicios que no alcancen un año: el prorrateo atinente a un mes para los meses completos de servicio, y el atinente a los días servidos después del último mes completo, pues si el legislador hubiera querido expresarlo así, lo habría hecho. Por ello, para todo el tiempo de servicios inferior a un año, habrá de aplicar la norma contenida en el precepto objeto de análisis, que consiste en prorratear en todo caso "por meses [y no por días en ningún caso] los períodos de tiempo inferiores a un año". De esta manera, sea cual fuere el número de días servido a partir del último mes completo, el prorrateo ha de hacerse "por meses", esto es, como si se hubiera trabajado la totalidad del mes, fórmula ésta elegida por el legislador que se presenta como adecuada y simple y, por otra parte, de escasa trascendencia económica a favor del trabajador»*⁷⁶.

Así, por ejemplo, un trabajador con antigüedad de 01-01-2009 que es despedido el día 24 de marzo de 2011 computará 2 años y 3 meses de servicios a efectos del cálculo de la indemnización por despido, y si este mismo trabajador es despedido el día 2 de enero de 2012 computará 3 años y 1 mes de servicios, a los mismos efectos.

En cuanto al salario que sirve de módulo para el cálculo de la indemnización, debe ser el percibido por el trabajador en el momento del despido, o el que tenga derecho a percibir en el supuesto de que no se le abone éste en la cuantía que legalmente le corresponda⁷⁷, y es el procedimiento de despido el adecuado para proceder a su debate y fijación, ya que el debate sobre cuál es el salario tiene cabida y es un tema de controversia adecuado al proceso de despido, pues es el elemento principal que compone la acción ejercitada y sobre él deberá pronunciarse la sentencia. Por ello, es

⁷⁶ Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha de 31-10-2007 (rec. 4181/2006); en el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 11-02-2009 (rec. . 450/2008) y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 20-07-2009 (rec.2398/2008), que aclara: *« Si la trabajadora demandante comenzó a prestar servicios el 29 de enero de 2.007 y cesó el 31 de mayo siguiente, el período computable como antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización debió ser de 5 meses completos..»*.

⁷⁷ Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala lo Social, Sección 1ª, de fecha 27-12-2010 (rec. 1751/2010), que señala: *«La sentencia de 24 de julio 1989 tuvo ya ocasión de señalar, en interpretación del artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, que «el salario regulador de la indemnización es aquel que corresponde al trabajador al tiempo del despido y no el que arbitrariamente abona la empresa». Pues bien, si ello es así, resulta palmario, que el salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido improcedente y salarios de tramitación, no es el que trabajador viniera percibiendo realmente en el momento del despido de ser inferior al establecido en convenio colectivo aplicable, sino precisamente, dado el carácter mínimo e irrenunciable de la norma convencional, el fijado en la misma en función de las circunstancias concretas de antigüedad y categoría profesional del trabajador»*.

en el proceso de despido donde debe precisarse el salario del trabajador despedido, sin que pueda aplicársele a la indemnización calculada en función de los dos parámetros –antigüedad y salario- descuento de clase alguna, ni en concepto de aportación del trabajador a la Seguridad Social ni en concepto de retención a cuenta del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al estar ésta expresamente incluida en el art. 7 e) de la Ley 35/2006 reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como renta exenta: *«Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato».*

Por salario percibido en el momento del despido se entiende normalmente el correspondiente a la última nómina del trabajador si el salario que consta acreditado es un salario regular, que será dividido entre 30 de ser la retribución mensual, o dividiendo entre los días del mes en caso de ser la retribución diaria. Sin embargo, a pesar de ser éste el criterio general para obtener el salario regulador diario, en los casos en que existan oscilaciones en el salario de unos meses a otros, la jurisprudencia nos dice que el salario regulador diario debe obtenerse del promedio de lo percibido durante el año anterior al despido. Además, hay que tener en cuenta que la reciente sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de fecha 9-5-2011, (rec. 2374/2010) siguiendo la doctrina contenida en las sentencias de la misma Sala de fechas 27-10-2005, 30-06-2008 y 24-01-2011, establece que cuando el art. 56.1ET nos dice que la indemnización por despido será de «45 días de salario por año de servicio» éste debe ser obtenido –supuesto de declararse probado el salario anual- del cociente que resulte de dividir la retribución global por los 365 días que al año corresponden (366 para el caso de un año bisiesto) y no por 360 días, al ser éste un criterio que erróneamente se viene manteniendo en la práctica (aplicando este criterio, aunque la diferencia es pequeña, sale perdiendo el trabajador, al ser mayor el divisor que se utiliza).

Este salario vigente a la fecha del despido es inamovible, por lo que no se verá afectado por posteriores incrementos salariales que retrotraigan sus efectos a momentos anteriores a la fecha del despido. El trabajador sí podrá reclamar las diferencias salariales que le correspondan una vez despedido por la publicación de un nuevo convenio colectivo, pero lo que no podrá es reclamar diferencias en la

indemnización por despido improcedente, ya que «no puede sostenerse su actualización debida a los sucesivos incrementos salariales producidos por disposición legal o por convenio colectivo, pues el incremento posterior no afecta a la indemnización del despido fijada en la sentencia, ni a los salarios de tramitación o de sustanciación devengados después de la misma. Porque las cantidades indicadas son compensaciones o indemnizaciones tasadas, previamente fijadas por la ley, como ya se ha dicho, que no restituo in integrum; y permanecen inalterables como tales indemnizaciones de daños y perjuicios»⁷⁸.

Sin embargo, esta regla –salario del trabajador al tiempo del despido- tiene sus excepciones, pues en los supuestos de reducción de jornada a los que se refiere el art. 37 apartados 4 bis, 5 y 7 y artículos 48.4 y 48 bis ET, o sea, durante las situaciones de conciliación de la vida familiar y laboral, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, es decir, el salario regulador será el correspondiente a la jornada completa, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción. Estos supuestos son⁷⁹:

- Nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados.
- Cuidado de hijos menores de 8 años o discapacitados.
- Para atender a familiares hasta el segundo grado de afinidad o consanguinidad que no puedan valerse por sí mismos.

⁷⁸ Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid, Sala de lo Social, de fecha 27-03-2006 (rec. 370/2006), que aplica la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 07-12-1990, en la cual se afirma que el salario del trabajador al tiempo del despido es el salario regulador de la correspondientes indemnización (ya lo habían manifestado así las sentencias de la propia Sala de 14 de diciembre de 1984, 28 de septiembre de 1985, 14 de junio de 1986 y 26 de enero de 1987). Añade además que únicamente en el proceso por despido podrá discutirse la cuantía del salario regulador, sin que ello implique una acumulación de acciones prohibida por la Ley.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 25-05-2010 (re. 616/2010), juzgando el caso de un trabajador despedido por la empresa –la cual procede a reconocer la improcedencia del despido y pone a disposición del trabajador la indemnización correspondiente teniendo en cuenta el salario vigente en la fecha del despido- no impugnando el trabajador el despido, pero cuando posteriormente se publica el nuevo convenio colectivo sí reclama tanto diferencias salariales como diferencias en la indemnización por despido presentando demanda ante el Juzgado de lo Social en un proceso de reclamación de cantidad, llega a la conclusión de que sí deben reconocérsele al trabajador diferencias en la indemnización ya percibida por despido y para ello se basa en «la posibilidad de acceso a la tutela judicial», pues el acceso quedaría vedado si el derecho a la indemnización, fijada en función del salario en la fecha del despido, no se pudiera determinar en un procedimiento distinto del despido, cuando el salario al que tiene derecho el trabajador en la fecha de su despido se determina en momento posterior al mismo y no tiene posibilidad de alegarlo en el eventual litigio por despido que se hubiera planteado, teniendo en cuenta además que en este caso aceptó la indemnización reconocida por la empresa en concepto de despido improcedente.

⁷⁹ Disposición Adicional 18 ET, añadida por la Ley Orgánica 2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

- En el caso de mujeres víctimas de violencia de género que reduzcan su jornada para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.
- En el supuesto de trabajadores que estén disfrutando de la suspensión del contrato por maternidad o paternidad a tiempo parcial.

Esta excepción no se aplica a las reducciones de jornada de los trabajadores que no están vinculadas a la conciliación de la vida laboral y familiar, sino que fueron acordadas libremente con el empresario con anterioridad al despido –o que fueron unilateralmente acordadas por la empresa en su momento y el trabajador dejó transcurrir el plazo para presentar la oportuna reclamación contra esa decisión-. En estos puestos se aplica la regla general, es decir, el salario regulador a efectos del despido será el percibido por el trabajador en el momento en que acontece tal circunstancia, pues lo que se pretende compensar con la indemnización por despido es la pérdida del empleo y consecuentemente del salario vigente, no el que percibía cuando se encontraba prestando sus servicios a tiempo completo⁸⁰, aunque también puede ocurrir que en los últimos meses anteriores al despido haya habido una serie de cambios en la jornada del trabajador, ya sea ampliando o reduciendo la misma, y es entonces cuando entienden los Tribunales de Justicia que el salario regulador no es el percibido en la fecha del despido, sino que se debe calcular la media de lo percibido por el trabajador en la anualidad anterior o en el período de vigencia de la relación laboral de ser éste inferior, a fin de evitar los beneficios o perjuicios que para ambos contratantes pueda acarrear si se toma como salario regulador sólo las retribuciones salariales del mes inmediatamente anterior a la fecha del despido⁸¹.

80 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, de fecha 27-12-2005 (rec. 757/2005). Sin embargo, si la reducción en la jornada de trabajo se ha producido unilateralmente por la empresa en fechas recientes, considera el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 30-06-2011 (rec. 3756/2010) que sería contrario al principio de buena fe aceptar una actuación que lo único que pretende es reducir el salario para perjudicar al trabajador no sólo en sus retribuciones, sino incluso en el importe de la indemnización por extinción de la relación laboral: « *En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala, la empresa procede unilateralmente, un mes antes del despido, a reducir el salario de la trabajadora pues, tal como resulta del hecho probado quinto, el Director General y Administrador de la empresa remitió una carta a todos los trabajadores el 15 de diciembre de 2008 en la que, invocando la ausencia de ventas, decide que cada uno de ellos perciba el 50% de los sueldos de diciembre y enero, no teniendo que presentarse a trabajar desde el 16 de diciembre al 15 de enero. A la vista de tales datos, aplicando la doctrina anteriormente consignada, el salario que ha de tomarse en consideración, a efectos de fijar la indemnización por despido improcedente es el que correspondía percibir a la actora, es decir, el que venía percibiendo con anterioridad a la citada decisión empresarial*».

81 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Social, e fecha 10-09-2007 (rec. 232/2007): «*sino que lo único que varió en un periodo de tiempo determinado y concretado por ambas partes fue el porcentaje de jornada de trabajo, lo que comportó el consiguiente incremento del salario percibido en aquel período..... pues las nóminas del demandante revelan*

Cuando decimos que el salario regulador es el percibido por el trabajador en el momento del despido, debemos entender éste como la totalización de las percepciones que configuran el salario a efectos legales, es decir, el definido por el art. 26 ET: *«Se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo».*

Pero no todas las percepciones que pueda percibir el trabajador relacionadas con el trabajo realizado merecen la calificación de salario. Sólo las percepciones que tengan como causa directa el trabajo prestado son constitutivas de salario, pues «no basta con que la realización del trabajo haya brindado la ocasión de acceder a aquéllas»⁸². Incluye, por lo tanto, todos los conceptos que perciba el trabajador, si bien hay que atender al carácter salarial de los mismos, por lo que deben excluirse aquellos conceptos que no tienen naturaleza salarial, sino indemnizatoria -al responder a una compensación de gastos, como puede ser el plus de transporte o desplazamiento, quebranto de moneda, dietas, locomoción- y también debemos excluir los correspondientes a prestaciones de la Seguridad Social. Así pues, integran el salario regulador a los efectos económicos del despido los siguientes conceptos: salario base, plus de antigüedad, pluses de convenio, horas extras, comisiones, incentivos, peligrosidad, nocturnidad, disponibilidad o mayor dedicación, sí como la parte proporcional de las pagas extraordinarias y cualquier otro concepto que sea percibido por el trabajador regular o irregularmente. En el caso de que existan conceptos con devengo superior al mes o conceptos irregulares, como puede ocurrir en trabajadores con trabajo a turnos, o trabajadores que perciban comisiones, incentivos u otros conceptos variables, se debe considerar el total de lo percibido dentro de los 12 meses inmediatamente anteriores al despido a efectos del calcular su promedio mensual. De la misma manera, se deben incluir los conceptos en especie, como pueden ser la vivienda arrendada por la empresa y que disfruta el trabajador, o el vehículo cuyo uso le ha sido cedido por la empresa para usos particulares.

inequívocamente que su salario mensual no era fijo sino variable en función de las habituales ampliaciones de jornada pactadas, como ocurrió en los meses de agosto, septiembre, noviembre de 2006 y febrero de 2007, siendo por ello que el criterio empleado por el Magistrado de Instancia realizando un promedio de las percepciones salariales satisfechas durante los siete meses que duró la relación para fijar el salario regulador resulta plenamente ajustado y conforme a derecho».

82 GARATE CASTRO, JAVIER, «Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo», 4ª Edición, Ed. Netbiblo, pág. 112.

7.6 Principales cuestiones que dificultan el correcto cálculo a la hora de realizar la oferta empresarial

Al ser dos los factores que influyen en el cálculo de la indemnización por despido, el principal problema a la hora de realizar la oferta se origina precisamente al cuantificar el salario del trabajador y el tiempo de servicios prestados.

En relación con el salario regulador, se pueden cometer los siguientes errores:

- 1.- Que la empresa no tenga en cuenta para su cálculo el promedio devengado en el último año en conceptos variables, como pueden ser las comisiones⁸³.
- 2.- Que no tenga en cuenta la realización de horas extraordinarias, siempre y cuando estén acreditadas y se realicen de forma habitual⁸⁴.
- 3.- Que la empresa no haya tenido en cuenta el plus de nocturnidad⁸⁵.
- 4.- Que la empresa calcule la indemnización con arreglo al salario que tenía el trabajador en el momento de pedir la excedencia y no conforme al salario que le correspondería en la fecha de su solicitud de reingreso⁸⁶.

83 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, Sentencia de fecha 21-11-2006 (rec. 3940/2006). En esta Sentencia la Sala considera que la empresa no ha depositado correctamente la indemnización por despido al no tener en cuenta las comisiones percibidas por el trabajador, pero además declara que al estar de baja por enfermedad durante el año anterior al despido deben tenerse en cuenta las comisiones percibidas con anterioridad a la baja por enfermedad: «... pues si en el año natural inmediatamente anterior al despido el contrato estuvo suspendido, lo que impide el devengo de cualquier salario, debe acudir a la anualidad inmediata de actividad laboral, puesto que cuando hablamos de año inmediatamente anterior al despido nos estamos refiriendo, por lógica, a un año de actividad laboral. Por ello, si durante la anualidad inmediatamente anterior se ha producido un período de suspensión, éste se descuenta, y el salario variable se calcula promediado en función del tiempo efectivamente trabajado en el período considerado. Con ello se cumple la finalidad resarcitoria a que el art. 56 responde».

84 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, de fecha 02-03-2009 (rec. 67/2009), que desestima el recurso planteado por la empresa, pues consignó judicialmente la indemnización tomando como referencia el salario del mes anterior al despido, en el cual el trabajador no realizó horas extras, teniendo en cuenta que «...desde el inicio de su relación laboral en 2001 el demandante ha venido realizando de manera regular horas extraordinarias. no se acomoda, desde luego, a los postulados de la alegada buena fe ni a los de la comentada doctrina jurisprudencial, que en el cómputo de la indemnización extintiva correspondiente al trabajador ese importante dato queda obviado, dando lugar con ello a una apreciable disminución (del 13,74% en términos porcentuales) de la cantidad ofrecida respecto de la que resultaba adecuada a un componente retributivo del que la empresa era perfecta conocedora, que tiene naturaleza salarial y al ser habitual, como en el caso de autos, pasan a formar parte del salario regulador del despido».

85 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, de fecha 25-11-2008 (rec. 4867/2008), que señala que no puede entrar en juego el límite de los salarios de tramitación porque «El empleador conocía que el trabajador tenía parte de su jornada en horario nocturno y que debía abonarle el complemento de nocturnidad, sin embargo en el cálculo de la indemnización no tuvo en cuenta el promedio de la cuantía que le hubiese abonado en el año anterior al despido, con la intención de evitar una indemnización superior».

86 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 16-07-2010 (rec. 1983/2010): «Así las cosas, el cálculo de la indemnización resarcitoria del acto ilícito de despido improcedente ha de referirse a la fecha

5.- Que la empresa no haya actualizado el salario fijado en el Convenio Colectivo, abonando el salario del trabajador con arreglo al Convenio anterior⁸⁷.

6.- Tomar como salario regulador la cantidad neta percibida por el trabajador en vez de su retribución bruta⁸⁸.

7.- Que la empresa no reconozca como salario las cantidades abonadas al trabajador fuera de la nómina⁸⁹.

8.- Que la empresa no tenga en cuenta las cantidades que ha abonado en concepto de dietas, cuando en realidad esas cantidades no eran para compensar gasto alguno, sino un mayor salario⁹⁰.

de producción de tal daño, que obviamente es la del cese en la empresa derivado del despido, y no la fecha del paso a la excedencia voluntaria, situación en la que la relación individual de trabajo sigue estando viva aunque en estado latente. La referencia de la indemnización de despido ha de ser el «derecho expectante» malogrado por la conducta ilícita del empresario, un derecho que tiene que ver con el momento del cese o extinción del contrato de trabajo, en cuanto que se proyecta hacia una fecha de futuro y no hacia el punto temporal ya pasado de la obtención de la situación de excedencia». Sin embargo, hay que tener en cuenta que en estos casos, el Tribunal Supremo mantiene la tesis de que cuando el despido consiste en no readmitir al servicio activo desde la excedencia voluntaria no se devengan salarios de tramitación porque ningún salario venía percibiendo el despedido (por todas, STS, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de fecha 03-05-2011 (rec. 3453/2010).

87 Ver Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Sevilla, Sala de lo Social, de fecha 27-01-2009 (rec. 1499/2008), que juzga el caso de una empresa que reconoce la improcedencia del despido y consigna la indemnización calculada de acuerdo con el convenio colectivo anterior, a pesar de haberse publicado varios meses con anterioridad al despido: «... y en este caso es evidente que la oferta realizada no se ajustaba a lo determinado en la norma, ni podía considerarse un error excusable, puesto que la empresa debía conocer las nuevas tablas salariales que se habían publicado, con una antelación de seis meses, a la decisión extintiva, reconocida como despido improcedente».

88 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de fecha 11-03-2008 (rec. 9499/2007), que categóricamente determina que «es el salario bruto el que representa la retribución que el trabajador percibe por el trabajo realizado, y por tanto debe ser éste mismo el que se tome en cuenta para establecer la indemnización y los salarios de tramitación».

89 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de fecha 23-01-2009 (rec. 726/2007), en la cual considera la Sala que «la única cuestión jurídica debatida en este recurso de suplicación consiste en fijar cual sea el salario regulador del despido del trabajador recurrente, para lo que ha de tenerse en cuenta que la cantidad de 1.500 euros que percibía fuera de nómina por realizar trabajos en los centros de trabajo de terceras empresas ...ha de incluirse en el salario regulador de su indemnización por despido en aplicación de lo establecido en los artículos 26 y 56 del Estatuto de los Trabajadores», por lo que estimando el recurso presentado por el trabajador fija una nueva indemnización y condena a la empresa al abono de los salarios de tramitación hasta la notificación de la Sentencia, basándose para su cálculo en las cantidades que percibe el trabajador, y que la empresa no declaraba a efectos de IRPF ni cotizaba a la Seguridad Social.

90 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de fecha 24-11-2009 (rec. 3921/2009), que considera salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de dietas porque: «Pues bien, en el supuesto de autos no se ha acreditado por la empresa que la cantidad fija mensual de 415 euros percibida por el actor en concepto de dietas corresponda realmente a la finalidad de compensar económicamente al demandante por los gastos realizados por la prestación de servicios fuera de su domicilio habitual, ya que la empresa demandada no ha aportado el menor indicio de prueba acerca de la existencia de dichos gastos, y dada la categoría profesional del actor, responsable del departamento de contabilidad, sus funciones no requerían de desplazamiento alguno fuera de la sede de la empresa, por lo que estamos ante una percepción de naturaleza salarial, aunque la misma formalmente se abonase bajo el concepto de dietas, y al margen del recibo oficial de salarios, debiendo computarse, por tanto, a los efectos del cálculo de la indemnización por despido y de los salarios de tramitación».

9.- Que la empresa no tenga en cuenta a la hora de abonar la indemnización los incentivos ligados a la consecución de objetivos⁹¹, obviando que forman parte del salario del trabajador.

10.- Igualmente, que la empresa no incluya las retribuciones en especie, como puedan ser la vivienda facilitada al trabajador, teléfono o el vehículo para fines propios – no si éste se dedica a uso laboral, constituyendo entonces una herramienta de trabajo⁹².

11.- Que la empresa olvide el pacto relativo a que indemnizaría al trabajador en caso de despido con un determinado número de días por encima de lo exigido en el art. 56.1 ET o con una cantidad determinada, y le oferte o consigne únicamente la indemnización básica⁹³.

