

El despido objetivo por causas económicas: la demanda y sus antesalas frente a éste.

El art ° 49 del Estatuto de los Trabajadores (R.D. Legislativo 1/95 de 24 de marzo) previene que el *contrato de trabajo se extinguirá* (entre otras causas), por **causas objetivas** legalmente procedentes.

Al momento de extinción del contrato (artículo 49.2 del E.T.T.) el empresario al comunicar el *preaviso* de la extinción del mismo deberá acompañar una propuesta del documento de liquidación de las cantidades adeudadas.

El trabajador podrá solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores a la firma del recibo del finiquito, haciendo constar que ha hecho uso de ello o no. Si el empresario lo impidiese al momento de la firma, el trabajador podrá hacerlo constar en el propio recibo a los efectos oportunos.

- La concreción de dichas causas se determinan en el art° 52., reglamentándose la forma y los efectos de dicha resolución contractual en el artículo 53.

La redacción del Artículo 52.c) del E.TT dispone la extinción del contrato por causas objetivas *“Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de la Ley y en número inferior al establecido en el mismo.*

*A tal efecto el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en **causas técnicas, organizativas o de producción** para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda a través de una mejor organización de los recursos.*

*Los representantes de los trabajadores **tendrán prioridad de permanencia** en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado”.*

De este último apartado procede destacar que estamos en la esfera de libertad del empresario de determinar a quien o a quienes va a afectar la medida extintiva objetiva, pues la selección de los trabajadores afectados – salvo el límite de los representantes de los trabajadores– corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los **órganos judiciales cuando resulte apreciable **fraude de ley o abuso de derecho** o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios (Const art. 14 y ET art. 17).*

Son causas objetivas porque no derivan de la voluntad del trabajador, (ni pueden haber sido provocadas por el empresario). Constituye este supuesto el reverso del despido colectivo administrativamente previsto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Acercamiento jurisprudencial al concepto de causa económica.

Hemos de partir de la sentencia de la Sala de lo Social del T. Supremo dictada en Recurso de Unificación de Doctrina de **24 de abril de 1.996** que entró en el fondo, y entendió que la existencia de pérdidas millonarias (se trataba de una editorial) era causa suficiente para despedir a una trabajadora (auxiliar administrativa) porque la medida **contribuye a aliviar las cargas empresariales, con la importante precisión de que no era necesario que la situación fuera irreversible.** En esta resolución el Tribunal Supremo nos adentraba en el concepto de **causa económica**, y ello porque si bien es cierto, que tradicionalmente se venía asimilando causa económica con crisis de la empresa o situación de crisis, tras esta sentencia se rechaza dicho criterio porque su rigidez no resulta compatible con los principios inspiradores de la Reforma del Estatuto de los Trabajadores y, sin entrar en definiciones genéricas, entiende **la existencia y la realidad de la causa porque las pérdidas sufridas por la empresa son elevadas, lo cual le lleva a apreciar una situación económica negativa suficiente a los efectos