91 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de fecha 24-10-2006 (rec. 1524/2005), en la que se resuelve que «bonus» es salario y por lo tanto debe incluirse en el cálculo de la indemnización por despido, « *por lo que debe estarse para fijar la indemnización al importe de la totalidad de las retribuciones que el trabajador percibía en el momento del despido, esto es en el año que este se produjo incluyendo, aunque su devengo fuese del año anterior, por tanto, en el caso de autos, el bonus devengado en 2002, y percibido en el año 2003, en cuantía de 109,59 Euros que nadie discute, debe incluirse a los efectos debatidos por formar parte del salario regulador a efectos de calcular la indemnización legal de 45 días de salario*».

Además, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, de fecha 02-01-2006 (rec. 4634/2005) ha de computarse el bonus como parte de la retribución anual vigente a la fecha del despido que ha de servir de base para la determinación de la indemnización aunque el trabajador no pertenezca a la empresa el 31 de diciembre según lo acordado, pues no puede perjudicarle la pérdida de su empleo por causas ajenas a su voluntad, « *exclusivamente imputables a la patronal, ni beneficiar, por el contrario, al que indebidamente ha impedido el cobro*», es decir, cuando el trabajador pierda el empleo por causas imputables a la patronal por una actuación ilícita, como es el despido improcedente. Más aún, procede la inclusión del concepto «bonus» en el salario regulador de la indemnización, aunque expresamente se haya pactado entre el trabajador y la empresa la no computabilidad del plus a efectos indemnizatorios (Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sección 1ª, rec. 568/2010).

92 Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de fecha 16-11-2011 (rec. 2190/2010), que distingue entre los productos en especie concedidos voluntariamente por la empresa para fines particulares de los productos en especie necesarios para la realización del trabajo encomendado: «*la vivienda que se puso a disposición de los trabajadores por su empleador no tenía otra causa que el contrato de trabajo y la facilitación de la prestación laboral constitutiva de su objeto. En efecto, amén de ser el pastoreo una actividad en la que es de uso corriente o conveniente la facilitación de vivienda por estrictas razones ligadas al trabajo debido, es que los despidos verbales actuados fueron coetáneamente acompañados de la decisión de que se procediera al abandono de la vivienda por los trabajadores despedidos, lo cual es bien revelador de que el único título que justificaba el uso de la vivienda era el contrato de trabajo y su objeto material. Así las cosas, la vivienda puesta a disposición de los trabajadores fue percepción económica en especie insertable en las previsiones de los artículos 26.1 del Estatuto de los Trabajadores y 23.1 B) a) del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, percepción esa cuya cuantificación económica ha de efectuarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, puesto que así viene ello impuesto por el apartado 1.B) c) del antes citado artículo 23 del Reglamento General de Cotización*» .

93 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Málaga, Sala de lo Social, de fecha 22-06-2011 (rec. 608/2001, que expresamente contempla la validez del pacto entre las partes con respecto a una indemnización por encima de lo estipulado en el Estatuto: «*De entrada, hemos de señalar que resulta legal y ajustado a Derecho que por vía de Convenio Colectivo o de pacto individual pueda establecerse una indemnización por despido improcedente en cuantía superior a la prevista en el artículo 56.1. a) del Estatuto de los Trabajadores, pues dicho precepto legal es una norma de Derecho necesario relativo, la cual puede ser mejorada para el trabajador por pactos colectivos o individuales, cosa que no podría hacerse si se estuviera ante un precepto de derecho necesario absoluto, calificación que no concurre en la indicada norma legal (en este sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 11*

De la misma manera que se dan errores a la hora de realizar el cálculo del salario regulador, también existen errores a la hora de computar los años de servicio en la empresa. Sin embargo, antes de nada hay que aclarar que por tiempo de servicios no se debe entender la antigüedad reconocida en nómina al trabajador, sin más, pues según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, a efectos de cuantificar la indemnización por despido improcedente no puede ser confundida la antigüedad que pudiera asignársele o reconocérsele al trabajador en el contrato que da comienzo a la relación laboral como resultado de serle respetada la lograda en anteriores contratos con otras empresas, respecto de los cuales no exista subrogación, con el verdadero tiempo de servicios generado en la empresa de la que es despedido. Así, son numerosas las Sentencias de este Tribunal que concluyen que en los casos en que exista discrepancia entre la antigüedad reconocida y los períodos de servicios prestados, a efectos de indemnización deben tenerse en cuenta sólo estos últimos, salvo en los supuestos en que exista cláusula contractual expresa que establezca lo contrario⁹⁴, pues sólo este último concepto –tiempo de servicios- sirve para fijar la indemnización que le corresponde al trabajador cuyo despido sea jurisdiccionalmente declarado improcedente, de acuerdo con lo que determina el art. 56.1 a) ET, mientras que el primero –la antigüedad- es de aplicación a efectos retributivos del plus correspondiente.

Una vez esclarecida esta diferencia, veremos que los errores más comunes a la hora de considerar los años de servicios pueden ser los siguientes:

1.- Computar únicamente los servicios prestados en la empresa que despide al trabajador, sin tener en cuenta un pacto expreso previo conforme se le respetaría la antigüedad asignada o adquirida en otra empresa, si en dicho pacto se hubiese hecho constar que dicha antigüedad sería también a efectos de despido improcedente o que

Mar. 1997 y 25 May. 1999)..... En consecuencia, siendo válido y ajustado a Derecho el compromiso de la empresa por el que se comprometía a abonar al trabajador en caso de despido improcedente, con independencia de la indemnización que legalmente le correspondiese por dicho concepto, una indemnización supletoria o adicional de 1.200.000 ptas. por cada año trabajado desde el 9 Jul. 1999, debe desestimarse el recurso de suplicación interpuesto y confirmarse la sentencia recurrida que fijó la indemnización por despido conforme a los criterios antes indicados».

⁹⁴ Entre las que cabe destacar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 08-03-1993 (rec. 29/1992) , y la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 15-12-2004 (rec. 66/2004), que expresamente diferencia: «*la antigüedad en los concretos supuestos de novación contractual por cambio de empresario (no constitutivos de subrogación legal) ha sido objeto de análisis jurisprudencial en el que se ha llegado a la conclusión de que cuando se pacta o reconoce el mantenimiento de la antigüedad que el trabajador tenía en la anterior empresa "a todos los efectos" se está haciendo referencia al indemnizatorio por despido improcedente, frente a la acepción estricta del derecho al complemento retributivo, que es la aplicable en ausencia del referido pacto o reconocimiento».*

operaría «a todos los efectos»⁹⁵, pues teniendo en cuenta que las causas lícitas de un pacto de mejora de la indemnización pueden ser múltiples, se presumen lícitas mientras el deudor no pruebe lo contrario –art. 1277 CC--, y además está el hecho fundamental de que la rescisión y devengo de la indemnización no derivan de una iniciativa del trabajador, sino del ejercicio de un acto ilícito de la empresa, por lo cual ha de pagar con arreglo a lo pactado.

2.- No computar el período de prestación del servicio militar⁹⁶, pues según reiterada jurisprudencia, del art. 45 1.e ET no se desprende otra cosa que la naturaleza suspensiva de tal prestación, en la que únicamente cesan las obligaciones recíprocas de las partes de prestar servicios y abonar los salarios, manteniéndose por lo demás la vigencia del contrato, debiendo computarse dicho período como años de servicios a los efectos de determinar la indemnización por despido, al venir esta situación impuesta al trabajador por la Ley, no siendo la interrupción de servicios un acto

95 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de fecha 05-05-1987: «1.- Si bien cabe distinguir entre antigüedad y años de servicio, atribuyendo, en defecto de pacto expreso, a la primera significado sólo a los efectos salariales y profesionales, mas no a los de la indemnización del artículo 56.1-a) del Estatuto de los Trabajadores a determinar, como en el mismo se prescribe, en base a los años, o fracción, reales de servicios, la distinción carece de relevancia cuando, como sucede en el supuesto de autos, es intención de las partes atribuir a esa mayor antigüedad que se reconoce sobre los servicios reales el efecto de incrementar la indemnización, equiparando en cuanto al cálculo de la misma, ambos conceptos. 2.- El acuerdo alcanzado en este caso al iniciarse la relación laboral sobre reconocimiento de antigüedad a todos los efectos y entre ellos el de calcular la indemnización por rescisión del contrato, ha de producir los efectos previstos en el artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, que admite que las empresas establezcan en beneficio de los trabajadores condiciones más favorables que las legales».

96 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, Sección única, de fecha 17-02-2003 (rec. 3206/2002) que se basa en que: « si bien es cierto que antigüedad en la empresa y período de prestación de servicios no son conceptos idénticos, también lo es que como expresan las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2001 (recurso 4189/2000) y 17 de enero de 2002 (recurso 4759/2000), la doctrina jurisprudencial sobre la distinción entre antigüedad y tiempo de servicios a efectos de la indemnización de despido se estableció para casos específicos muy diferentes al ahora enjuiciado, en los que existía una relación previa con otro empleador o con el mismo empleador, pero de naturaleza diferente (sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1998). Así se razona en la primera de las sentencias citadas que el término «año de servicios» que utiliza el artículo 56.1, a) del Estatuto de los Trabajadores no debe interpretarse, en sentido restrictivo, como «tiempo de trabajo efectivo», porque ni lo dice literalmente el precepto, ni este significado respeta su finalidad, que consiste en fijar la indemnización teniendo en cuenta el período total de vigencia de la relación laboral extinguida. La tesis contraria conduciría al absurdo de excluir, aparte del tiempo no comprendido en la jornada de trabajo, todas las interrupciones o suspensiones que se produjeran en la relación laboral. En este sentido, tal y como ya dijo esta Sala en sentencia de 25-9-2002, nº 5103/02 : «no resulta aplicable la doctrina mantenida en las sentencias de esta Sala de 30 de junio de 1997 y 26 de septiembre de 2001 que excluye de la indemnización el tiempo pasado en situación de excedencia forzosa, en cuanto estas resoluciones fundamentan esta exclusión en lo preceptuado en el artículo 46.1 ET, que determina los derechos inherentes a la excedencia forzosa, entre los que se incluye, únicamente, “el derecho a la conservación del puesto de trabajo y el cómputo de la antigüedad de su vigencia”, pero no el de “tiempo de servicio”.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de fecha 12-07-2007 (rec. 831/2007), y también la Sentencia Tribunal Superior de Superior de Justicia de Canarias (sede Santa Cruz de Tenerife) Sala de lo Social, sec. 1ª, de fecha 29-6-2009, (rec. 199/2009) computan como tiempo de servicios el de prestación del servicio militar. Sin embargo, también existen Sentencias en sentido contrario.

El Real Decreto 247/2001, 9 marzo (B.O.E. 10 marzo) adelantó al 31-12-2001 la suspensión de la prestación del servicio militar declarada por la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 17/1999, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas, por lo que en la actualidad únicamente puede generar este tipo de problemas únicamente el personal con más de 10 años de antigüedad en la empresa.

voluntario, como no lo es una situación de incapacidad temporal. De la misma manera tampoco puede compararse la suspensión del contrato durante la prestación del servicio militar con una excedencia forzosa o voluntaria, pues mientras en el primer caso la interrupción está motivada por motivos ajenos a la voluntad del trabajador, en el segundo caso la interrupción es a instancia del propio trabajador y está motivada por los propios intereses.

3.- Descontar del período de la relación laboral el tiempo en que el trabajador ha visto suspendido su contrato de trabajo por incapacidad temporal. También en este caso el período de suspensión es por causas ajenas a la voluntad del trabajador, así que a efectos de período de antigüedad –entendida ésta como años de servicio- es computable todo el tiempo en el que el trabajador permaneció de baja por incapacidad temporal, puesto que el hecho de que esta situación suspenda la obligación de trabajar y de pagar el salario no anula el contrato de trabajo, sino que el vínculo continúa vivo y, por tanto, han de ser computados todos los períodos de incapacidad temporal, independientemente de su duración y sea cual sea el número de períodos en que el trabajador se haya visto obligado a suspender su contrato de trabajo por motivos relacionados con su salud⁹⁷.

Más aún, el art. 48.2 ET establece que *«en el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente»*. Este precepto parte de que es previsible que ocurra una mejoría y por ello fija un plazo

⁹⁷ Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de fecha 19-02-1998 (rec. 213/1995), que estudiando el recuso presentado por RENFE contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 12 de Valencia en el que la empresa alegaba que el contrato de trabajo estuvo en suspenso primero por i.t. y después por invalidez provisional, por lo que dichos periodos no debían computarse entre los años de servicio a que se refiere el art. 56.1 a) del E.T, solicitando por ello que del cálculo de la indemnización por despido se descontasen dichos períodos, pero el Tribunal desestimó el recurso teniendo en cuenta que : *«El Tribunal Supremo ha entendido (entre otras en la s. de 25 de febrero de 1985, RJ 694), "que las situaciones de incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional, son derivadas de causa independiente de su voluntad, quedando el contrato en suspenso...sin que dichas situaciones interfieran la vida del contrato más que en cuanto a las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo.....; de ahí que el tiempo transcurrido durante tales situaciones ha de estimarse de servicio y por tanto computado a efectos de determinar la antigüedad del trabajador...."Dicha doctrina ha venido siendo aplicada con unanimidad por los distintos T.S.J.»*.

de suspensión de la relación laboral -que constituye una prórroga de la incapacidad temporal- y que es vinculante para el empresario⁹⁸.

Por otro lado, si una vez transcurrido el plazo de suspensión de la relación laboral, en virtud de convenio colectivo se produce una recolocación del trabajador declarado inválido en la empresa en un puesto compatible con su invalidez, en caso de despido improcedente debe tenerse en cuenta la antigüedad inicial en la empresa, sin descontar a efectos de indemnización el tiempo en que permaneció en esa situación⁹⁹.

4.- No computar todo el tiempo de prestación de servicios cuando se haya producido un encadenamiento de contratos temporales sin solución de continuidad o con una interrupción de escasa entidad entre los mismos, aunque no hayan sido celebrados en fraude de ley. En un principio, el Tribunal Supremo tuvo en cuenta como referencia el período de 20 días entre contratos, que es el plazo que tiene el trabajador para demandar contra un despido, pero con el tiempo ha terminado considerando también otras interrupciones aunque sobrepasen esos 20 días, dependiendo de cada caso concreto (finalización de un contrato y disfrute de un período de vacaciones durante 30 días para a continuación suscribir nuevo contrato; finalización de un contrato estando el trabajador de baja por incapacidad temporal para suscribir un nuevo contrato una vez recuperada su capacidad laboral, etc.), pero esa unidad esencial en la contratación no puede deducirse en casos en los que, a pesar de existir numerosos contratos en varios años, las interrupciones en la prestación de servicios alcancen varios meses.

Es decir, si existe una unidad de vínculo se computa toda la relación entre la empresa y el trabajador como una única relación laboral, incluso aunque se hayan suscrito recibos finiquitos a la finalización de cada contrato temporal, pues desde el momento

98 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Social, de fecha 01-12-2010 (rec. 2467/2010), que establece: «*Sentado cuanto precede y visto que el tiempo de permanencia en situación de invalidez absoluta del recurrente ha de ser calificado tras el complemento del hecho probado segundo como período durante el cual estuvo suspendido su contrato de trabajo, se deduce que deberá computarse para el cálculo de la indemnización el período en que el actor percibió la pensión de incapacidad permanente con reserva del puesto de trabajo, por lo que partiendo de la indiscutida antigüedad y salario de 7 de enero de 1992 y 77,84 euros resulta que el importe de la indemnización hay que fijarlo en 28-4-2010 al menos en la suma señalada por el recurrente, esto es 28.414,15 euros*».

99 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social de fecha 28-07-2010 (rec. 700/2010) que estudia el caso de un trabajador que solicita la recolocación una vez declarado en situación de incapacidad permanente total, que en su Fundamento de Derecho 5º dice: «*Finalmente, aún deben de ser resueltas otras cuestiones, relacionadas con el tenor del fallo, respecto a la antigüedad a tomar en consideración, a los efectos de calcular la condena opcional, respecto al salario que, igualmente, debe de ser tenido en cuenta a esos efectos, y finalmente, la cuestión de los eventuales salarios de trámite. En relación a lo primero, entiende esta Sala que, en cuanto que lo que se establece en el precepto convencional es una mera novación contractual, no afecta ello a la antigüedad originaria, que sería por tanto la reconocida en la Sentencia, de 16-11-96 (hecho probado primero), sin que afecte el tiempo de suspensión contractual derivado de la primera declaración invalidarte*».

en que se suscribe un nuevo contrato la consecuencia es que no existe auténtica voluntad liberatoria y extintiva de la relación laboral indefinida por parte del trabajador¹⁰⁰.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la Reforma Laboral de 2006 (Real Decreto 5/2006 de 9 de junio, sustituido por Ley 43/2006 de 29 de diciembre) modificó el art. 15.5. ET, estableciendo una novedad: los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, adquirirán la condición de trabajadores fijos, por lo que parece que, si existe causa de temporalidad para celebrar esos contratos, aunque sean varios, si no se llega al límite de los 24 meses dentro de un período de 30, no se tendrá derecho a la adquisición de la condición de fijo de plantilla –salvo que ya hayan adquirido la fijeza por irregularidades en la contratación con anterioridad a la entrada en vigor de dicho precepto-¹⁰¹, pero que no se adquiriera la condición de fijo de plantilla no implica que una vez producido el despido no se tengan en cuenta todos los contratos de trabajo como tiempo de servicios prestados a efectos del cálculo de la indemnización.

Sin embargo, el Real Decreto Ley 10/2011 de 20 de agosto ha suspendido la aplicación del art. 15.5 ET durante dos años, es decir desde el 31 de agosto de 2011 hasta el día 30 de agosto de 2013. Por lo tanto, las concatenaciones de contratos

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social Sección 1ª, de fecha 17-03-2011 (rec. 2732/2010), que establece que en el caso de contratos temporales sucesivos, si se acredita la unidad esencial del vínculo, prevalece la fecha de inicio del primer contrato a efectos del cómputo de servicios, : « La cuestión planteada, consiste en determinar la antigüedad del trabajador a todos los efectos, cual se dijo antes, cuando han existido sucesivos contratos temporales con breves interrupciones, incluso cuando al término de cada contrato se ha firmado un recibo de finiquito, ha sido ya resuelta por esta Sala en favor de la solución que da la sentencia recurrida. En nuestras sentencias de 8 de marzo y 17 de diciembre de 2007 (Rcud. 175/04 y 199/04) y 18 de febrero de 2009 (Rcud. 3256/07), entre otras, se ha consolidado la doctrina de que en supuestos de sucesión de contratos temporales se computa la totalidad del tiempo de prestación de servicios a efectos de la antigüedad, cuando ha existido la unidad esencial del vínculo , lo que comporta que se le haya quitado valor con carácter general a las interrupciones de menos de veinte días, pero, también, a interrupciones superiores a treinta días, cuando la misma no es significativa, dadas las circunstancias del caso, a efectos de romper la continuidad en la relación laboral existente .Por otro lado, se ha dicho que hay que estar a todas las circunstancias del caso y no sólo a las declaraciones de las partes, porque la voluntad del trabajador puede estar viciada por la oferta empresarial de celebrar un nuevo contrato en próximas fechas. En atención a ello, es doctrina de esta Sala que no se rompe la continuidad en la relación laboral, la unidad del vínculo, a efectos del cómputo de la antigüedad, por la simple firma de recibos de finiquito entre los sucesivos contratos suscritos con cortas interrupciones. En este sentido nuestras sentencias de 29 de septiembre de 1999 (Rcud. 4936/98), 15 febrero 2000 (Rcud. 2554/99), 18 septiembre 2001 (Rcud. 4007/2000) y 18 febrero 2009 (Rcud 3256/07) entre otras».

¹⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de fecha 11-11-2010 (rec. 1163/2010): «En el asunto debatido también precede a la firma del documento -el 31 de diciembre de 2008- la notificación del despido -el 15 de diciembre de 2008- debiendo añadirse que la circunstancia de que en un periodo de treinta meses la trabajadora haya estado contratada mediante dos contratos temporales - del 3-10 al 31-12-06 y del 1-2-07 al 31-12-08- por un periodo superior a veinticuatro meses, supone que la trabajadora adquirió la condición de fija, a tenor del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores y, en consecuencia, el cese notificado por la empresa el 15 de diciembre de 2008 constituye un despido improcedente al que corresponde una indemnización sensiblemente superior a la abonada, teniendo en cuenta que el salario de la trabajadora ascendía a 1473'56 euros y la prestación de servicios se ha prolongado durante mas de veinticuatro meses»

temporales podrán superar el plazo máximo de 24 meses dentro de un período de 30 meses sin las consecuencias previstas en dicho artículo. De la misma manera que en el caso anterior, si se produce un despido se computarán igualmente todos los contratos a efectos de la indemnización.

Pero no debemos olvidar que, aun en suspenso dicho precepto, sigue vigente el apartado 3 del mismo art. 15 ET, que dispone que serán considerados fijos los contratos de duración determinada celebrados en fraude de Ley, con lo cual, aunque no se suscriban varios contratos ni se superen los indicados 24 meses, el trabajador tendrá igualmente la consideración de fijo de plantilla con un único contrato si es celebrado en fraude de ley¹⁰².

5.- No computar en los casos de subrogación empresarial la antigüedad conservada por el trabajador en virtud de los períodos trabajados en la anterior o anteriores empresas, pues en virtud de lo establecido en el art. 44 ET el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior. La subrogación es total, alcanzando a cualquiera de las condiciones de trabajo, ya sean de origen legal, por convenio colectivo o contrato de trabajo, debiendo incluirse el tiempo de servicios prestados, tanto a efectos retributivos como indemnizatorios. Esta sucesión¹⁰³ puede ser por actos inter-vivos (compra-venta, permuta, transformación del empresario en sociedad, fusión de sociedades, etc.) o por actos mortis causa (exigiéndose en estos casos que después del fallecimiento del titular de la empresa, ésta continúe con la actividad). Para que exista sucesión de empresa es requisito determinante la transmisión de una gestión económica de la actividad empresarial que se venía desarrollando¹⁰⁴.

102 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Galicia, Sala de lo Social, de fecha 11-10-2010 (rec. 2489/2011), consistiendo el objeto del recurso en determinar si el contrato eventual por acumulación de tareas suscrito entre las partes, nació viciado por falta de causa en la temporalidad, tal como sostiene la sentencia recurrida, o por el contrario, debe reputarse ajustado a derecho tal como afirma la Xunta de Galicia, por entender que la actora fue contratada como consecuencia del exceso de trabajo por insuficiencia del cuadro de personal, concluyendo el Tribunal Superior que « en el presente caso claramente se utiliza una de esas expresiones inconcretas y genéricas: "Acumulación de tareas", sin concretarse en absoluto en qué consistía efectivamente ese exceso de trabajo y el motivo del mismo, ni acreditarse tampoco esa eventualidad justificativa de la temporalidad del contrato durante el periodo de vigencia del vínculo. En este sentido, es concluyente y debe estimarse correcto el razonamiento del Magistrado de instancia, por cuanto no se identifica en modo alguno la causa de la temporalidad en el contrato de trabajo celebrado en enero de 2010... Por ello, esa falta de causa comporta que la cláusula de temporalidad deba entenderse viciada con el consiguiente carácter indefinido - que no fijo- de la relación laboral desde su inicio, al haberse celebrado el contrato en fraude de ley (art. 15. 3 ET y 6. 4 . del Cc»

103 La jurisprudencia considera que también existe subrogación cuando existe una sustitución de un empresario por otro, formalmente diferente, pero dedicado a la misma o similar actividad, en el mismo domicilio social, mismas instalaciones, misma plantilla, etc..., aunque no exista documento oficial que acredite dicha sucesión.

104 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, Sección 1ª , de fecha 14-01-2010 (rec. 1153/2009), que desestima el recurso interpuesto por la empresa adquirente contra la Sentencia del Juzgado de lo Social que

No procede la responsabilidad solidaria que contempla el art. 44.3 ET dentro del plazo de tres años desde la transmisión de empresa por actos intervivos, la cual hace referencia exclusivamente a las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, sino que de los actos ilícitos cometidos por la sucesora, como puede ser el despido sin causa y reconocido como improcedente por la misma, responde únicamente esta última empresa¹⁰⁵.

No obstante, existen otros supuestos en los que la aplicación del art. 44 ET viene obligada por cláusulas establecidas en los convenios colectivos, cual puede ser el caso de las prestaciones de servicios en régimen de contratas de limpieza, seguridad, vigilancia, hostelería, asistencia domiciliaria, etc., aun cuando no se transmitan los elementos esenciales para llevar a cabo la actividad económica. Lo mismo sucede en el caso de las concesiones administrativas, en las cuales lo exige directamente el pliego de condiciones, a fin de mantener las relaciones laborales con los antiguos

declaró nulo el despido de una trabajadora: «A la vista de todo lo anteriormente expuesto se ha de concluir que para determinar si ha existido o no sucesión de empresa, no es determinante si el nuevo empresario, continuador de la actividad, es propietario o no de los elementos patrimoniales necesarios para el desarrollo de la misma, ni si ha existido o no un negocio jurídico entre cedente y cesionario, sino si se ha producido un cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma y si la transmisión afecta a una entidad económica que mantenga su identidad.

En el presente caso, ya hemos visto que, de acuerdo con los hechos probados y los que con tal valor figuran en los fundamentos jurídicos la condenada y recurrente realiza la misma actividad, en el mismo centro, con los mismos medios materiales y tres trabajadores, una de las cuales prestaba servicios para la anterior, la misma clientela, parecido nombre social y el mismo administrador, por lo que se daría el supuesto del artículo 44 ET».

105 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 22-11-203 (rec. 2193/203), que señala: «Recordemos ahora brevemente los hechos declarados probados, tal como han resultado fijados tras la parcial estimación que hemos hecho del motivo de recurso anterior: la actora trabajó en «Montajes Barbadun, SA» desde el 1 de junio de 1991 hasta el 31 de mayo de 1999; al día siguiente, esto es, el 1 de junio de 1999 la demandante fue contratada por «Montajes Barbadun Industrial, SA», habiendo trabajado como Auxiliar Administrativo hasta el 23 de octubre de 2002 en que se le notificó carta de despido con efectos del mismo día, por causa disciplinaria; la actora firmó un finiquito incluyendo la indemnización, pero impugnó el despido y en conciliación previa la empresa admitió su improcedencia, si bien se le reconoce indemnización tomando la antigüedad de la segunda empresa. en acto de juicio oral, aunque el juez no lo recoge, la empresa «Montajes Barbadun Industrial, SA» admitió la existencia de sucesión de empresa.....Partiendo de tal realidad y de la previsión del artículo 44.1 ET en el sentido de tener por subrogado al adquirente o sucesor de una empresa en los derechos y obligaciones del anterior empresario, ninguna duda cabe de que ello afecta a la antigüedad a tener en cuenta, debiendo computarse los servicios prestados para la empresa anterior, a la que la ahora mencionada sucedió sin solución de continuidad en la relación laboral de la actora. por ello, la antigüedad a computar para el cálculo de la indemnización será la de la fecha de inicio de la prestación de servicios para la cedente «Montajes Barbadun, SA», esto es, el 1 de junio de 1991».

Ver también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 17-03-2008 (rec. 309/2008), que estimando el recurso interpuesto por el trabajador en proceso seguido sobre despido, que sostiene que «El art. 44 ET (consolida un derecho en favor del trabajador a mantener todas las prerrogativas. y circunstancias de la anterior empresa, en una clara protección de su esfera ante los tráficos mercantiles. De aquí el que no apreciándose ningún fraude (el fraude no se presume nunca, TS 14-3-2005), el trabajador acceda a la nueva empresa con todo el bagaje que ha adquirido previamente, sin que quede obligado a efectuar reclamación alguna, pues el derecho se ha cuestionado al tiempo del despido. Las relaciones entre las empresas no van a afectar al derecho del trabajador, y no puede quedar en detrimento suyo la falta de diligencia o acuerdo concordado entre los diversos implicados en la cesión. Con las anteriores argumentaciones es suficiente para estimar el recurso, en el sentido de dotar a la trabajadora de una mayor antigüedad que se corresponde con una indemnización superior, que implica, a su vez, que la facultad ejercitada del art. 56. 2 E en orden a la exoneración de salarios de tramitación, no proceda, por cuanto que la empresa ha realizado un pago inferior a aquél que correspondía».

trabajadores¹⁰⁶. En estos dos últimos casos, al no existir verdaderamente una sucesión de empresa en los términos del art. 44 ET, los trabajadores pueden oponerse a la subrogación del contrato y negarse a aceptar el cambio de empresario –lo que no es muy frecuente-.

Por último, en los casos de sucesión de contratistas en los que no conste la existencia de norma convencional que prevea el régimen aplicable a los trabajadores que procedan de la contrata anterior, y en los que descansa fundamentalmente la actividad económica de la empresa en la mano de obra empleada, resulta que también se puede aplicar la subrogación empresarial por «sucesión de plantilla», es decir, cuando la nueva empleadora no se limite a continuar la actividad con su propia plantilla sino que contrata a un número muy importante de la plantilla de la anterior empresa, se le deben aplicar las reglas del art. 44 ET, siendo considerada la no reincorporación del personal excluido un despido improcedente, debiendo fijarse asimismo la antigüedad inicial a efectos del cálculo de la indemnización correspondiente¹⁰⁷. Por el contrario, si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino

106 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 04-10-2005 (rec.1929/2005), que desestima el recurso interpuesto por la empresa contra la Sentencia del Juzgado de lo Social que declaró la improcedencia del despido y condenó a la empresa a abonar al trabajador la correspondiente indemnización y salarios de tramitación hasta la fecha de la notificación de la Sentencia con arreglo a su antigüedad inicial: « Planteado el recurso en los términos expuestos, no puede prosperar por las siguientes razones. En primer lugar, porque el artículo 31.2 del CONVENIO Colectivo de las empresas de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Valencia , al regular el supuesto de subrogación en la contrata, impone a la nueva empresa contratista la obligación de respetar el contrato de trabajo y todos los derechos derivados del mismo –entre ellos la antigüedad– existentes entre la empresa subrogada y los trabajadores que, como el actor, estuviesen prestando servicios por un período superior a cuatro meses en el centro de trabajo objeto de la subrogación. Por tanto, esta previsión de la normativa convencional no se cumpliría de aceptarse la tesis propuesta por la empresa recurrente de calcular la indemnización derivada de la declaración de improcedencia del despido sobre la fecha en que se produjo la subrogación en la contrata, pues en tal caso, no se estarían respetando todos los derechos derivados del contrato de trabajo suscrito entre el trabajador y la primera empresa adjudicataria del servicio de limpieza».

107 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de fecha 12-07-2010 (rec. 2300/2009), que explica la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con las garantías por cambio de empresario, derivada de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y resume así: « En efecto, si bien la doctrina de la Sala ha mantenido que la mera sucesión en la actividad que se produce como consecuencia en el cambio de adjudicación de las contratas con salida de un contratista y la entrada de otro nuevo no constituye un supuesto de transmisión de empresa previsto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores cuando no va acompañada de la cesión de los elementos patrimoniales precisos para la explotación, debe tenerse en cuenta que esta doctrina se rectificó a partir de las sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 -reiteradas por las sentencias de 29 de mayo y 27 de junio 2008 - para acomodarla al criterio que en aplicación de la Directiva 2001/23 ha mantenido el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea- en numerosas sentencias entre las que pueden citarse las de 10 de diciembre de 1998 (casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal), 25 de enero de 2001 (caso Liikeene), 24 de enero de 2002 (caso Temco Service Industries) y 13 de septiembre de 2007 (caso Jouini), que sostienen que "en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica" y, por consiguiente, dicha entidad puede mantener su identidad, aun después del cese en la actividad contratada, cuando "el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea". Por lo que se refiere a una empresa de limpieza se ha dicho también, que "un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción (SSTJCE de 10 de diciembre de 1998 y 24 de enero de 2002)".

que exige de material e instalaciones para ser llevada a cabo, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y éste asuma un número importante de trabajadores del anterior, no se considera que hay sucesión de empresa si no se transmiten los elementos materiales necesarios para el ejercicio de la actividad¹⁰⁸.

6.- No computar los servicios prestados para las distintas empresas de un grupo empresarial, cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias: 1) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, 2) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo, 3) Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales, 4) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección.

Así, con el término «grupo de empresas» se viene designando un fenómeno según el cual las sociedades que lo integran, aun siendo independientes entre sí desde una perspectiva jurídico formal, actúan con arreglo a criterios de subordinación que permiten identificar una cierta unidad económica. No es suficiente con que las empresas compartan la misma dirección, organización o participación accionarial, sino que debe analizarse en cada caso concreto si además de estos vínculos concurren o no las circunstancias señaladas anteriormente, si las empresas hacen un uso puramente formal de la personalidad jurídica de cada una para encubrir la realidad de un único empleador -disfrazado de distintas empresas- que ha mantenido con el trabajador una única relación laboral desde su inicio a través de las sucesivas contrataciones con las sociedades integrantes del grupo. En estos casos deben computarse todos los períodos de prestación de servicios¹⁰⁹ a efectos de la indemnización por despido.

108 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 23-10-209 (rec. 2684/2008) y Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 28-04-209 (rec. 4614/2007), que contemplan estos supuestos en los que no existe transmisión patrimonial.

109 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 09-06-2008 (rec. 3323/2007): «En el primer motivo dedicado al examen del derecho aplicado, denuncia infracción del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores, combatiendo la existencia de grupo empresarial y, a consecuencia de ello, la antigüedad reconocida en la sentencia, con la consiguiente repercusión en la cuantía de la indemnización. Respecto a la existencia de grupo de empresas ya se ha dado adecuada respuesta en el fundamento anterior al examinar el recurso de la otra empresa recurrente y ello determina que, a los efectos de la indemnización por despido, la antigüedad del trabajador que se le ha de reconocer es desde el 6 de julio de 1999, fecha en que fue dado de alta en la Seguridad Social por TAMESUR, S.A., pues los inatacados hechos probados acreditan que desde ese momento ha permanecido prestando servicios ininterrumpidamente para las dos empresas, pese a que hubo un periodo - del 2 de julio a 3 de agosto de 2005- en que no estuvo de alta en la Seguridad Social, pues por aplicación de la doctrina contenida en la reciente sentencia del

7.- No computar todo el tiempo de prestación de servicios cuando haya habido una cesión ilegal de trabajadores. Según el art. 43 ET, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario¹¹⁰.

En resumen, existe cesión ilegal de trabajadores tanto cuando la cesión no se realiza entre verdaderas empresas, sino que una de ellas no tiene instalaciones ni plantilla, medios propios, patrimonio y actividad empresarial propiamente dicha, pues se limita a suministrar mano de obra sin más valor añadido, como cuando la cesión se produce entre dos empresas reales, amparándose en una contrata, a pesar de que dicha contrata se está ejecutando con los medios materiales de la cesionaria, limitándose la cedente a aportar únicamente mano de obra, pues no ejerce las funciones inherentes a su condición de empresario y carece por completo de facultades de decisión y disposición sobre los trabajadores. Es decir, cuando el cesionario es el que actúa como empresario dando órdenes, controlando el trabajo, fijando las vacaciones, turnos, etc.

Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2007, dictada en Sala General, en la referente al cómputo de los años de servicios a efectos de despido en contratos sucesivos temporales, con interrupciones superiores a veinte días,, se declara citando la STS de 12 de noviembre de 1993 y otras que en ella se citan que "...la antigüedad de un trabajador en una empresa no es otra que el tiempo que el mismo viene prestando servicios a esa empresa sin solución de continuidad, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo al amparo de diversos contratos de clase distintas, temporales o indefinidos", concluyendo tal sentencia que " en supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad esencial del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente", (SSTS de 30/3/ y 15/2/1999, 15/2/ y 11/2000, 18/9/2001, ,27/7/2002, 19/4/2005 y 4/7/2006) .

Aplicando el criterio mantenido por esta Jurisprudencia, la Sala entiende que existe una unidad de vínculo en la relación laboral que justifica el cómputo de todo el tiempo de prestación de servicios como sostuvo la sentencia recurrida, lo que determina el rechazo de esta censura».

110 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 08-03-2011 (rec. 791/2010) que señala: «Acierta, pues, la sentencia recurrida cuando afirma que "puede concluirse que la empresa arrendataria Atlas Servicios Empresariales SL se limita a aportar trabajadores para la realización de actividades de la empresa arrendadora del servicio Coopaman SCL.." y que "en consecuencia, se ha producido entre las empresas codemandadas una cesión ilegal de trabajadores, definida en el art. 43.2 del ET, para lo cual es indiferente que las empresas en cuestión sean entidades reales, pues lo decisivo en este caso es que la empresa que contrató a los trabajadores actúa <de facto> como si se tratase de una empresa de trabajo temporal, limitándose a aportar mano de obra, sin poner en juego los materiales necesarios para realizar la actividad". Y concluye también con acierto: "Por tanto, el cese de los trabajadores debe calificarse de despido improcedente, puesto que los contratos temporales suscritos con la entidad arrendataria del servicio, bajo la modalidad para obra o servicio determinados, no respondían a la naturaleza temporal que les es propia, sino como mero instrumento jurídico para realizar el tráfico de trabajadores prohibido por la ley».

El trabajador tiene el derecho a adquirir la condición de fijo en cualquiera de las dos empresas, cedente o cesionaria, a su elección, aunque para que pueda darse esta opción el cedente debe tener entidad real, y además debe existir la cesión ilegal en el momento en que se ha producido el despido¹¹¹.

La antigüedad debe computarse desde el inicio de la cesión ilegal, aún en el supuesto de que en el momento del despido haya desaparecido la situación de cesión ilegal por estar ya directamente prestando sus servicios el trabajador en la que antes era la empresa cesionaria, concurriendo ahora en el mismo empresario la apariencia y la realidad de la prestación de servicios¹¹².

De la misma manera, estamos ante una cesión ilegal de trabajadores cuando el contrato de puesta a disposición realizado por una ETT no reúna los requisitos establecidos para su celebración por tiempo determinado, es decir, cuando dicho

111 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 08-07-2003 (rec. 2885/2002), que establece: «*Es cierto que el tenor del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores obliga a entender que la acción de fijeza electiva que el precepto reconoce al trabajador ilegalmente cedido, con los derechos y obligaciones que precisa la norma, ha de ejercitarse necesariamente "mientras subsista la cesión"; y así lo reconoció la antigua jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 22 de septiembre y 21 de diciembre de 1977 y 11 de septiembre de 1.986). De modo que, concluida la cesión, no cabe el ejercicio de esa acción de fijeza, aunque aquella haya sido ilegal. Pero ello no es obstáculo para que cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador al accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que ésta quede acreditada en juicio, pues como señaló la ya citada sentencia de 11 de septiembre de 1.986, la aplicación del art. 43 "requiere, como requisito "sine qua non", que haya quedado establecido el hecho que suponga el préstamo o cesión del trabajador por una empresa a otra (es lo que resulta de las sentencias de 19 de diciembre de 1980 (RJ 1980, 4956) , 19 de enero (RJ 1982, 253) y 16 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 6714))"».*

Sin embargo, el Tribunal Supremo, matizó esta Sentencia del año 2003 en otra posterior de fecha 07-05-2010 (rec. 3347/2009) al estudiar si resulta jurídicamente viable, si existe acción para los trabajadores encaminada a la declaración de cesión ilegal cuando en el momento del juicio oral han pasado a depender los trabajadores desde la empresa cedente originaria a otra que se ha hecho cargo de la actividad y de los trabajadores mediante nueva contrata, afirmando en dicha Sentencia que «*el momento en que ha de entenderse como determinante para analizar la posible existencia de una cesión ilegal de trabajadores y la pervivencia de la situación que puede dar origen a tal situación encuadrable en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores no es el momento del juicio oral u otro anterior o posterior, sino el de la demanda interpuesta en el Juzgado de lo Social, pues en ese momento, tal y como disponen los artículos 410, 411 y 413.1 LEC, cuando se producen los efectos de la litispendencia*».

112 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 27-01-2011 (rec. 14/2011), en la que el Tribunal, constatando la existencia de cesión ilegal de trabajadores, dado que la ocupadora formal de la demandante se limitó a suministrar la mano de obra a la cesionaria con quien tenía suscrito convenio de colaboración sin poner en juego su estructura y organización empresarial, dictamina que no procede imputar responsabilidad a la cedente por el despido, pero ello no impide que el período de prestación de servicios en situación de cesión ilegal sea computable a los efectos de determinar la antigüedad dada la continuidad en la posterior prestación de servicios para la cesionaria, pues «*Del conjunto de razonamientos que se contienen en los apartados anteriores se desprende que, durante el periodo en el que la demandante estuvo prestando servicios para Provienda fue cedida ilegalmente al IRVI, lo que lleva consigo, no sólo que la antigüedad que deba tenerse en cuenta a efectos indemnizatorios sea la correspondiente al inicio de su relación de trabajo para Provienda, sino también que la vinculación de la trabajadora con el IRVI cuando formalizó su contrato eventual por circunstancias de la producción tuviera ya carácter indefinido, no siendo posible el sometimiento de su vínculo laboral a una relación temporal*».

contrato se celebra en fraude de Ley¹¹³, con lo cual también debe computarse toda la prestación de servicios a efectos del cálculo de la indemnización por despido.

8.- No computar los períodos trabajados con anterioridad en virtud de contrato de puesta a disposición, si a continuación suscribe directamente el trabajador el contrato con la empresa que posteriormente le despedirá, y ello aun en el supuesto de que el contrato con la ETT no fuese considerado celebrado en fraude de Ley. En estos supuestos también se tendrá en cuenta el período de servicios prestados desde la fecha real de ingreso en la empresa hasta la fecha del despido, computando para ello la totalidad de la contratación atendiendo a la unidad esencial del vínculo laboral cuando son breves las interrupciones entre contratos, incluso aunque existan recibos finiquitos¹¹⁴, es decir, sumando los períodos trabajados en ambas empresas: ETT y

113 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 4-7-2006, (rec. 1077/2005), que estudia las consecuencias de un despido practicado por una ETT que suscribe contratos de puesta a disposición con la misma empresa, llegando a la conclusión de que entra dentro del concepto de cesión ilegal de trabajadores la cesión con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra, y que en estos casos la responsabilidad solidaria no debe limitarse a las obligaciones salariales y de seguridad social sino que deben alcanzar también a las consecuencias del despido, debiendo además computarse la antigüedad a efectos de la indemnización por despido desde el primer contrato: « En concreto, si en el supuesto que es objeto de debate la trabajadora ha prestado servicios ininterrumpidos para ""N., S.L. Unipersonal"" desde el 18/06/01 y hasta el 15/12/02, realizando siempre las mismas funciones y utilizándose al efecto sucesivos CPD, en coherencia con nuestras precedentes argumentaciones hemos de concluir que contratación es fraudulenta (declaración en la que coincide la propia sentencia recurrida, en el fundamento segundo in fine), por ir dirigida a atender necesidades permanentes de la empresa, y que la responsabilidad derivada de la calificación del cese como despido improcedente (calificación a la que se han aquietado las partes recurrentes en suplicación) ha de atribuirse solidariamente a las ETT ("A., S.A." y "R., S.A.") y a la empresa usuaria ("N., S.L. Unipersonal"), en recta interpretación del art. 16.3 LETT y con aplicación del art. 43.2 ET, por imponerlo así el mandato del art. 6.4 CC ("los actos realizados ... en fraude ... no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir")..... «1.- Una última cuestión resta por tratar y es la relativa a la antigüedad computable a los efectos de calcular la indemnización; extremo sobre el que versa la última de las infracciones normativas denunciadas, la del art. 56.1 ET, que igualmente estimamos concurrente, al entender que ha de mantenerse la antigüedad de la inicial prestación de servicios. 2.- En efecto, si ya desde la fecha del primer CPD (18/06/01) la contratación temporal de la trabajadora nos ha merecido la calificación de fraudulenta, por atender a necesidades permanentes de la empresa y no a las temporales aducidas y que son propias del CPD, desde aquella fecha la relación ha tenido cualidad de indefinida y las posteriores contrataciones - también temporales- para nada afectaron a la existencia de ese único e indefinido vínculo».

114 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de fecha 07-04-2004 (rec. 55/2004), que contempla el supuesto de un trabajador despedido por una empresa que previamente había suscrito un contrato de puesta a disposición con una ETT para al cabo de unos días contratar directamente al trabajador, aplicando la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la sucesión de contratos de trabajo si no existe una interrupción de cierta entidad, por lo que al reconocer la empresa la improcedencia del despido y depositar la indemnización correspondiente únicamente al contrato celebrado con el trabajador sin tener en cuenta la previa prestación de servicios es condenada a abonar una indemnización superior y los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la Sentencia del Juzgado de lo Social: : «Pues bien, en el presente caso es un hecho no discutido que la trabajadora prestó sus servicios para la empresa «Cableuropa, SA», con la categoría profesional de Agente de Televenta, grupo 4, desde el 17 de julio de 2002 en que suscribió el contrato con «Adecco ETT, SA», hasta la fecha de su despido producido el 22 de julio de 2003, con apenas cuatro días de intervalo entre la fecha de finalización del contrato eventual firmado con la empresa de trabajo temporal y la suscripción del contrato indefinido con la usuaria. Por tanto, y de acuerdo con la línea jurisprudencial expuesta, la indemnización derivada del reconocimiento de improcedencia del despido, debió abarcar «todo el transcurso de la relación contractual de trabajo», aunque un determinado período lo hubiera sido como consecuencia de un contrato de puesta a disposición. Esta interpretación también encuentra apoyo en el artículo 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, en el que, al referirse a la duración del contrato de puesta de disposición, se establece que «si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios para la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido». Y no se opone a ella

empresa usuaria. Hay que tener en cuenta además que el art. 7.2 de la Ley 14/199, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, expresamente establece que *«Si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido»*.

9.- Por último, estaría el supuesto de los períodos en que el trabajador se encuentra en situación de excedencia, tanto voluntaria como forzosa, los cuales en principio interrumpen el cómputo del período de prestación de servicios, salvo que por convenio colectivo o pacto individual se pactare otra cosa¹¹⁵, y por lo tanto no computan a efectos de una indemnización por despido. Sin embargo, parece que tras la publicación de la Ley de Igualdad es de justicia que se compute el período de excedencia solicitado para el cuidado de los hijos, en el que el trabajador conserva el derecho a la reserva del puesto de trabajo (en el primer año conserva el derecho a la reserva de «su puesto», mientras que durante el tiempo restante conserva el derecho a «un puesto» de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente). Y ello es así en base al espíritu de la actual legislación en materia de conciliación la vida laboral y familiar, pues como sostiene el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 28-06-2002 –en la cual se manifiesta claramente que el tiempo de excedencia ha de ser reconocido como de antigüedad a los efectos del cómputo de años que dan lugar al premio de antigüedad- de lo que se trata es de eliminar cualquier distanciamiento entre la situación del trabajador en activo y de aquél que disfruta de la excedencia para el cuidado de un hijo, pues «cualquier diferencia de trato en materia de cómputo del tiempo entre estos trabajadores y los que permanecen en activo en la misma empresa constituiría indudablemente un elemento disuasorio para el operario que pretendiera acogerse a esa situación de excedencia, al saber que durante ese tiempo, dejaría de devengar determinados derechos».

ninguno de los preceptos citados por la empresa recurrente. Ni el artículo 6.2, en cuanto se señala en él los supuestos en que se podrán celebrar contratos de puesta a disposición, lo que en este pleito no ha sido objeto de discusión; ni el artículo 16.3, que establece el régimen de responsabilidades de la empresa usuaria respecto de las contraídas por la empresa de trabajo temporal, toda vez que en el presente caso no se demanda responsabilidad alguna a «Adecco ETT, SA», ni se cuestiona la regularidad de la inicial contratación. Razones que nos conducen a confirmar la sentencia de instancia que así lo entendió y a desestimar el recurso interpuesto contra ella».

115 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, Sala de lo Social, Sección 1ª (rec. 2324/2010) que estudiando el caso de un trabajador que suscribe un pacto de indemnización con la empresa, declara: *« Estamos, por tanto, ante un PACTO convencional, que es manifestación de la libre voluntad negociadora de las partes y que deriva de la propia naturaleza del contrato de trabajo. El PACTO, además, es lícito por no ser contrario a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres. PACTO que encuentra su apoyo en el principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil , pues por último no se ha demostrado la existencia de ninguna norma que impida a la empresa pública demandada constituida como Sociedad Mercantil el PACTO de semejante cláusula indemnizatoria»*.

A partir de esta sentencia del Tribunal Supremo se han ido dictando a lo largo del tiempo lo que son ya numerosas sentencias de los Tribunales de Justicia, siguiendo el mismo criterio, es decir, que el tiempo que permanece el trabajador en excedencia por cuidado de hijos es «tiempo de servicios efectivos» y como tal debe ser computado a efectos de una indemnización por despido, pues cualquier diferencia de trato supondría un alejamiento entre la norma y el cumplimiento de su finalidad¹¹⁶.

7.7 ¿Qué ocurre si la cantidad ofertada y consignada por la empresa es insuficiente? ¿Cómo afecta a los salarios de tramitación?

En el supuesto de que la empresa, obviando la casuística anteriormente descrita relativa al salario y al período de servicios prestados, haya realizado un ofrecimiento y consignación insuficientes, la sentencia dictada condenará en todo caso a la empresa al abono de la indemnización que no fue consignada, pero en lo que respecta a los salarios de tramitación pueden ocurrir dos cosas con resultados totalmente distintos, en función de que el error padecido por la empresa sea admitido como excusable o que el error cometido por la empresa sea considerado inexcusable. Es consolidada la doctrina del Tribunal Supremo que establece que en la aplicación del art. 56.2 ET debe distinguirse entre la consignación insuficiente por error excusable y la consignación insuficiente por negligencia o error inexcusables, distinción que tiene la consecuencia de que «en el primer caso el efecto exoneratorio o interruptivo de la consignación no se malogra, mientras que en el segundo sí».

Es necesario realizar las oportunas indagaciones sobre la motivación del cálculo de la suma ofrecida que puede haber hecho la empresa, y si la misma evidencia el propósito serio de cumplir con el trabajador abonándole la cantidad que legalmente le corresponda, para lo cual es necesario averiguar si se trata de un mero desacierto en el momento del cumplimiento por culpa o negligencia levísima. Debe concurrir una situación tal que aleje toda sospecha de conducta abusiva o fraudulenta por parte del empresario.

Así, hay que tener en cuenta que la mera existencia de una diferencia entre la cantidad depositada por el empresario y la fijada en la sentencia no siempre debe ser suficiente para excluir la exoneración del devengo de los salarios de tramitación, sino

¹¹⁶ En este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de fechas 31-01-2003 (rec. 7277/2002) y 02-07-2004 (rec. 555/2003), respectivamente; así como Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 09-03-2007 (rec. 179/2007); Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 03-11-2009 (rec. 3447/2009) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 5ª, de fecha 28-04-2011 (rec. 5271/2010).

que el órgano judicial viene obligado a examinar las circunstancias que llevaron a la empresa a depositar un importe inferior al debido. De este modo, si queda acreditado que la diferencia entre la cantidad depositada y la finalmente reconocida en la sentencia, es de escasa entidad económica o se debe a un error excusable, deberá operar el mecanismo previsto en el artículo 56.2 del ET, y para ello el Tribunal Supremo ha elaborado la doctrina del «error excusable» en el supuesto de cálculo deficiente de la indemnización puesta a disposición del trabajador al comunicar el despido, declarando que es excusable un error de escasa cuantía proporcional o relativa, explicable o justificable por error material o aritmético o por discrepancia jurídica razonable sobre los elementos necesarios para el cálculo, siendo indicios de error excusable la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar¹¹⁷, o la coincidencia del cálculo de la empresa en la cantidad a consignar con el efectuado por el juzgador, o la dificultad jurídica del cálculo de las indemnizaciones en supuestos en que los conceptos a computar puedan dar lugar a una discrepancia razonable.

A título de ejemplo, la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha considerado los siguientes supuestos como de «error excusable»:

- No incluir en el cálculo de la indemnización las cantidades correspondientes al salario en especie por la utilización del coche para fines particulares (STS de fecha 07-02-2006, Rec. 3850/2004).

- No incluir para el cálculo de la indemnización el denominado «bonus», debido que existía cierta dificultad jurídica en su fijación, al tener en cuenta el período de vencimiento y la diversidad de regulaciones del mismo (STS de fecha 28-2-2006, Rec. 121/2005)

117 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de fecha 19-06-2003 (rec. 3673/2002) que apreciando la existencia de un error excusable en el cálculo de la indemnización únicamente condena a la empresa a abonar la diferencia en la indemnización y en los salarios de tramitación consignados, manteniendo el efecto interruptivo de los salarios de tramitación acordado por el Juez de lo Social: «Los datos que permiten calificar un error de consignación como excusable o no pueden variar de un supuesto a otro, y habrán de ser ponderados en cada caso. Un indicio de error excusable, que apunta la propia sentencia de contraste, es la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar; diferencia achacable en ocasiones a error de cuenta, cuya probabilidad se acrecienta por la complejidad de la estructura retributiva en algunas empresas. Otro indicio de error excusable, también indicado en la sentencia de contraste, es la coincidencia del cálculo de la empresa de la cantidad a consignar con el efectuado por el Juez de lo Social en la sentencia de instancia; lo que sucede tanto en la sentencia recurrida como en la propia sentencia aportada para comparación. En fin, la ya también citada sentencia de esta Sala de 11 Nov. 1998 señala otra causa de error de consignación insuficiente excusable, que es la dificultad «jurídica» del cálculo de las indemnizaciones en supuestos en que los conceptos o elementos a computar en las mismas puedan dar lugar a una «discrepancia razonable». En tal caso, se encarga de precisar esta última sentencia, el error no invalidará el efecto interruptivo de los salarios de tramitación, pero deberá ser corregido mediante el abono de la diferencia que finalmente resulte».

- Depositar la empresa incorrectamente la indemnización por despido, al hacerlo en una cuantía inferior en 54,45 € a la cantidad que legalmente le correspondía al trabajador en función de su salario y años de servicios, por considerar el Tribunal que no ha existido mala fe, sino una inadvertencia disculpable (STS de fecha 27-06-2007, Rec. 1008/2006).

- El Tribunal Supremo sostiene que una diferencia del 157,90 € en la indemnización consignada es excusable, teniendo en cuenta que el salario de la demandante era de cálculo especialmente complejo, pues llevaba a cabo una actividad comercial que implicaba numerosos desplazamientos y percibía dietas que pretendió computar como salarios. Además, el módulo de salario que postulaba en la demanda era de 40,77 euros, cuando la sentencia de instancia le concedió 34,21 y la de suplicación 33,21, lo que evidencia para el Tribunal la dificultad del cálculo, lo discutible de los conceptos y la presencia de factores lejanos a la mala fe en la consignación efectuada (STS de fecha 26-12-2005, Rec. 239/2005).

- Depositar la empresa la indemnización por despido con arreglo a la categoría, antigüedad y salario que venía percibiendo de forma pacífica la trabajadora a lo largo de su vida laboral, sin que hasta el proceso por despido la trabajadora hubiese planteado que la categoría profesional que tenía reconocida no era la que le correspondía (STS de fecha 17-12-2009, Rec. 957/2009).

7.8 Juzgado en el que ha de realizarse el depósito

La redacción del art. 56 ET es tan escueta que no establece el lugar en que debe realizarse la consignación de la indemnización por despido a fin de que libere a la empresa total o parcialmente del abono de los salarios de tramitación, pues se limita a decir que *«el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social ..»* sin especificar en cuál. Esto no reviste mayor importancia cuando la empresa y el centro de trabajo en el que presta sus servicios el trabajador comparten el mismo domicilio, pero en el momento en que no coincide el centro de trabajo del trabajador con el domicilio social del demandado es cuando surgen los problemas. Tampoco la Ley de Procedimiento Laboral –en la actualidad, Ley reguladora de la jurisdicción social- formula reglas sobre la competencia territorial en orden a tal consignación, pues en su art. 10 se limita a regular la competencia de los Juzgados de lo Social desde la posición del demandante.

Tampoco estipula nada el RD 467/2006 de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores, que dispone en su art. 11 únicamente que «*los depósitos y consignaciones que se realicen en el ámbito del orden jurisdiccional social sin existencia previa de un procedimiento incoado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, se ingresarán en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado Decano o en aquélla que sea facilitada por el Juzgado de lo Social territorialmente competente*», con lo que no aclara cual es el juzgado que debe considerarse competente territorialmente cuando son distintos los lugares del domicilio de la empresa y el de la prestación de los servicios.

En vista de ello han sido numerosas las sentencias de los Tribunales de Justicia que han declarado que la consignación de la indemnización puede realizarse en cualquiera de los Juzgados de lo Social con competencia para conocer de la demanda por despido, porque en la fecha del despido el empresario no tiene datos para conocer si el trabajador le demandará ni en qué Juzgado presentará la demanda; otros Tribunales, por el contrario, han considerado que la consignación debe realizarse únicamente en el lugar de la prestación de servicios del trabajador¹¹⁸. De la misma manera, unos Tribunales han considerado que la consignación en el Juzgado no competente equivalía a un error inexcusable y, por ende, no exoneraba a la empresa de abonar los salarios de tramitación, mientras que otros Tribunales lo consideraron un error excusable¹¹⁹ y, por tanto, sí podía la empresa una vez realizada la consignación limitar los salarios de tramitación, argumentando que la elección de un fuero equivocado no debe llevar aparejado la eliminación del beneficio otorgado al empleador de la limitación o exclusión de los salarios de trámite, de igual forma que no

118 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Social, de fecha 03-10-2007 (rec. 787/2007), que desestima el recurso interpuesto por la empresa por haber consignado la indemnización y los salarios de tramitación en el Juzgado de lo Social Nº 29 de Madrid, en donde tenía su domicilio social, cuando el trabajador fue contratado y realizaba la prestación de sus servicios en Zaragoza: «*No consta que en el presente caso se pactase un determinado lugar de pago del salario pero no ofrece duda que si un trabajador es contratado en Zaragoza para prestar servicios en un centro de trabajo radicado en Zaragoza y el trabajador tiene su domicilio en esta localidad, que es la que aparece en sus nóminas, el lugar de pago del salario es Zaragoza. Por ello, la consignación efectuada en Madrid no puede reputarse eficaz a los efectos de privar al trabajador de los salarios de tramitación, los cuales tienen naturaleza indemnizatoria (por todas, sentencias del TS de 8-11-2006 (recurso 3500/2005) y 18-4-200 (recurso 1254/2006). El empresario que despide a un trabajador y pretende excluir o limitar los salarios de trámite, de naturaleza indemnizatoria, deberá cumplir los requisitos legales "ex" art. 56.2 del ET en relación con el art. 1177 del Código Civil y, al no haberlo hecho la empresa demandada, procede desestimar el recurso, confirmando la sentencia de instancia. Iguales consideraciones realiza la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, de fecha 08-11-2005 (rec. 2650/2005).*

119 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Sede Valladolid) , Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 04-10-2004 (rec. 1825/2004), que desestima el recurso del trabajador porque «*con independencia de que el Juzgado de lo Social de Salamanca si pudo ser competente porque en todas las nóminas o recibos salariales figura como centro de trabajo FLEX SALAMANCA, en todo caso la consignación hecha a un Juzgado territorialmente incompetente no priva de eficacia a dicha consignación si cumple los demás requisitos exigidos en el artículo 56..».*

perjudica al trabajador la presentación de la demanda de despido ante Juzgado territorialmente incompetente¹²⁰.

Sobre esta cuestión se ha manifestado recientemente el Tribunal Supremo, declarando que ante el dilema de dar por válida la consignación realizada por la empresa en el Juzgado de lo Social correspondiente al lugar en el que tiene su domicilio social, o dar validez sólo al efectuado ante el juzgado que va a ser luego el competente para conocer de la demanda de despido porque el trabajador decide interponerla ante él, parece evidente que la alternativa lógica debe ser la primera. Razona que el art. 10.1 LPL establece dos fueros alternativos para conocer de las demandas de despido, a elección del demandante (el lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado), y por ello el depósito efectuado en cualquiera de esos dos lugares debe tener la eficacia que le otorga el art. 56.2 ET, es decir, la limitación o eliminación de los salarios de tramitación, ya que «lo contrario sería tanto como dejar al arbitrio del trabajador la validez limitadora del depósito, ya que le bastaría con interponer la demanda en el lugar del domicilio de la empresa demandada, para negar validez al depósito efectuado en el de la prestación de servicios, o viceversa»¹²¹.

Todo cuanto antecede se refiere, por supuesto, a los casos en que la consignación se efectúe con anterioridad a ser demandada la empresa, pues desde el momento en que ésta recibe la citación para la conciliación administrativa debe atenerse a la elección efectuada por el trabajador en cuanto al Juzgado competente para conocer del despido, resultando obligatorio a partir de ese momento, si pretende reconocer la improcedencia del despido, realizar el depósito y los salarios de tramitación hasta la

120 En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, Sala de lo Social, de fecha 14-06-2004 (rec. 1027/2004),

121 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de fecha 30-06-2011 (rec. 4336/2010), que desestimando el recurso planteado por el trabajador declaró ajustada a Derecho la consignación efectuada por la empresa, al haber efectuado el depósito de la indemnización correspondiente al despido, cuya improcedencia reconoce, en el Juzgado de la localidad en la que la empresa tiene su domicilio social, en base a que el art. 10.1 LPL establece dos fueros alternativos para conocer de las demandas de despido, a elección del demandante (el lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado) y por ello el depósito efectuado en cualquiera de esos dos lugares, debe tener la eficacia que le otorga el art. 56.2 ET, aclarando además que «...lo cierto es que no nos encontramos ante un acto de pago de salario, sino de una actuación en sede judicial de ingreso cautelar de indemnizaciones, la sustitutiva de la readmisión, generalmente más cuantiosa y que en modo alguno puede considerarse de naturaleza salarial, y la correspondiente a los salarios de tramitación, también de naturaleza indemnizatoria y, por lo general, de mucho menor importe dado el breve periodo de tiempo al que se contraen. No se trata por tanto de un caso al que sea aplicable el art. 29.1 ET que regula sólo el pago del salario, máxime a la vista de las específicas previsiones reglamentarias ya aludidas. Conviene señalar que el 1.171 del C.C. no ha sido aplicado en ningún caso por esta Sala para resolver un debate como el actual. Tanto nuestra sentencia de (rec. 4102/03) que es la que cita, como la posterior de 21-9-2006, (rec. 4667/04), acudieron a las reglas del pago del Código Civil, más en concreto al art. 1.176 en relación con los arts. 1.177, 1.157 y 1.169 exclusivamente para establecer que el ofrecimiento de pago previsto en el art. 56. 2 del E.T. habría de abarcar toda la deuda, como señala el art. 1.157 del C.Civil, de modo que la oferta debía incluir, junto a la indemnización, los salarios de trámite devengado; supuesto por tanto muy diferente del que ahora resolvemos...»

fecha de la consignación ante ese Juzgado de lo Social y, en el supuesto de existir varios Juzgados en una misma demarcación se efectuará en el que ejerza las funciones de decanato , el cual procederá a asignar el número de expediente de consignación. Una vez realizado el depósito por la empresa, «si el trabajador presentara su demanda en una circunscripción distinta la de la sede del Juzgado que ha recibido la consignación, conforme al art. 9.2 del RD 467/2006, deberá comunicarlo en la demanda para que el secretario judicial competente pueda reclamarlo. De no hacerlo el trabajador, podrá el empresario presentar un escrito aportando el justificante del ingreso para que proceda a realizarse el mismo trámite»¹²².

7.9 Validez de otras modalidades de puesta a disposición de la indemnización

El artículo 56.2 ET, en su primer párrafo, condiciona la validez de la extinción del contrato de trabajo en la fecha del despido a que el empresario ofrezca la indemnización «depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste», y el único procedimiento válido que literalmente establece la norma para poner la indemnización a disposición del trabajador es justamente su depósito judicial, lo cual repite a continuación en su segundo párrafo cuando limita los salarios de tramitación «desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna», siempre que el trabajador hubiera aceptado la indemnización o el despido se declare improcedente si no la hubiera aceptado. De conformidad con el art. 1.3 del RD 467/2006 de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores, la consignación debe realizarse mediante ingreso de cantidades de moneda legal o divisa extranjera convertible en una «Cuenta de Depósitos y Consignaciones», por lo que no se admite como válido la sustitución de la cantidad en metálico por garantías como avales bancarios o garantías hipotecarias.

La finalidad del depósito es la de confirmar que la empresa reconoce el despido como improcedente y que realizará la opción por la extinción de la relación laboral, constituyendo al mismo tiempo una garantía para el trabajador, de manera que éste tenga conocimiento y pueda escoger lo que mejor le convenga, ya sea aceptar la oferta de la empresa, ya sea proceder contra la misma en orden a defender sus derechos.

¹²² ESTEVE SEGARRA, AMPARO: «El despido exprés: la limitación de los salarios de tramitación», Ed. Tirant lo blanch, 2011, pág. 89 y 90.

Y precisamente porque el depósito constituye una garantía para el trabajador, es por lo que el Tribunal Supremo no ha aceptado como válida para limitar o eliminar los salarios de tramitación la transferencia bancaria realizada por la empresa a la cuenta corriente del trabajador -aun cuando fuese éste el medio habitual de pago de sus salarios-. No se basa el Tribunal en que no sea la transferencia un medio seguro de pago¹²³, puesto que al ingresar directamente en el patrimonio del trabajador y teniendo en cuenta las facilidades actuales para que el destinatario de la transferencia conozca su importe, emisor y fecha (a través de medios informáticos, correo electrónico, móvil, etc.) parece un método fiable y seguro, sino que el legislador lo que ha pretendido garantizar con el depósito judicial es el cumplimiento de la obligación indemnizatoria de la empresa, no sólo con la certeza de su fecha sino sobre todo con la concesión al trabajador de las opciones de contestar a través del Juzgado o por otro medio su aceptación o rechazo, o de no contestar y recoger la indemnización o mantenerla en depósito, sin necesidad de realizar ningún otro trámite o gestión bancaria. Es decir, no se le da al trabajador la oportunidad de manifestar su conformidad o disconformidad con la oferta realizada por la empresa, pues ésta unilateralmente realiza la transferencia sin contar con el trabajador.

A pesar de que en un primer momento fue reconocido como único método válido a efectos de limitar los salarios de tramitación únicamente el depósito judicial, esta doctrina fue matizada con el tiempo, aceptándose en la actualidad tanto el pago directo o en metálico¹²⁴ al trabajador como el cheque bancario¹²⁵, siempre que el

123 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 25-05-2005 (rec. 3798/2004), que estudia el recurso presentado por el trabajador contra la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 13-07-2004 que declaraba no haber lugar a salarios de tramitación por haber abonado la empresa la indemnización por despido mediante transferencia bancaria a la cuenta corriente de la trabajadora: *«La transferencia bancaria de la indemnización a la cuenta corriente del trabajador no sólo carece de previsión normativa, ni siquiera indirecta o tácita, como método alternativo de poner aquélla a disposición del trabajador, en lugar de proceder a su depósito judicial, sino que debe entenderse que el legislador ha querido garantizar de esta única forma el cumplimiento de la requerida actuación de la empresa, con certeza de su fecha y con la concesión al trabajador de las opciones de contestar a través del Juzgado o por otro medio su aceptación o rechazo, o no contestar, y recoger la indemnización o mantenerla en depósito a su disposición, sin necesidad de actuar en distintos términos y mediante alguna gestión bancaria»*. En el mismo sentido, ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de fecha 21-03-2006 (rec. 2496/2005),

124 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 12-12-2008 (rec. 11/2008), la cual considera que no se debe emplear la doctrina relativa a la transferencia bancaria contenida en la Sentencia de fecha 21-03-2006, que a su vez está basada en la Sentencia de fecha 25-05-2005 porque *«no es aplicable a supuestos de hecho como el contemplado en la recurrida, en donde el pago de la indemnización se hizo directamente y en metálico al trabajador, una vez que el empresario reconocía el despido improcedente, aceptándola éste que firmó el finiquito, existiendo por tanto un pago directo, que ingresó directamente en su patrimonio lo percibido, sin protesta alguna, dado, que como dice la sentencia recurrida, la alegación del recurrente de que firmó el recibo por estar coaccionado no está probado; estamos ante un supuesto alternativo al contemplado en el art. 56-2 del ET . que se refiere al reconocimiento de la improcedencia del despido, ofreciendo la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste, que hace innecesario el depósito judicial y su finalidad, al ingresar directamente la indemnización en su patrimonio, circunstancias que no se dan cuando el pago*

trabajador muestre su conformidad expresa al percibo de la cantidad una vez la empresa reconozca la improcedencia del despido y firmado en el mismo acto el correspondiente finiquito, facilitando así que el trabajador pueda disponer rápidamente de la cantidad adeudada, lo cual hace innecesario el depósito judicial y su finalidad, al ingresar directa, consciente y voluntariamente la indemnización en el patrimonio de trabajador. En definitiva, a los efectos del art. 56.2 ET, y de conformidad con la doctrina de la Sala 4ª del Tribunal Supremo, tanto la entrega de cheque bancario como el pago directo de la indemnización por despido improcedente sí exoneran del abono de los salarios de tramitación, al resultar mecanismos alternativos al depósito o consignación judicial, pues garantizan suficientemente la efectiva percepción de las cantidades correspondientes por el trabajador despedido, y sólo si el ofrecimiento empresarial de la cantidad no es aceptado por el trabajador debe reiterarse mediante el depósito en el Juzgado para que produzca los efectos previstos en la norma.

De todas formas, lo más prudente para la empresa es comprobar que el trabajador efectivamente cobra el cheque en el día establecido. Pero si finalmente no lo hace efectivo, y a los efectos de quedar exonerada de abonar los salarios de tramitación, lo aconsejable es que proceda a anular dicho cheque e inmediatamente realice las oportunas gestiones para depositar la cantidad correspondiente a la indemnización y los salarios de tramitación hasta la fecha de la consignación en el Juzgado de lo Social.

7.10 La reacción del trabajador ante el reconocimiento de la improcedencia del despido y las cantidades ofrecidas por la empresa

Una vez reconocida la improcedencia del despido por la empresa y realizada la oferta de pago de la correspondiente indemnización legal, tanto si ésta se produce mediante consignación el Juzgado de lo Social como si se trata de una oferta directa mediante

se hace por transferencia bancaria, como sucede en la otras sentencias de esta Sala antes citadas; lo contrario sería una interpretación formalista y literal del art. 56-2 E.T, sin atender a la finalidad de la norma, contraria a lo que dispone el art. 3-1 Código Civil ».

125 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 25-03-2009 (rec. 41/2008), que estima el recurso presentado por la empresa contra la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón que condenó a ésta a abonar los salarios de tramitación por no haber realizado el depósito judicial de la indemnización, sino que abonó la misma directamente al trabajador mediante cheque bancario. El Tribunal Supremo declara que no se puede aplicar la doctrina relativa a las transferencias bancarias al caso enjuiciado pues «*En el presente recurso, el pago se realizó mediante CHEQUE bancario sin que conste dilación en la entrega ni discordancia con las cantidades ofrecidas y reflejadas en el recibo de finiquito. En coherencia con la anterior doctrina, reiterada en la S.T.S. de 6 de marzo de 2008 (R. C.U.D. núm. 4785/2006), deberá concluirse con la aceptación de que efectivamente, la sentencia recurrida infringió el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores en la interpretación restrictiva que del mismo efectuó, al no reconocer eficacia exoneradora del pago de los salarios de tramitación a la entrega de la indemnización mediante CHEQUE bancario*»

pago en metálico o cheque bancario, puede reaccionar de varias maneras el trabajador despedido:

1ª) El trabajador acepta la oferta realizada por la empresa, percibe la cantidad ofertada en concepto de indemnización y, en su caso, salarios de tramitación y ambas partes deciden poner fin a la relación laboral con efectos de la fecha del despido, saldando al mismo tiempo todas cuantas cuentas tenían pendientes. El proceso termina aquí con la aceptación por el trabajador de la decisión extintiva de la empresa, pues no interpone demanda contra la misma al estar de acuerdo con la calificación del despido y con las cantidades percibidas.

En este supuesto, sí podría aceptarse la transferencia bancaria, previo consentimiento del trabajador en el momento de poner fin a la relación laboral mediante el correspondiente documento en el que conste su aceptación para que se le transfiera la indemnización y el resto de cantidades pendientes, facilitando al efecto la correspondiente cuenta bancaria. Se considera, en estos casos, que existe una transacción, con el fin de evitar un conflicto judicial. La jurisprudencia ha establecido reiteradamente que este tipo de acuerdos constituyen un convenio entre las partes que no vulnera la prohibición de renuncia de derechos contenida en el art. 3.5 ET, en base a dos argumentos: primero porque la renuncia de derechos no alcanza a los derechos que se encuentran en litigio o son discutidos; segundo, porque si el propio ordenamiento jurídico reconoce al trabajador la facultad de desligarse voluntariamente del contrato de trabajo también se admitiría la extinción contractual consentida por el trabajador¹²⁶.

2ª) El trabajador puede retirar la indemnización consignada por la empresa en el Juzgado de lo Social, pero al mismo tiempo, si no está conforme, puede continuar con la reclamación por despido. Puede no estar conforme por varios motivos: porque considere que el despido practicado por la empresa deba tener la calificación de nulo, porque considere que el derecho de opción no le corresponda a la empresa, porque no esté conforme con la cantidad correspondiente a la indemnización o porque la empresa no haya consignado también los salarios de tramitación.

Se ha considerado que nada impide al trabajador retirar la consignación realizada por la empresa y continuar con la impugnación del despido, pues está amparado por el art. 24 de CE, que contempla el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Además,

¹²⁶ ESTEVE SEGARRA, AMPARO: «El despido exprés: la limitación de los salarios de tramitación», Ed. Tirant lo blanch, 2011, pág. 99 y 100.

lo que exige el art. 56.2 ET es que el empresario ponga a disposición del trabajador la indemnización, sin especificar que cuando la retire deba el trabajador manifestar su conformidad con la misma. Es decir, el requisito para la empresa es que mantenga su oferta, con independencia del camino que siga el trabajador, por lo que la retirada de la indemnización no puede entenderse como un allanamiento ante el despido¹²⁷. Por ello, no puede identificarse la aceptación expresa del ofrecimiento empresarial, con la simple retirada de las cantidades ofrecidas y depositadas por el empresario, a no ser que el trabajador manifieste expresamente su intención de poner fin al litigio o de no iniciarlo. La sentencia que ponga fin al proceso dirimirá si efectivamente el despido practicado por la empresa merece la calificación de despido nulo, o si en el supuesto de declararlo improcedente es válida la consignación realizada por la empresa o ésta adolece de un error inexcusable y por ello no se paralizan los salarios de tramitación.

3ª) No retirar la consignación o rechazar la oferta que directamente le realice la empresa en la que al mismo tiempo reconoce la improcedencia del despido. En estos casos, cuando el trabajador esté disconforme, ya sea con la calificación del despido, ya sea con la cantidad reconocida por el concepto de indemnización y, en su caso, salarios de tramitación, iniciará o continuará el proceso de impugnación del despido con la pretensión de obtener una sentencia que satisfaga sus aspiraciones. Si el trabajador consigue una declaración de despido nulo no quedará la empresa dispensada de la obligación del abono de los salarios de tramitación y consiguiente cotización a la Seguridad Social, de la misma manera que tampoco se producirá la paralización de los salarios de tramitación en caso de que la cantidad consignada no sea la que legalmente le corresponda al trabajador por la improcedencia del despido.

127 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, de fecha 02-03-2004 (rec. 5232/2003), que rechaza el recurso interpuesto por la empresa en el que alegaba que constituye la aceptación de la oferta hecha y su consecuencia la extinción del contrato, siendo contradictorio aceptar unas cantidades y después impugnar la oferta aceptada: « El motivo ha de fracasar al no concurrir las infracciones que se denuncian pues el cobro por la actora tan sólo supone aceptación de una cantidad a su favor consignada, mas no acuerdo con el ofrecimiento hecho y renuncia a las acciones ejercitadas, acto necesitado de una expresión de voluntad clara y contundente al respecto, y que lejos está aquí de aparecer en que, muy al contrario, la demandante mantuvo la demanda interpuesta y en la que solicitaba la nulidad o improcedencia del despido, mostrando su disconformidad con la indemnización; y es que, como indica la impugnante, el cobro no impide el seguimiento del proceso, como resulta del propio texto del art. 56.2 E.T. que al decir "cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente..." esta última frase sólo puede hacer referencia a una sentencia dictada por el juzgado, se haya o no aceptado la indemnización, pues la empresa puede reconocer, mas no declarar la improcedencia reservada a la jurisdicción social; y en suma, la posibilidad que la ley otorga a las empresas de hacer el oportuno depósito, tiene las consecuencias que la propia norma otorga si se dan los requisitos previstos; sin que la puesta a disposición y aceptación por la actora de la misma suponga la bondad de la cantidad ingresada y su conformidad, como tampoco el juzgado realiza juicio de valor sobre ello, por lo que no es ir contra sus propios actos la conducta seguida por la demandante, sino ejercicio de su derecho a percibir lo puesto a su disposición y del de proseguir el procedimiento, pues su discrepancia con la decisión empresarial siempre la sostuvo».

4ª) Hay una última reacción por parte del trabajador, que podríamos denominar tardía, cuando la empresa reconoce la improcedencia en la propia carta de despido y le abona la indemnización correspondiente o cuando la deposita en el Juzgado de lo Social, y es que después de aceptar la oferta de la empresa y firmar el correspondiente recibido finiquito, se da cuenta al cabo del tiempo de que esa indemnización que le ha abonado la empresa no se ajusta a la que legalmente le corresponde, pero resulta que ya es demasiado tarde para impugnar el despido, pues han pasado los veinte días hábiles de rigor, por lo que la consecuencia es que ha caducado la acción por despido.

Sin embargo, el trabajador todavía tiene una posibilidad, y es la de demandar en reclamación de cantidad, partiendo de que la cantidad ofrecida y abonada directamente por la empresa o consignada en el Juzgado de lo Social por el reconocimiento de la improcedencia del despido no tiene carácter transaccional, susceptible de ser negociada a la baja, sino que tiene la condición de ofrecimiento liberatorio de una obligación legal, debiendo reunir los requisitos exigidos, es decir, debe ser completa, adecuada y ajustada al salario y tiempo de prestación de servicios.

En la actualidad es posible demandar en reclamación de cantidad cuando el trabajador está conforme con el despido practicado pero no con la indemnización percibida, pues es doctrina del Tribunal Supremo que cuando el empresario ha reconocido la improcedencia del despido y ha depositado una determinada indemnización con la que el trabajador no está de acuerdo, éste puede cobrar dicha indemnización y reclamar la diferencia. Y esta reclamación deberá hacerse en un proceso de despido cuando la discrepancia se plantee por una cuestión de fondo¹²⁸, como puede ser el tipo de indemnización que debe abonar -45 días por año, salario, años de servicios, o sujetos obligados al pago-, pero no cuando, existiendo conformidad sobre todos esos extremos, se trate única y exclusivamente de realizar los cálculos matemáticos necesarios para aplicar correctamente el artículo 56.1 a) ET, en cuyo caso el proceso

128 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 29-09-2008 (rec. 3868/2007), que desestima el recurso interpuesto por el trabajador por inexistencia de contradicción, pues en la Sentencia recurrida se cuestiona el importe de la indemnización y en la de contraste el impago de la indemnización, por lo que proceso que corresponde es el del despido, al afectar a una cuestión de fondo: «No ocurre lo mismo en el presente caso, en el que la cantidad adeudada no es pacífica y no lo es, porque mientras que la empresa demandada considera que se trata de un despido objetivo con el régimen especial de 33 días por año de servicio, el actor sostiene que se trata de un despido disciplinario que ha de seguir el régimen de indemnización común de 45 días por año de servicio. De esta forma, es claro que en el presente supuesto estamos ante un problema que correspondía al ámbito de decisión del proceso de despido, lo que no sucede en la sentencia de contraste. Hay además otra diferencia: mientras que en la sentencia de contraste hay un acuerdo sobre el importe de la indemnización que se incumple con el impago de la misma; en el caso de la sentencia recurrida no se produce ese incumplimiento empresarial sobre lo aceptado por el trabajador al percibir la indemnización consignada, sino que éste pone posteriormente en cuestión el importe que había percibido».

adecuado debe ser el ordinario. Este procedimiento ordinario permite al trabajador retrasar durante un año la reclamación contra la empresa, con lo cual ésta no podrá estar segura de que el trabajador no planteará reclamación hasta que transcurra un año desde el despido, y aun habiendo firmado el finiquito correspondiente. Y ello es así porque lo que firma el trabajador cuando recibe la indemnización tras el reconocimiento de la improcedencia del despido no puede tener la consideración de transacción, al estar la empresa obligada a abonar la cantidad tasada por el art. 56. 1 ET que « legalmente corresponde»¹²⁹, y no cualquier otra.

Totalmente distinto sería que la empresa no reconociese la improcedencia del cese al comunicar el despido al trabajador, sino que tras las oportunas negociaciones entre las partes se llegase a un acuerdo. Es doctrina del Tribunal Supremo que para apreciar el valor liberatorio del documento en el que consta el finiquito suscrito hay que estar a los términos literales y a la formación del consentimiento de la persona que lo suscribe, de modo que si los primeros –los términos- son claros y el segundo –la formación del consentimiento- no está viciado, el documento tiene el efecto liberatorio que expresa. Así, a la voluntad inicial extintiva de la empresa se superpone el mutuo acuerdo entre el empresario y el trabajador, siendo éste el que pone fin a la relación laboral.

Según la citada doctrina, esta manifestación externa de un mutuo acuerdo entre las partes, denominada finiquito, constituye causa de extinción de la relación laboral de acuerdo con el art. 49 1 a) ET, por ser la expresión de un consentimiento que, en principio, debe presumirse libre y conscientemente emitido, por lo que para que el finiquito firmado por el trabajador suponga la aceptación de la extinción de la relación laboral debe incorporar una voluntad unilateral del trabajador, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese acordado por la empresa¹³⁰.

129 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 30-11-2010 (rec. 3360/2009), que declara que el procedimiento adecuado para reclamar la diferencia existente entre la cuantía de la indemnización ofrecida por la empresa y recibida por el trabajador como consecuencia del reconocimiento por la empresa de la improcedencia del despido efectuado, y la cuantía que legalmente correspondía a dicha indemnización debe ser el proceso ordinario, basándose en la Sentencia dictada por la misma Sala en fecha 22-01-2007 (rec. 3011/2005): «En el supuesto que ahora hemos de resolver, no existe discrepancia en orden a la calificación del despido como improcedente, como tampoco la hay sobre el salario o la antigüedad del trabajador demandante, teniendo en cuenta que en la carta de despido se contiene una declaración empresarial de improcedencia, aceptada por el trabajador, lo que, de hecho, supone el reconocimiento de la existencia de una cantidad adeudada concreta ajustada a los parámetros generales del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo impago no ha de canalizarse a través del proceso por despido, pues la acción así ejercitada no tendría objeto, sino que por tratarse de una deuda sobre la que hay certeza de su existencia, habrá de ser el proceso ordinario el que canalice la pretensión del demandante para su exigencia».

130 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 19-10-2010 (rec.270/2010), que analiza el valor liberatorio del finiquito firmado por un trabajador después de varios contratos temporales fraudulentos y reclamar contra la empresa por despido. El Tribunal Supremo desestima el recurso formulado interpuesto por la empresa: «No procede atribuir ninguna virtualidad

Así, en aquellos supuestos en los que el trabajador acepta que la empresa le abone una cantidad inferior a la que legalmente le corresponde –sin reconocimiento de la improcedencia en la carta de despido- habrá que ponderar las circunstancias por las que se ha llegado a esa aceptación, para lo cual se debe interpretar restrictivamente, en el sentido más favorable a la conservación del derecho a accionar judicialmente, el finiquito firmado por el trabajador. El hecho de que el trabajador se conforme con una indemnización inferior a la que legalmente le correspondería en caso de que el despido se declarase improcedente, lleva a considerar que tal vez exista detrás una razón de peso, algo que le aconseje renunciar a una parte de la indemnización por despido¹³¹.

Como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11-11-2010 (rec.1163/2010), siguiendo las sentencias de la Sala General de fecha 28-02-2000 (rec. 4977/1998) y 28-04-2004 (rec. 4247/2002) «una cosa es que los trabajadores no puedan disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o por convenio colectivo y otra la renuncia o indisponibilidad de derechos que no tengan esa naturaleza, entre los que se encuentran la renuncia del puesto de trabajo y las consecuencias derivadas. Una limitación, al efecto, violaría el derecho concedido por el artículo 49.1 a) y d) ET a extinguir voluntariamente su contrato o a conciliar sus intereses económicos con el empleador y, también infringiría la norma común de contratación establecida en el artículo 1256 del Código Civil, que únicamente sanciona con nulidad el contrato cuyo cumplimiento quede al arbitrio de una de las partes contratantes». Ahora bien, el valor liberatorio del finiquito será siempre y cuando conste de modo expreso que el mutuo acuerdo supone una transacción a fin de evitar un pleito en el que cualquiera de las partes puede perder, pero no cuando se trata de

extintiva al trabajador por la firma del citado documento, en el que se hace constar que "cesa en la prestación de sus servicios" debiendo tenerse en cuenta que fue la empresa y no el trabajador la que decidió unilateralmente extinguir el contrato, acompañando a la decisión extintiva un denominado "Documento de liquidación y finiquito" en modelo normalizado».

131 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 14-06-2010 (rec.953/2009), que da plenos efectos liberatorios al documento transaccional firmado por la trabajadora, en virtud del cual renunciaba al ejercicio de acciones de cualquier naturaleza frente a la empresa, ante la existencia de una imputación de hechos -sustracción de artículos- que pudiera dar lugar a una denuncia o actuación penal. Firma voluntaria y libre por parte de la trabajadora. No existe un matiz ilícito o antijurídico en la actuación de la empresa cuando lo que hace es anunciar el posible ejercicio correcto de un derecho, como la interposición de una querrela o denuncia: « Del mismo modo, para examinar la intención del actor la jurisprudencia viene afirmando que han de analizarse en cada caso no sólo los actos posteriores, sino también los anteriores y los coetáneos (artículo 1.282 del Código Civil) y del análisis conjunto de ellos se llega en este caso a la conclusión de que fue el conocimiento al que llegó la demandante de la importancia y alcance de los hechos que habían sido descubiertos por la empresa lo que le condujo a aceptar voluntaria y libremente la solución alternativa que se le ofrecía de firmar la transacción evitando así posibles consecuencias adversas para ella. De lo razonado hasta ahora se desprende que la firma voluntaria y libre del documento transaccional llevada a cabo en la reunión del día 1 de junio de 2.007 impedía, por haberlo así acordado en renuncia expresa, el ejercicio con éxito de acciones como la de despido que llevó a cabo la demandante, por lo que no cabe decir que existiese acción de despido que pudiese lícitamente hacerse valer».

una renuncia unilateral de la parte más débil del contrato, pues en toda transacción tiene que existir una contraprestación que satisfaga a ambas partes¹³².

7.11 La reacción de la empresa ante la continuación del proceso una vez ha reconocido la improcedencia del despido ¿Puede defender en el juicio la procedencia del despido? ¿Puede cambiar el sentido de su opción?

Esta ha sido una cuestión controvertida, en la medida en que ni el Estatuto de los Trabajadores ni la derogada Ley de Procedimiento Laboral contemplan una respuesta y consecuencias de estas decisiones de la empresa. Es la pregunta que se han hecho numerosos autores y se han dictado numerosas sentencias de suplicación, pero no se ha llegado a un consenso sobre la solución a adoptar, habiéndose ofrecido distintos argumentos a favor y en contra de la posibilidad de que el empresario defienda la procedencia del despido cuando el trabajador pleitee. Este problema, además, no es nuevo, sino que se remonta al año 1994, coincidiendo con la modificación del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980 de 10 de marzo), en que por primera vez se contempla la posibilidad de limitar los salarios de tramitación, si bien sólo hasta la fecha de la conciliación previa y subsiste, renovado de argumentos, con la redacción actual del citado precepto, fruto de la reforma en él operada en el año 2002. Así, según BALLESTER LAGUNA, «Tal disparidad de opiniones se asienta en el hecho incontestable de que, igual antes que ahora, esta norma laboral no da una respuesta explícita y contundente sobre el particular; y esta laguna normativa viene siendo

132 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 22-03-2011 (rec. 4369/2009), que no da validez al finiquito por despido firmado por el trabajador cuando la empresa no le ha abonado cantidad alguna en concepto de indemnización ni se invoca motivo por el que no procede abonar la misma, basándose en el art. 1283 del Código Civil, que establece que «*cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar*»: «No procede atribuir ninguna virtualidad extintiva al hecho de que el trabajador haya firmado el citado documento ya que fue la empresa y no el trabajador la que decidió unilateralmente extinguir el contrato, procediendo a entregar al actor copia del certificado de la empresa y de nóminas de liquidación, aceptando el actor la cantidad ofrecida que asciende a 1791'30 euros. Pues bien, las nóminas son dos, una por las partes proporcionales de las pagas extras (1193'13 euros) y la otra por los 14 días trabajados en abril (598'13 euros), no percibiendo cantidad alguna en concepto de indemnización. Tal y como señala la sentencia de esta Sala de 28 de febrero de 2000, recurso 4977/98, doctrina reiterada en sentencia de 11 de junio de 2001, recurso 3189/00: "Conforme a lo anteriormente manifestado el alcance y valor del recibo de finiquito viene determinado por el examen conjunto del texto literal por el que se manifiesta y por los elementos y condicionamientos específicos del contrato que se finiquita. A partir de estas circunstancias y premisas deviene inexcusable negar total eficacia vinculatoria al finiquito litigioso..... Como dice el Ministerio Fiscal "parece casi irrisorio el pensar que los dos actores iban a considerarse finiquitados con tan exigua cantidad, cuando se les debía una muy superior, según quedó contrastado en los hechos probados", a lo que añade "sin que pueda aceptarse que la voluntad de las partes -en este caso los trabajadores- asumiese condonar una deuda con un grado de liberalidad impensable, por supuesto en esta clase de relación contractual" (más de medio millón y un millón respectivamente).

En consecuencia, el pacto o acuerdo que precedió a la firma del repetido documento-finiquito, no reúne los requisitos esenciales para su eficacia (artículo 1.265 C.c.) dado que el consentimiento de los contratantes no puede entenderse haya recaído, sobre parte del objeto -que es hoy reclamado-, ni tuvo causa -cual es la contraprestación de la otra parte en los contratos onerosos y liberalidad en los lucrativos, según el artículo 1.274 del C.c.-, Así pues, se ha infringido el artículo 1.283 del C.c., que el recurso alega como violado, cuando afirma que "*cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar*».

integrada con distintos argumentos jurídicos, de mayor o menor calado, que conducen a soluciones diferentes de un mismo problema»¹³³.

La posición que ha sostenido la mayor parte de los Tribunales de Justicia en relación con la posibilidad que tiene la empresa, una vez ha cumplimentado todos los requisitos que exige el art. 56.2 ET a efectos de limitar los salarios de tramitación, en el caso de que el trabajador no acepte la oferta realizada por la empresa y formule la correspondiente demanda por despido, es que ésta no puede lícitamente defender la procedencia del despido ni la sentencia reconocerla, porque el reconocimiento empresarial fue «constitutivo» y la sentencia sólo podrá pronunciarse sobre la nulidad, sobre la cuantía de la indemnización, y sobre el devengo y cuantía de los salarios de tramitación. La mayoría de las sentencias emitidas en estos casos declaran que el litigio debe quedar limitado a la discusión sobre la cuantía de la indemnización por desavenencias relacionadas con la cuantía del salario, no siendo ya posible entrar en la discusión respecto a la procedencia del despido. Por ello, en el momento del juicio el empresario no podrá alegar, defender o probar la procedencia del despido. Se basa esta posición mayoritaria en que el cumplimiento de los requisitos que establece el art. 56.2 ET determina que «el contrato de trabajo se entenderá extinguido», por lo que es una decisión del empresario con efectos constitutivos y, en consecuencia, no se podrá ver sobre los incumplimientos alegados en la carta de despido, sino únicamente sobre la existencia de discriminación o vulneración de derechos fundamentales planteada por el trabajador, sobre la titularidad de la opción o sobre la cuantía de la indemnización y del devengo o no de salarios de tramitación¹³⁴.

133 BALLESTER LAGUNA, FERNANDO: Aranzadi Social núm. 11/2010 (Estudio). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010, págs. 53-83.

134 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 03-06-2008 (rec. 293/208), que razona lo siguiente: «En el momento actual, con la redacción que al artículo 56 párrafo 2º del Estatuto de los Trabajadores ha dado la Ley 45/2002, no parece posible sostener que el empresario pueda dejar sin efecto el reconocimiento de improcedencia o condicionar éste a que se produzca la limitación de los salarios de trámite, recuperando así su libertad de defensa en caso contrario. El acto de reconocimiento de improcedencia, como actuación inter partes, como acto propio generador de derechos y obligaciones en la relación contractual, está protegido por los principios de seguridad jurídica y confianza legítima y es un acto irrevocable y plenamente vinculante para el empresario; no es un mero lance o incidente procesal, ni una alegación de conveniencia, pues ello no guardaría correspondencia con la gravedad y trascendencia de la institución del despido como máxima sanción, que es la "muerte laboral" según conocida doctrina, de modo que de no tener eficacia o trascendencia disciplinaria el incumplimiento contractual pase a tener plena eficacia resolutive del contrato sin indemnización alguna. Por ello la Sala entiende que el empresario, en este caso Fundación Ideo, está vinculada por sus propios actos, en este caso por el reconocimiento previo de la improcedencia del despido de la actora (y el ofrecimiento de la indemnización) ninguno de los cuales puede retirar unilateralmente más tarde, de forma que ya no puede la Entidad empleadora demandada defender en el proceso la procedencia del cese».

En el mismo sentido se han pronunciado, entre otras, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 27-11-2008 (rec. 1128/2005), del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de Sevilla, Sala de lo Social, de fecha 10-04-2007 (rec. 3347/2006), y del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, Sección única, de fecha 17-01-2003 (rec. 3026/2002).

Se basa esta posición mayoritaria en que el empresario está vinculado por sus propios actos, en este caso por el reconocimiento previo de la improcedencia del despido y el ofrecimiento de indemnización, ninguno de los cuales puede retirar unilateralmente más tarde, de forma que ya no puede la empresa demandada defender en el proceso la procedencia del cese, y se basa además en la indefensión que provocaría en el trabajador la actitud de la empresa, pues se confiaría en el reconocimiento de la improcedencia que previamente se le ha comunicado y acudiría al juicio únicamente con la pretensión de obtener una mayor indemnización o salarios de tramitación, y lo más probable es que no estuviese en condiciones de defenderse.

Por otro lado, ha existido otra corriente judicial, ésta minoritaria, que defiende que el reconocimiento de la improcedencia del despido no condiciona ni vincula al empresario ni, por ello, queda la sentencia vinculada con aquel reconocimiento. Se basa esta posición en que es posible el reconocimiento de la improcedencia del despido a efectos exclusivamente transaccionales, entendido como la expresión de un negocio transaccional, convenido libremente y mutuamente aceptado por las partes, y que es válido y aceptable que la empresa, a los únicos efectos de evitar el pleito, reconozca la improcedencia del despido haciendo uso de la facultad que le otorga el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores; sostiene además esta corriente que la negativa del trabajador a la celebración del referido negocio transaccional no puede implicar una limitación del derecho de defensa de la empresa una vez iniciado el pleito que se había tratado de evitar, ya que de lo contrario estaríamos ante una restricción del derecho a una tutela judicial efectiva para la empresa, mientras que el trabajador actuaría desde una posición totalmente privilegiada, pues teniendo ya garantizado el reconocimiento del despido podría reclamar una mayor indemnización, salarios de tramitación, la calificación del despido como nulo o la titularidad del derecho de opción¹³⁵.

Lo mismo puede decirse en cuanto al cambio del sentido de la opción. Si una vez la empresa ha reconocido la improcedencia del despido y el trabajador no acepta la oferta realizada y continúa el pleito sobre el despido, se dan las mismas posturas contrapuestas en los Tribunales, dependiendo de si consideran que el reconocimiento del despido es un acto unilateral o es un acto transaccional.

¹³⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, de fecha 19-09-1995 (rec. 1817/1995) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 05-03-2002 (rec. 4886/2001)

La reciente sentencia del Tribunal Supremo, Social (Sala General) de fecha 18-12-2009 (Rec. 71/2009)¹³⁶ ha fijado la nueva doctrina sobre el alcance del art. 56.2 ET, al establecer que si al trabajador se le ha ofrecido el reconocimiento del despido y una determinada indemnización, la cual no ha aceptado y opta por pleitear, no puede esperar que lo que se ha ofrecido para evitar el pleito se mantenga en éste. Por ello, sostiene que ante la negativa del trabajador la empresa no está vinculada a la oferta previamente realizada y puede optar por la readmisión, y además, admite que el proceso no tiene por qué concluir con la declaración de improcedencia, lo que abre la puerta a una posible declaración de procedencia, por los siguientes motivos:

a) En primer lugar, porque «la vinculación» no está prevista ni en el art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores ni en e la Ley de Procedimiento Laboral.

b) No se debe aplicar la doctrina de los propios actos, pues ésta requiere «una expresa y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica», de forma que esa declaración de voluntad vincula a su autor que no puede adoptar después un comportamiento contradictorio que sería opuesto a la buena fe y a las exigencias de la confianza legítima. En el caso estudiado en esta importante sentencia se ha formulado por el empresario al amparo del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, no una declaración de esta clase -constitutiva, en sí misma-, sino una oferta en el marco de una negociación orientada a evitar un pleito, y que no ha sido aceptada, por lo que no tiene carácter vinculante.

c) El hecho de que la indemnización se consigne judicialmente tampoco pone de manifiesto el carácter irrevocable, «pues, conforme al artículo 1180 del Código Civil, puede ser retirada por quien la ha hecho mientras el acreedor no la hubiese aceptado o no hubiere recaído declaración judicial de que está bien hecha».

d) No causa indefensión al trabajador, pues «No hay indefensión alguna porque no hay una expectativa razonable de que el empresario limite su oposición en el proceso a los términos de un ofrecimiento que no ha sido aceptado. Al trabajador se le ha ofrecido el reconocimiento del despido improcedente y una determinada

¹³⁶ Ver Sentencia del Tribunal Supremo (Sala General), de fecha 18-12-209 (rec. 71/2009). En el supuesto de hecho de esta sentencia, el Juzgado reconoció al trabajador una indemnización mucho mayor que la consignada por la empresa. Concretamente la empresa había consignado 14.788,25 euros y fue condenada por el Juzgado de lo Social a abonarle 44.160,90€ (una vez deducida la indemnización consignada) más los salarios de tramitación o bien a optar por la readmisión, pero el trabajador formuló recurso y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid condenó a la empresa a abonar la indemnización y los salarios de tramitación, sin derecho a opción por la readmisión, pues ya había optado desde el momento en que reconoció el despido y ese reconocimiento era vinculante.

indemnización; no ha aceptado esta oferta y opta por abrir el proceso. Pero no puede esperar que lo que se ha ofrecido para evitar el pleito se mantenga en éste».

e) Además, aún en el supuesto de que la empresa quedara vinculada al ofrecimiento que ha hecho de la indemnización, esto se limitaría a la cantidad que ha ofertado pero no a otra distinta, como sucede en la sentencia recurrida que fija un importe superior, por lo que «en conclusión, no hay vinculación del empresario a la opción por la indemnización, porque su oferta no fue aceptada por el trabajador y porque esa oferta se refería a la indemnización establecida en la misma y no a otra superior».

Pero ahora resulta que la nueva Ley de Jurisdicción Social, que deroga la Ley de Procedimiento Laboral, y que ha entrado en vigor el pasado día 11 de diciembre de 2011¹³⁷, sí que contempla expresamente en su art. 105.3 que el reconocimiento de la improcedencia del despido vincula al empresario, por lo que no podrá alterar esta calificación ni el importe reconocido, salvo error material de cálculo o subsanación en forma. Conforme a ello, se pueden dar dos supuestos a la hora de reconocer la improcedencia del despido, ya sea en la propia carta de comunicación o en un momento posterior:

1.- Existencia de error no sustancial o excusable del empresario respecto de la indemnización y, en su caso de los salarios de tramitación apreciado en la sentencia: implica la imposibilidad de alterar la calificación del despido ni la opción por la extinción, pero no se condena al empresario al abono de salarios de tramitación.

2.- Existencia de error sustancial o inexcusable en la cantidad abonada o consignada: implica la condena al abono de salarios de tramitación, pero se ofrecerá al empresario la facultad de optar entre la readmisión o el abono de la indemnización en la cuantía procedente.

La percepción por el trabajador del importe ofrecido por el empresario o la retirada del importe consignado a su favor no le impedirán impugnar la extinción contractual en ninguno de los dos casos descritos.

En conclusión: sólo a partir de la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Social podemos decir que es incuestionable la vinculación del reconocimiento de la improcedencia del despido por el empresario. Se remarca así el mecanismo del art. 56.2 como un acto unilateral, libre y discrecional del empresario, que no precisa del

¹³⁷ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, que deroga la Ley de Procedimiento Laboral.

consentimiento o actuación del trabajador para limitar los salarios de tramitación (el reconocimiento de la improcedencia del despido, el ofrecimiento de la indemnización legal y su depósito judicial a disposición del trabajador, la comunicación de estos extremos al trabajador, todo ello lo hace el empresario sin contar con el trabajador), que si se ejecuta correctamente puede suponerle al empresario un ahorro en los costes indemnizatorios del despido disciplinario. Y ello prescindiendo completamente de la voluntad del trabajador, ya que desde el momento en que el empresario hace uso de este mecanismo queda vinculado en caso de un eventual pleito.

8.- EL DESPIDO OBJETIVO. POSIBILIDAD DE RECONOCER SU IMPROCEDENCIA

Antes de nada, tenemos que distinguir dos períodos: el anterior a la reforma laboral de 2010 y el posterior a esta reforma.

Mucho se ha discutido antes de la última reforma si la empresa podría reconocer la improcedencia de un despido objetivo. Pues bien, el art. 53.5 ET, en cuanto a los efectos de la extinción por causas objetivas, dispone que *«la calificación por la autoridad judicial de la nulidad, procedencia o improcedencia de la decisión extintiva producirá iguales efectos que los indicados para el despido disciplinario»*. Esta remisión, según doctrina del Tribunal Supremo¹³⁸, permite aplicar al despido objetivo lo dispuesto en el art. 56.2 ET que faculta al empresario, siempre que le corresponda a él la opción entre la readmisión o la indemnización, para llevar a cabo el reconocimiento de la improcedencia del despido y el ofrecimiento, y en caso de rechazo por el trabajador, el depósito de la indemnización, con los correspondientes efectos limitativos de los salarios de tramitación en los términos establecidos en el precepto. Que esté facultada la empresa para aplicar el art. 56.2 ET no significa que no deba cumplir con todos los requisitos que establece el art. 53.1, pues tal como establece el Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 15-09-2008 (rec. 635/2007)

138 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 30-03-2010 (rec. 1068/2009), que expresamente declara que el art. 56.2 está previsto en principio para el despido disciplinario y se extiende por remisión a las extinciones del contrato por causas objetivas reguladas en el art. 52 ET. Sin embargo remarca que la causa a expresar en la comunicación no puede ser genérica: *«Pero en lo que concierne particularmente a las extinciones objetivas por causas empresariales del art. 52.c) ET la remisión no debe alcanzar a la supresión del requisito de forma escrita " expresando la causa". A diferencia de lo que sucede con los despidos disciplinarios, en los que la omisión de las formalidades de la carta de despido determina la calificación de improcedencia y no de nulidad (art. 55.4 ET), el legislador ordena la calificación de nulidad tanto para el despido objetivo en el que " no se hubieren cumplido las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa" [art. 122.2.a) LPL, que reitera lo dispuesto en el repetidamente citado art. 53.4 ET] como para el despido colectivo en el que " no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa" (art. 124 LPL)»* En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 01-07-2010 (rec. 3439/2009) y Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de fecha 19-09-2011 (rec. 4056/2010).

«no cabe olvidar que la adopción del acuerdo de extinción del contrato por causas objetivas exige la observancia, entre otros requisitos, del relativo a conceder un plazo de preaviso de 30 días, computado desde la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo (art. 51.1 c del Estatuto de los Trabajadores) y que durante tal período de preaviso (en donde está vigente el contrato), el trabajador tendrá derecho sin pérdida de su retribución a una licencia de 6 horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo y la no concesión de este período de preaviso, si bien no anula la extinción, obliga al empresario al abono de los salarios correspondientes a dicho período de vigencia de existencia de contrato (art. 53.2 y 4 del Estatuto de los Trabajadores) [...] pues se trata de retribuciones salariales correspondientes a distintas situaciones, una vigente el contrato de trabajo y la otra correspondiente a la situación en que el contrato ya está extinguido».

Por eso mismo, hasta hace muy poco tiempo había que tener presente que la facultad empresarial del art. 56.2 ET no podía ejercerse cuando, por defectos formales en la comunicación o ausencia de puesta a disposición de la indemnización legal correspondiente, el despido debiera calificarse como nulo (párrafo 4 del art. 53 ET en relación con el párrafo 1) pues en tal caso no podría bajo ningún concepto optar el empresario entre indemnización y readmisión

Y ha sido precisamente por tantos requisitos formales como tenía que cumplir el empresario para reconocer la improcedencia de un despido planteado como objetivo que ha sido muy escasamente utilizado, sobre todo si tenemos en cuenta el requisito relacionado con la expresión de la causa, al ser los Tribunales muy estrictos en el control causal, deviniendo muchos de ellos en despidos nulos por meros defectos formales. Por ello, antes de la reforma de 2010, si lo que pretendía la empresa era reconocer la improcedencia del despido, lo más probable es que evitase todos los requisitos exigidos en la extinción del contrato de trabajo en su tramitación como despido objetivo y optara por ir directamente al despido disciplinario, al ser este tipo de despido mucho más rápido, sencillo e incluso económico, si tenemos en cuenta el ahorro que supone no tener que abonar los salarios correspondientes al preaviso, en caso de que no llegara a comunicar el cese del trabajador con la antelación legal de 30 días a la fecha del despido. Ahora bien, si nos estamos refiriendo a un «contrato para el fomento de la contratación indefinida», en este caso sí interesaría a la empresa, a fin de abaratar el coste del despido, y una vez cumplidos todos los requisitos exigidos, para el caso de que no pudiese probar fehacientemente las causas alegadas en la carta de despido objetivo, reconocer la improcedencia del mismo, pues en este tipo de

contrato regulado en la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y mejora de su calidad (BOE 10-07-2001), *«cuando el contrato se extinga por causas objetivas y la extinción sea declarada judicialmente improcedente o reconocida como tal por el empresario, la cuantía de la indemnización a la que se refiere el artículo 53.5 del Estatuto de los Trabajadores, en su remisión a los efectos del despido disciplinario previstos en el artículo 56 del mismo texto legal, será de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades»* -ciertamente muy inferior a la indemnización de un contrato normal reconocido improcedente, pues en ese caso tendría que abonar 45 días de salario con un máximo de 42 mensualidades-.

No obstante, al tratarse de un despido objetivo, entran en juego dos indemnizaciones, primero la que se pone a disposición del trabajador simultáneamente con la comunicación escrita, cifrada en veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce meses –a no ser que el cese se fundamente en causa económica, en cuyo caso podrá exigirla el trabajador cuando el despido tenga efectividad- y después la indemnización derivada del reconocimiento de la improcedencia del despido. Es decir, al corresponder al empresario la opción entre la readmisión o la indemnización, el contrato para el fomento de la contratación indefinida se entenderá extinguido en la fecha del despido cuando aquel reconozca su improcedencia y ofrezca al trabajador la indemnización legal depositando en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador la diferencia entre la indemnización de 20 días ya percibida por el trabajador según el artículo 53.1 b) ET y la de 33 días por año de servicio correspondiente al despido objetivo improcedente en esta clase de contratos. Así, cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad correspondiente a salarios de tramitación quedará limitada a los devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna, igual que ocurre con el despido disciplinario improcedente¹³⁹.

En el segundo período, que comienza con la publicación de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, se ha producido una de las modificaciones más importantes en relación

¹³⁹ Ver Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, que añade un segundo párrafo en el apartado 4 de la disposición adicional primera de la Ley 12/2001 conforme al cual «si se procediera según lo dispuesto en el artículo 56.2 (ET), el empresario deberá depositar en el Juzgado de lo Social la diferencia entre la indemnización ya percibida por el trabajador según el artículo 53.1 b) de la misma Ley y la señalada en el párrafo anterior».

con los despidos objetivos, y es que se ha eliminado la nulidad derivada de los siguientes motivos:

- Expresión insuficiente de los motivos alegados en la carta de despido¹⁴⁰.
- Falta de entrega de la copia de la carta de despido al representante de los trabajadores.
- Falta de puesta a disposición del trabajador de la indemnización legal correspondiente o por la demora en su entrega.
- Error inexcusable en la cuantía de la indemnización puesta a disposición del trabajador.

Con lo cual, desde entonces únicamente se mantiene la declaración de nulidad del despido objetivo si el número de trabajadores afectados en la empresa supera el permitido por la Ley, además de las mismas causas que ocasionan la nulidad del despido disciplinario. En consecuencia, la decisión extintiva se considerará improcedente cuando no se acrediten suficientemente las causas alegadas o no se hubiesen cumplido los requisitos formales establecidos en el art. 53.1 ET actualmente en vigor.

Lo que no ha sido modificado en esta reforma laboral ha sido el importe a pagar en caso de reconocimiento de improcedencia del despido objetivo de trabajadores con contrato para el fomento de la contratación indefinida.

Por otro lado, se ha ampliado con la reforma laboral el grupo de trabajadores con los que se puede suscribir este tipo de contrato a la vez que se quiere potenciar esta modalidad contractual¹⁴¹, pues incluso en su artículo 3º, que modifica el último párrafo

¹⁴⁰ La expresión en la comunicación de la causa, equivale a expresión concreta de los hechos que la constituyen, en términos similares a los exigidos para el despido disciplinario.

¹⁴¹ Ver artículo 3º de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE 18-09-2010), que establece que el contrato para el fomento de la contratación indefinida podrá concertarse con trabajadores incluidos en uno de los grupos siguientes:

a) Trabajadores desempleados inscritos en la oficina de empleo en quienes concurra alguna de las siguientes condiciones:

- Jóvenes desde dieciséis hasta treinta años de edad, ambos inclusive.
- Mujeres desempleadas cuando se contraten para prestar servicios en profesiones u ocupaciones con menor índice de empleo femenino; mujeres en los dos años inmediatamente posteriores a la fecha del parto o de la adopción o acogimiento de menores; mujeres desempleadas que se reincorporen al mercado de trabajo tras un período de inactividad laboral de cinco años; mujeres desempleadas víctimas de violencia de género y de trata de seres humanos.
- Mayores de cuarenta y cinco años de edad.
- Personas con discapacidad.
- Parados que lleven, al menos, un mes inscritos ininterrumpidamente como demandantes de empleo.

de apartado 2 de la disposición adicional primera de la Ley 12/2001 de 9 de julio, expresamente contempla que «*se entenderán válidas las transformaciones en los contratos de fomento de la contratación indefinida de los contratos de duración determinada o temporales en los supuestos a que se refieren las letras b) y c), una vez transcurrido el plazo de veinte días hábiles establecido en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, a contar desde la fecha de la transformación*». Por lo que parece, nos encontramos ante una especie de amnistía, ya que ese contrato que se transforma muy bien podría haber sido celebrado en fraude de ley al no existir realmente motivos para su temporalidad, o bien porque no se cumpliesen todos los requisitos inherentes al mismo, pues si el trabajador no impugna la transformación dentro del plazo de que dispone para reclamar por despido, es decir, 20 días hábiles, resulta que se convierte en un contrato para el fomento de la contratación indefinida.

Se pretende conseguir con la reforma que la mayoría de los contratos que se celebren en el futuro sean de fomento de la contratación indefinida y, en consecuencia, la extinción sin causa de la inmensa mayoría de los contratos indefinidos se salde con una indemnización reducida de treinta y tres días de salario por año de servicio, con un máximo de veinticuatro mensualidades cuando sean alegados motivos objetivos para su finalización. Pero no sólo eso, sino que se establece de forma transitoria hasta la creación del denominado «fondo de compensación»¹⁴² que una parte de la indemnización que corresponda al trabajador por la extinción de los contratos indefinidos, sean ordinarios o de fomento de la contratación indefinida, celebrados a partir del 18-06-2010, cuando se extingan por las causas previstas en los artículos 51 (despido colectivo) y 52 (despido objetivo) ET o en el artículo 64 de la Ley 22/2003 Concursal, serán objeto de resarcimiento al empresario por el FOGASA en una

-
- Desempleados que, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, hubieran estado contratados exclusivamente mediante contratos de carácter temporal, incluidos los contratos formativos.
 - Desempleados a quienes, durante los dos años anteriores a la celebración del contrato, se les hubiera extinguido un contrato de carácter indefinido en una empresa diferente.

b) Trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados con anterioridad al 28 de agosto de 2011, a quienes se les transforme dicho contrato en un contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2011.

c) Trabajadores que estuvieran empleados en la misma empresa mediante un contrato de duración determinada o temporal, incluidos los contratos formativos, celebrados a partir del 28 de agosto de 2011. Estos contratos podrán ser transformados en un contrato de fomento de la contratación indefinida con anterioridad al 31 de diciembre de 2012 siempre que la duración de los mismos no haya excedido de seis meses. Esta duración máxima no será de aplicación a los contratos formativos.

¹⁴² Según la disposición adicional décima de la Ley 35/2010 este fondo debería estar operativo el 01-01-2012, y serviría para hacer efectivo el abono de cantidades acumuladas a favor del trabajador en los supuestos de despido, movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Finalmente, según el Real-Decreto-Ley 10/2011, el Gobierno desarrollará durante el primer semestre de 2013 el proceso de negociación sobre la conveniencia y oportunidad de aprobar un proyecto de Ley por el que, sin incremento de las cotizaciones empresariales, se regule la constitución de un Fondo de capitalización.

cantidad equivalente a 8 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores al año, tanto en el supuesto de declaración judicial de la improcedencia del despido como si es reconocido directamente por el empresario. Es decir, el empresario despide y el Fondo de Garantía Salarial financia, dando con ello cobertura a una conducta arbitraria por parte de la empresa cuando no existen verdaderas razones para la extinción del contrato, como se deduce del reconocimiento de la improcedencia del despido.

Se cumple así con la principal misión de la reforma laboral, que expresamente se contempla en el preámbulo de la Ley 35/2010, y es «aliviar a las empresas de una parte de los costes extintivos», lo cual no parece muy justo cuando estamos hablando de despidos improcedentes.

Prueba de que no era muy coherente esta medida es que fue modificada por el Real-Decreto-Ley 10/2011 de 26 de agosto (BOE 30-08-2011), de medidas urgentes para la promoción del empleo de los jóvenes, el fomento de la estabilidad en el empleo y el mantenimiento del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo, al establecer que el resarcimiento por el FOGASA no será aplicable a los contratos celebrados a partir del 01-01-2012 que se extingan por las causas objetivas previstas en el art. 52 ET reconocidas por el empresario o declaradas judicialmente como improcedentes, permaneciendo dicho resarcimiento únicamente para los despidos objetivos procedentes.

Curiosamente, y a fin de evitar en los contratos de fomento de la contratación indefinida que la empresa pueda cometer abusos a la hora de su extinción, el legislador atribuye al trabajador la carga de la prueba de que la utilización de la vía del despido objetivo no se ajusta a Derecho, y que la causa real del despido es disciplinaria. Es decir, no sólo la empresa no tiene que demostrar la causalidad del despido, sino que además es el propio trabajador quien tiene que demostrar que la causa real del despido es disciplinaria si quiere obtener una mayor indemnización, pero parece difícil que el trabajador pueda demostrar esta circunstancia y así echar por tierra los planes de la empresa de optar por el despido más barato de 33 días en lugar de un despido improcedente de 45 días¹⁴³.

143 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, Sala de lo Social, Sección 1ª, de fecha 19-01-2010 (rec. 2932/2009), La sentencia de instancia desestimó la pretensión del trabajador que pretendía se declarara que el despido del que fue objeto por la empresa era improcedente y le correspondía cobrar la indemnización de 45 días de salario por año de servicio, alegando que se invocó como causa de despido la concurrencia de causas objetivas de manera fraudulenta para así abonar la indemnización de

De ese modo, ampliando el campo de trabajadores con los que se puede suscribir este tipo de contrato, la reforma laboral acaba facilitando a la empresa de una manera discreta y solapada una reducción del coste del despido improcedente, cosa que por otra parte era su objetivo según lo postulado en el preámbulo de la Ley 35/2010.

En resumen, de la misma manera que la empresa puede reconocer la improcedencia del despido disciplinario también lo puede hacer cuando se trate de un despido objetivo, pero única y exclusivamente cuando le corresponda la opción entre readmisión o indemnización, no cuando el despido obtenga la calificación de nulo.

9.- EMPLEADOS PUBLICOS ¿RECONOCIMIENTO DE DESPIDO IMPROCEDENTE?

La Administración Pública, cuando actúa en calidad de empresario, debe hacerlo en igualdad de derechos y deberes que los restantes sujetos empresariales, con sujeción a la legislación laboral aplicable. Su actuación debe venir enmarcada básicamente por dos preceptos constitucionales como son el sometimiento a la Ley y al Derecho –art. 103 CE- y la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos que recoge el art. 9 de la Constitución, lo que viene a suponer para la Administración un mandato específico y de mayor relevancia que para las actuaciones del resto de sujetos privados sometidos a la legislación laboral. Pues bien, además de aplicarse a los

33 días de salario tal y como prevé el apartado 4 de la Disposición Adicional primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio. El Tribunal Superior declara que: «En este caso se ha acreditado la contratación en la modalidad antes referida, el hecho cierto del despido basado en causas objetivas y el reconocimiento de su improcedencia por la empresa. La sentencia de instancia da por probada la existencia de razones económicas a la vista de la auditoría obrante como documento 8 en el ramo de prueba de la mercantil, sin que en esta instancia se haya discutido la concurrencia de dichos motivos, y sin que se haya instado la revisión de hechos probados en tal sentido. Por tanto, no existen datos que permitan concluir que la conducta de la empresa al despedir al trabajador invocando tales causas objetivas y no disciplinarias tenga como finalidad sustraerse a la indemnización prevista para este segundo caso cuando el despido es declarado improcedente. Por tanto la indemnización debe ser la prevista para aquel supuesto teniendo en cuenta el tipo de contrato suscrito entre las partes».

Más reciente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Social, de fecha 01-03-2011 (rec. 4876/2010), que desestima el recurso planteado por el trabajador, en base a: «Y en el caso enjuiciado, entendemos que el Magistrado de instancia ha reputado, atinadamente, que existen indicios de que el despido se halla motivado por esas causas económicas invocadas en la carta, en cualquier caso, dado que la empresa reconoce la improcedencia de la extinción, era indiferente que las causas hayan sido debidamente acreditadas por la empresa, es decir, la prueba de modo fehaciente de la existencia de una situación económica negativa, ni el fin que pretendía la empresa con la extinción del contrato ni tampoco, la conexión de funcionalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna, como exige la Jurisprudencia, lo que en suma supone la convalidación de la declaración de improcedente del cese del actor, encuadrándose el supuesto en la clase de extinción contractual contemplada en la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, modificada por la Ley 43/2006, que en su apartado cuarto, faculta la reducción de indemnización legal por despido improcedente. Y si el trabajador entendiere que la utilización del procedimiento de despido objetivo no se ajusta a derecho porque la causa real del despido es disciplinaria, la Disposición Adicional antes referida señala que corresponderá al mismo la carga de la prueba sobre esta cuestión. Y el trabajador no propuso la práctica de prueba alguna tendente a acreditar un cese improcedente disciplinario, o por algún motivo de nulidad, en cuyo caso la indemnización pudiera ser la solicitada de 45 días de indemnización».

empleados públicos la legislación laboral, se les aplica la Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleo Público. Esta Ley, en su artículo 8º establece cuatro tipos de empleados públicos, a saber: funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral -ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal- y personal eventual¹⁴⁴.

Antes de nada, hay que aclarar que en la Administración Pública «fijo» no equivale a «indefinido», estando reservado el primero de los términos para los trabajadores que han accedido al empleo público a través de los correspondientes procedimientos de selección, mientras que los segundos han accedido a su puesto mediante irregularidades en el momento de la contratación o en un momento posterior, y la doctrina del Tribunal Supremo sobre el alcance de las irregularidades en la contratación temporal de las Administraciones Públicas¹⁴⁵ establece que esas irregularidades no pueden determinar la adquisición de la condición de fijeza para el trabajador, porque ello supondría la vulneración de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público. En consecuencia, según dicha doctrina, la Administración Pública no puede atribuir a los trabajadores afectados por estas irregularidades «la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligada a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y, producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir el contrato».

Mucho se ha venido discutiendo sobre si el reconocimiento de la improcedencia del despido puede ser realizado¹⁴⁶ por la Administración Pública y si es una conducta ajustada a Derecho. Ha habido en esta cuestión dos corrientes, la primera de ellas considera que desde el momento en que la Administración está actuando como

144 Personal eventual, según el artículo 12 del EBEP, contrariamente a lo que pudiera parecer, no es personal laboral, sino que es el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin. Su nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento. La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna, y al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

145 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 04-02-2010 (rec. 1857/2009), y Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 10-03-2010 (rec. 2305/2009).

146 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Social, de fecha 02-05-2002 (rec. 403/2002), que sostiene que : «*En consecuencia, estimamos que es de aplicación a las Administraciones Públicas el precepto citado, con las debidas adaptaciones, a las que alude la sentencia del T.S.J. de Navarra de 31 Dic. 1999 (ED. 1.999/44826), cuales son: a) La Administración debe haber reconocido la improcedencia y ofrecer la indemnización del artículo 56.1, a) del Estatuto de los Trabajadores. b) Es necesario el depósito o consignación en el Juzgado en las cuarenta y ocho horas siguientes a la resolución de la reclamación previa, pues este depósito es la forma de cumplimiento voluntario que la Ley impone, constituyendo parte esencial de la carga que al empresario se impone; no cabe, pues, eximir excepcionalmente de este pago por consignación ni de ampliar tal plazo a una Administración Pública.*».

empleadora también tiene derecho a intentar limitar o eliminar los salarios de tramitación que supone el reconocimiento de la improcedencia del despido; sin embargo, existe otra corriente que considera que no es correcto que la Administración, mediante el abono de la correspondiente indemnización pueda despedir sin causa justificada a un trabajador, pues ello atentaría contra el principio de igualdad.

La Ley 7/2007 de 7 de abril en su artículo art. 98 establece claramente que «No podrá imponerse sanción por la comisión de faltas muy graves o graves sino mediante el procedimiento previamente establecido», y el art. 96.2, dedicado a las sanciones, establece que «Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave». Por lo tanto, podemos decir que cuando se trata de personal fijo la empresa, en este caso Administración, deberá readmitir obligatoriamente al trabajador, al limitar esta norma la libertad de la Administración Pública como empresario en las relaciones laborales para optar entre la readmisión e indemnización¹⁴⁷. Sin embargo, para que pueda aplicarse este precepto tienen que cumplirse tres condiciones: la primera que se trate de un despido disciplinario, la segunda que se trate de un trabajador fijo, y la tercera que el despido sea declarado improcedente¹⁴⁸.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con el resto del personal laboral, pues cuando el despido sea declarado improcedente la Administración, en cuanto empresa, podrá optar entre la indemnización o la readmisión y, precisamente por ello, según doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, sí podrá reconocer la improcedencia del

147 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo Social, de fecha 15 -05-2008 (rec. 830/2008), que estudiando el caso de la empresa pública Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana, la cual reconoció la improcedencia del despido y consignó en el Juzgado de lo Social de Alicante el importe de la indemnización por despido, señala: « Siendo ello así, el motivo debe ser estimado en este extremo, pues no siendo controvertido que el actor tiene la consideración de personal fijo y que la empresa demandada es una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia -Ley 4/1986, de 10 de noviembre -, no cabe duda que le era de aplicación el régimen jurídico establecido en el artículo 96.2 del EBEP , citado por el recurrente, en el que se dispone lo siguiente: "2. Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave." Por tanto, a la luz del citado precepto, FGV como entidad de derecho público que es, no podía utilizar el cauce previsto en el artículo 56.2 del ET para romper su vinculación laboral con el recurrente»

148 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 04-11-2010 (rec. 88/2010), que declara: «El artículo 93.1 EBEP señala que: "Los funcionarios públicos y el personal laboral quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en el presente Título y en las normas que las Leyes de Función Pública dicten en desarrollo de este Estatuto". Refiriéndose especialmente al personal laboral el apartado 4 del citado precepto dispone que "El régimen disciplinario del personal laboral se regirá, en lo no previsto en el presente Título, por la legislación laboral", es decir establece una clara jerarquización entre los dos tipos de normas reguladoras del régimen disciplinario del personal laboral, a saber, la normativa aplicable es la contenida en el EBEP y, únicamente en el supuesto de que no hubiera regulación en dicho Estatuto se aplicaría la legislación laboral. La cuestión debatida, los efectos del despido declarado improcedente aparecen contemplados en el artículo 96.2 del EBEP, precepto incluido dentro del Título VII y, por lo tanto, aplicable con preferencia a la regulación laboral en virtud de lo establecido en el artículo 93.4 del EBEP.

despido y con ello limitar o anular los salarios de tramitación. Se basan en que el art. 96.2 del Estatuto del Empleado Público no incluye en ningún caso al indefinido no fijo, «que queda fuera, pues lo que se ha establecido es un derecho de opción a favor de los fijos, exigiendo, además la incoación de un expediente disciplinario»¹⁴⁹. Es decir, no opera la garantía de la readmisión obligada en caso de declararse el despido improcedente en el resto del personal laboral.

Sólo en el supuesto de que el convenio colectivo aplicable a las relaciones laborales del personal no fijo contemple en su articulado la posibilidad de que sea el trabajador el que opte en caso de declaración de despido improcedente, no cabría la facultad de que la Administración Pública reconociera la improcedencia del despido con el abono simultáneo de la indemnización¹⁵⁰, por privársele precisamente en ese caso del derecho de opción, ya que el art. 56.2 ET se aplica en los casos en que el derecho de opción corresponde a la empresa.

Pero hay que tener en cuenta que el invocado art. 96.2 EBEP se refiere exclusivamente al «despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave», y que el art. 7 del mismo texto legal especifica que el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se regirá además por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, con lo podemos colegir que la sombra de la duda se

149 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Social, de fecha 18-12-2009 (rec. 558/2009), que explica lo siguiente: «Es decir, indefinición no equivale a fijeza, y en consecuencia ni el Magistrado de instancia tenía base fáctica invocada para aplicar el artículo 96.2 de la Ley 7/2007, ni esta Sala del propio modo puede hacerlo, pues como cuestión fundamental estaríamos en todo caso resolviendo cuestión no planteada en la instancia y sometida a la oportuna contradicción y prueba, tal y como hemos dejado expuesto».

150 Ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de lo Social, de fecha 21-04-2010 (rec.1075/2009). En este caso condiciona la opción a que previamente el trabajador haya obtenido en anterior Sentencia la calificación de indefinido: «En efecto, la prescripción de que «El personal laboral fijo o indefinido referido en el apartado primero de este artículo [el personal laboral fijo o indefinido en virtud de sentencia judicial] sólo podrá ser despedido en virtud de... de expediente disciplinario, teniendo derecho dicho personal... a optar entre la readmisión o la indemnización», no ofrece ya en su literalidad -básico elemento interpretativo- duda alguna respecto de que el beneficio opcional de que tratamos únicamente se confiere a quienes ya ostentasen la cualidad de trabajadores indefinidos antes del cese y precisamente por reconocimiento efectuado por previa sentencia, de forma que los restantes trabajadores -aquellos cuya cualidad contractual indefinida sea atribuible a irregularidades negociales apreciadas en la sentencia que declara la improcedencia del despido- no disfrutan del indicado beneficio y han de regirse... por la norma general que dispone el art. 56.1 ET, de que sea la empleadora quien opte entre indemnizar o readmitir.

Y no cabe argumentar -como en el recurso se hace- que esa declaración de cualidad «indefinida» puede llevarse a cabo en la propia sentencia que resuelve el despido, siendo así que la literalidad del precepto [«personal laboral fijo o indefinido en virtud de sentencia judicial de reconocimiento de indefinido»] claramente refiere tal pronunciamiento como objeto de la sentencia y no como mero presupuesto de la misma; aparte de que la siguiente previsión que la norma hace [tal personal « sólo podrá ser despedido en virtud de ... de expediente disciplinario»] únicamente puede ser entendida -rectius, aplicada- si la declaración judicial de indefinición es anterior al cese del trabajador. Otra cosa sería que se afirmase en la disposición colectiva que los trabajadores «indefinidos» -sin exigencia de declaración judicial previa alguna- únicamente podría ser cesados a virtud de expediente disciplinario; entonces sí sería aceptable la argumentación recurrente, pero no con la presente dicción pactada».

cierte sobre las consecuencias de las demás extinciones contractuales decididas unilateralmente por la Administración empleadora. Así, por ejemplo, nada impediría que se reconociera la improcedencia de un despido objetivo –tanto del personal fijo como del resto del personal- con la consiguiente paralización de los salarios de tramitación, al no distinguir el Estatuto de los Trabajadores entre empresas privadas y públicas, cuando concurren las causas legales que lo posibiliten y tras seguir el procedimiento que al efecto corresponda, como sostienen algunos Tribunales Superiores de Justicia¹⁵¹ en sus más recientes resoluciones, pues «los requisitos de los despidos objetivos exigidos por el Estatuto de los Trabajadores son de aplicación tanto a las Administraciones públicas empleadoras como a las empresas privadas, y si un Ayuntamiento modifica su plantilla de personal, amortizando los puestos de trabajo de unos trabajadores, o externaliza una actividad, lo que es aprobado por el pleno de la Corporación local, lo decisivo es si concurren los requisitos exigidos por el Estatuto de los Trabajadores para la extinción de contratos por causas objetivas»¹⁵². Ya el propio Tribunal Supremo, en su Auto de fecha 14-03-2007 (rec. 1919/2006) sostiene que «*Por lo demás, es comúnmente admitido en este momento la posibilidad de que los organismos públicos acudan al despido objetivo para amortizar puestos de trabajo, si concurren razones para ello*».

No obstante, cualquiera que sea la causa invocada para el despido, al tratarse de una Administración Pública, parece que la extinción contractual acordada unilateralmente por la empleadora debiera ser declarada nula si el empresario no acredita que se trata de una causa justa, legítima y suficiente para justificar la extinción unilateral del contrato. Y ello debiera ser así tanto si la causa que se invoca para la extinción es disciplinaria, objetiva, o cualquier otra de las contempladas en el artículo 49 del

151 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria, Sala de lo Social, de fecha 26-03-2009 (rec. 404/2008), que desestima el recurso interpuesto por la trabajadora que fue despedida por la Administración Pública, reconociendo el mismo día la improcedencia del despido y poniendo a su disposición la indemnización correspondiente: «*A la hora de interpretar esta norma hay que atender al tenor literal de la misma, del que resulta que la readmisión obligatoria la ha establecido el propio legislador solo para el despido disciplinario. Es tal la claridad del precepto que no entiende la Sala que se plantee la readmisión obligatoria para un despido que no es disciplinario. Lo que la parte recurrente pretende es que la Sala legisle y sustituya la voluntad del legislador, extendiendo la regla del 96.2 a un supuesto que no entra, en principio, en la misma. Esta Sala de lege ferenda podría compartir el planteamiento de la recurrente, pero de lege data la solución es lo que señala el legislador y ha plasmado con acierto el Juez de instancia. Cuando el legislador establece la readmisión obligatoria en caso de despidos disciplinarios declarados improcedentes está diciendo en realidad dos cosas; a saber: a) que si el despido disciplinario es declarado improcedente solo cabe readmisión y b) implícitamente que solo se aplica al despido disciplinario; pues de haber querido aplicar tal regla a otros despidos (objetivos; contratación irregular etc.), le hubiese bastado con no hablar de disciplinario o citar los restantes despidos. La solución a la hora de interpretar el precepto citado es acceder a la interpretación literal, clara y terminante ("in claris nom fit interpretatio"), de la que resulta que declarado improcedente el cese de un trabajador por supuesta finalización del contrato que es declarado ilegal o fraudulento, la regla es la del art. 59 y 56 E.T., al no ser aplicable la del Estatuto de la Función Pública...».*

152 Ver Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Social, de fecha 03-11-2011 (rec. 616/2011).

Estatuto de los Trabajadores y que puedan ser invocadas por la Administración para poner término a la relación laboral. ¿Cómo es posible entender que la Administración Pública pueda obrar impunemente como un empresario marrullero? No tiene sentido que los empleados públicos, a la hora de acceder a su puesto de trabajo en la Administración, deban pasar la selección correspondiente y someterse a las pruebas selectivas oportunas y que, una vez dentro, pueda la Administración Pública prescindir de sus servicios sin causa justificada, pues injustificada es desde el momento en que está reconociendo la improcedencia de su decisión. Por lo demás, es ésta una facultad muy peligrosa que se pone en manos de la Administración y que podría conducir a la toma de decisiones totalmente arbitrarias, como por ejemplo cuando cambian los equipos de gobierno después de unas elecciones.

En consecuencia, si los principios de igualdad y legalidad, con exclusión de la arbitrariedad administrativa, deben regir cuando se accede a un empleo público, de la misma manera deben regir cuando se sale de un empleo público¹⁵³. Eso sería lo justo.

153 Ver Auto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª), de fecha 16-03-2011 (rec. 2071/2010), que plantea cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 96.2 de la Ley 7/2007, de 12 abril, en relación con los arts. 56 del ET y 110 de la LPL, y en cual declara: «En un sistema social en el que el trabajo y el empleo constituye, jurídica y socialmente, un bien de primera importancia en la escala de valores de los ciudadanos, y cuando además los empleos públicos presentan por lo general características ventajosas de estabilidad e incluso en sus condiciones retributivas y de trabajo respecto de los que ofrece la economía privada, la gestión por las Administraciones Públicas de los sistemas de acceso al empleo público tienen una relevancia constitucional de primer orden dentro del sistema de garantías institucionales y derechos fundamentales, como ya se reconoce desde la misma declaración de los derechos del hombre de 1789 en su artículo seis, que ya estableció, como manifestación básica de la igualdad de los ciudadanos, su igualdad en el acceso a los empleos públicos atendiendo solamente a su capacidad, a sus virtudes y sus talentos.

A la vista de esta importancia y de que este derecho al empleo público no encuentra frente a él la contraposición de la libertad de empresa, no cabe sino concluir que el mismo se halla traspasado en su desarrollo, desde su nacimiento a su extinción, por una muy exigente aplicación de los principios de igualdad y de legalidad, debiendo quedar excluida en la medida de lo posible la arbitrariedad administrativa».

CONCLUSIONES

1ª) El «despido exprés» ha venido siendo utilizado por las empresas desde la publicación de la Ley 45/2002 de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, sobre todo en momentos de crisis, para aligerar el exceso de sus plantillas, pero no sin antes prescindir de los trabajadores temporales. Una vez liquidados los contratos temporales, el orden que han seguido las empresas ha estado relacionado con las antigüedades, pues al ser dos los factores que influyen en la indemnización por despido improcedente –años de servicio y salario- los primeros «despachados» han sido los trabajadores de menor antigüedad, precisamente porque les han resultado más baratos, no por otra razón. Se da el caso de empresas que no han podido hacer uso del «despido exprés» única y exclusivamente porque no tienen la suficiente liquidez para hacer frente a un pago tan importante cuando el trabajador alcanza la máxima indemnización a la que tiene derecho por sus años de antigüedad -42 mensualidades a los 28 años de antigüedad-y al final no tienen más remedio que esperar a que el trabajador cumpla la edad de jubilación para prescindir de sus servicios, si es que no se ve antes abocada la empresa al cierre.

Aunque la mayor parte de los despidos realizados por la vía del art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores han sido motivados por razones no disciplinarias, sin embargo también se producen estos despidos cuando la causa es verdaderamente disciplinaria y la empresa no la puede demostrar o ésta no tienen suficiente entidad para ser considerada por el Juez merecedora de la máxima sanción que se puede imponer al trabajador. Así, tanto pueden ser destinatarios del despido exprés los trabajadores incumplidores que han desempeñado su trabajo ateniéndose al mínimo esfuerzo y compromiso posible como aquellos otros que han cumplido rigurosamente con sus obligaciones a lo largo de toda la relación laboral, comprometiéndose con los objetivos comunes y dando lo mejor de sí a la empresa. No parece justo, pues, que reciban todos el mismo pago en la hora de su despedida.

Si partimos de la base de que se califica como improcedente un despido disciplinario que no acredita la causa invocada en la carta de despido como aquel otro en que no existe causa alguna para proceder a la extinción de la relación laboral, debería exigirse en este último supuesto otro tipo de requisitos, como puede ser un preaviso lo suficientemente importante, para que el trabajador despedido se pueda ir adaptando a su nueva situación y, en caso de que la empresa incumpliera este preaviso, abonarle una indemnización que lo sustituya, tal como ocurre en el despido objetivo.

2ª) En la actualidad, casi todo el mundo tiene asumido que en España existe el despido libre pagado o un desistimiento indemnizado, aun cuando realmente no se ajusta esta afirmación a la realidad, pues si así fuera se podría despedir a cualquier trabajador y en cualquier momento o circunstancia, y no es eso lo que ocurre, pues todos sabemos que en determinadas situaciones el despido practicado por la empresa se califica como nulo, con la consiguiente y obligatoria readmisión y el abono de los salarios de tramitación correspondientes.

Por otro lado, el hecho de que la empresa reconozca la improcedencia del despido no significa necesariamente que niegue la causa ni que no concurren motivos para el cese, sino simplemente que no concurren todos los elementos formales y sustantivos para que el despido sea declarado procedente, adelantándose así la empresa con este reconocimiento a la sentencia que pueda dictar el Juzgado y, con ello, reducir en la medida de lo posible los costes del despido, que por cierto también le está ahorrando al Estado, al ser éste responsable de los salarios de tramitación y la consiguiente cotización a la Seguridad Social si transcurren más de sesenta días hábiles desde la fecha en que se presenta la demanda y la fecha de la notificación de la sentencia que declare la improcedencia del despido; y es de todos conocida la tardanza de la justicia en resolver los pleitos, por lo que tranquilamente puede trascurrir más 6 meses desde el día en que se presenta la demanda hasta que la empresa recibe la sentencia.

3ª) En un primero momento, tras la publicación de la Ley 45/2002 de 12 de diciembre, las ventajas que se derivan del ejercicio de la facultad empresarial de anticipar la opción por la indemnización contenidas en el art. 56.2 ET se aplicaron únicamente a las extinciones del contrato derivadas de un despido disciplinario; más tarde se utilizaron para reconocer la improcedencia de cualquier cese unilateral llevado a cabo por la empresa sin causa legal, es decir, un despido ilícito; luego se aplicó también a los despidos objetivos reconocidos como improcedentes –aunque en este último supuesto, hasta la Ley 35/2010, se tenían que cumplir todas las formalidades, so pena de considerarlos nulos-; y últimamente se aplica cada vez más a los empleados públicos con contrato laboral indefinido no fijo y temporales. De momento se vienen salvando los empleados públicos que prestan sus servicios mediante un contrato laboral fijo, pues a éstos se les aplica el art. 96.2 EBEP, que dispone que «procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando se declare improcedente el despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinario por la comisión de una falta muy grave», pero todo se andará, porque esta prerrogativa,

examinada literalmente, se refiere única y exclusivamente a los ceses derivados de un expediente disciplinario, pero no a cualquier tipo de despido.

Es perfectamente comprensible que una empresa privada, por los motivos que sean – tal como expone la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de fecha 29-03-2005 (rec. 1227/2004): «*Aunque suene muy fuerte, nuestro ordenamiento jurídico consagra "de facto" un despido libre indemnizado, de tal forma que si no se vulnera ningún derecho fundamental el empresario puede prescindir de un trabajador cuyos servicios no le interesen a través del abono de la indemnización correspondiente y sin necesidad de motivar el despido*»- , reconozca la improcedencia del despido (al fin y a la postre es su dinero el que está en juego y ha creado la empresa precisamente para obtener beneficios), pero lo que ya no es tan comprensible es que sea la propia Administración la que haga uso del mecanismo que regula el art. 56.2 ET, pues se corre el peligro de que sea utilizado fraudulentamente por autoridades sin escrúpulos con la intención de suprimir a trabajadores molestos, máxime si tenemos en cuenta tres factores: primero, no se están jugando su dinero; segundo, probablemente no sea una decisión tomada por el bien del interés general; y tercero, porque cuando un trabajador entra a formar parte de una empresa como es la Administración se supone que lo ha hecho con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Por ello, ¿Cómo es posible que salga de esa empresa con una simple carta en la que se reconoce, al mismo tiempo que se le despide, que la decisión que se ha tomado es improcedente?

4ª) Para que no se devenguen salarios de tramitación, el art. 56.2 ET y la jurisprudencia que lo interpreta exigen los siguientes requisitos:

- Que la empresa reconozca la improcedencia del despido y, en el supuesto de que el trabajador interpusiera demanda por despido, la pretensión del trabajador fuere desestimada.
- Que el empresario ofrezca la indemnización y, en los casos en que proceda, los salarios de trámite debidamente calculados. En todo caso, la oferta empresarial debe ser clara, precisa y determinada.
- Que la empresa consigne ante el Juzgado de lo Social la cuantía indemnizatoria que legalmente corresponda, y los salarios de trámite si a ello hubiere lugar, poniéndolo en conocimiento de trabajador.
- Que las cantidades ofrecidas y consignadas estén correctamente calculadas. No cabe efecto exonerador o limitador de los salarios de tramitación si la indemnización está mal calculada por no considerar el salario regulador real

que corresponda ni la antigüedad del trabajador, ni tampoco produce efecto limitador o exonerador cuando en un encadenamiento de contratos temporales no se tiene en cuenta todo el período de prestación de servicios, aunque existan interrupciones breves en los contratos e incluso finiquitos cobrados a la finalización de cada uno de ellos.

Esta decisión de la empresa de reconocer la improcedencia del despido puede comunicarla en el mismo momento del despido a través de la propia carta en la que conste la extinción unilateral de la relación laboral, o bien en un momento posterior, con la fecha tope de la conciliación judicial. Si lo que quiere es ahorrar al máximo en el coste del despido debe ofrecer al trabajador la indemnización legal que le corresponde por tal calificación jurídica del despido –no cualquier cantidad, sino la cantidad exacta en función del salario real que corresponde percibir al trabajador y de los años de servicio, pues es una indemnización legalmente tasada, no sujeta a negociación- dentro del plazo de las 48 horas siguientes al despido, ya que si transcurre ese plazo deberá ir acompañada de los salarios de tramitación hasta la fecha de su abono directo al trabajador o depósito judicial. En el caso de que la empresa ofrezca y abone al trabajador la cantidad o cantidades que correspondan puede hacerlo bien en metálico o mediante cheque bancario, pero no se admite la transferencia bancaria salvo, claro está, que así lo acuerden fehacientemente las dos partes del conflicto; sin embargo no es válida la transferencia realizada de forma unilateral por la empresa directamente a la cuenta del trabajador, en cuyo caso no se paralizan los salarios de tramitación.

5ª) Por último, una cosa debe tener clara la empresa que decide tomar la decisión de despedir a un trabajador, y es que esta decisión no admite marcha atrás, pues la pretensión de la empresa de readmitir al trabajador no restablece el contrato extinguido, necesitando del consentimiento del trabajador para rehabilitar la relación laboral, así que no se considera dimisión o baja voluntaria la negativa del trabajador a la readmisión. De la misma manera, cuando una empresa decida reconocer la improcedencia del despido debe ser consciente de que, tras la entrada en vigor de la Ley 36/2011 de 10 octubre, reguladora de la jurisdicción social, ese reconocimiento de la improcedencia es vinculante, y no podrá ya alterar esa calificación ni la cantidad reconocida, salvo en el supuesto de error material o subsanación en forma. Con lo cual, caso de que se llegue a juicio, no podrá la empresa retractarse de su reconocimiento y pretender defender la procedencia del despido, y si la cantidad abonada en concepto de indemnización o salarios de tramitación no es la correcta por

obedecer a un error excusable será condenada a abonar la diferencia, sin que tenga derecho a la opción por la readmisión, pues desde el momento en que reconoce la improcedencia del despido ya ha ejercido ese derecho de forma anticipada. Únicamente en el supuesto de que la diferencia corresponda a un error inexcusable o sustancial se dará a la empresa la opción de elegir entre la readmisión o la indemnización en la cuantía que se declare procedente con el abono de los correspondientes salarios de tramitación hasta la notificación de la Sentencia.

Se pone fin así a la controversia de todos estos años, estableciendo el art. 105.3 LJS un punto intermedio entre las dos posiciones que han venido coexistiendo hasta su entrada en vigor, pues por un lado se declara expresamente la vinculación del reconocimiento de la improcedencia del despido, y por otro lado se permite optar a la empresa por la readmisión en caso de que la indemnización que se fije en la sentencia sea muy superior a la consignada. Pero para compensar, se establece claramente que el trabajador tiene derecho a reclamar contra la extinción contractual, haya percibido o no el importe ofrecido por el empresario.

En conclusión, el art. 56.2 hace referencia a una serie de actos unilaterales del empresario -reconocimiento de la improcedencia del despido, ofrecimiento de la indemnización legal y su abono o depósito judicial a disposición del trabajador, poniéndolo en su conocimiento- que, si son correctamente ejecutados, supondrán para la empresa un ahorro en los costes del despido, pues si el trabajador no acepta la oferta y reclama contra la decisión de la empresa, lo que obtendrá será una sentencia que le dará lo mismo que le ofrecía la empresa; y si acepta y no reclama, se consigue evitar un pleito. Estas son las dos finalidades que persigue el art. 56.2 ET.

BIBLIOGRAFIA

ALONSO GARCIA, MANUEL: «Curso de Derecho del Trabajo», 4ª edición, Editorial Ariel, 1973.

ALONSO OLEA, MANUEL: «*El despido: un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario*», Madrid, Instituto de Estudios Políticos 1957.

ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, MARIA EMILIA: «*Derecho del Trabajo*», 10ª edición revisada, 1987 (Universidad de Madrid).

ARENAS VIRUEZ, MARGARITA: «*La paralización de los salarios de tramitación: el momento de la exigencia de la comunicación al trabajador*», Revista “Temas Laborales”, núm. 105/2010, págs. 237- 249.

BALLESTER LAGUNA, FERNANDO: «*¿Puede el empresario retractarse del reconocimiento de la improcedencia del despido o de la opción por la indemnización manifestada en el marco del artículo 56.2 ET?*». Aranzadi Social, núm. 11/2010, págs. 53–83.

DIAZ DE ATAURI, PABLO GIMENO: «*Lógica y alcance de la indemnización por despido improcedente*», Centro de Estudios Financieros, Revista Trabajo y Seguridad Social núm. 333, diciembre de 2010, págs. 5 a 58.

DESDENTADO BONETE, AURELIO: «*El despido, la crisis y la reforma laboral*», Diario La Ley, Nº 7337, Sección Columna, 8 Feb. 2010, Año XXXI, Ref. D-42, Editorial La Ley.

ESTEVE SEGARRA, AMPARO (2011): «*El despido exprés: la limitación de los salarios de tramitación*», 2011, Editorial Tirant Lo Blanch.

FONDEVILA ANTOLIN, JORGE: «*Breve reflexión sobre las especialidades en la extinción de las relaciones jurídico-laborales en las Administraciones Públicas, con especial referencia al despido improcedente*», Diario La Ley, Sección Doctrina, 2001, R-D 123, Editorial La Ley.

GARATE CASTRO, JAVIER: «*Lecturas sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo*», 4ª Edición, 2010, Ed. Netbiblo.

GARATE CASTRO, JAVIER: «*A reforma do réxime xurídico do despedimento pola Lei 45/2002. En particular, sobre a regulación dos salarios de tramitación*», Revista Galega de Administración Pública, núm. 33, enero-abril, año 2003, págs. 15 a 51.

LAHERA FORTEZA, JESUS: «*Despido libre pagado e igualdad de trato*», Revista Aranzadi Social Doctrinal 1, abril 2011, páginas 81-87.

MALO, M. A. y TOHARIA, L. (2008): «*La reforma de los despidos de 2002*», Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, número 76, páginas 111-128.

MALO, MIGUEL ANGEL (2003): «*La evolución institucional del despido disciplinario: una interpretación en términos de un accidente histórico*», 2005, Ed. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto Laureano Figueroa: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MARTIN VALVERDE, ANTONIO, RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, FERMIN Y GARCIA MURCIA, JOAQUIN: «*Derecho del Trabajo*», 17ª Edición, 2008, Editorial Tecnos.

MATORRAS DIAZ-CANEJA, ANA: «*El despido disciplinario: forma, lugar, tiempo, calificación y efectos*», Cuadernos de Aranzadi Social, 1ª Edición, 2009, Editorial Aranzadi.

MERCADER UGUINA, JESUS R: «*Lecciones de Derecho del Trabajo*», 2ª Edición, 2009, Editorial Tirant Lo Blanch.

MONTOYA MELGAR, ALDREDO: «*Derecho del Trabajo*», 28ª Edición, 2007, Editorial Tecnos.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO: «*Estabilidad en el empleo y su garantía jurisdiccional y administrativa*», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 58, año 2005.

TOLEDO OMS, ALBERTO: «*El despido sin causa del trabajador en situación de incapacidad temporal*», Cuadernos de Aranzadi Social, 1ª Edición, 2008, Editorial Aranzadi.

OTRAS FUENTES:

www.laleydigital.es

www.quantor.net

www.westlaw.es

www.bde.es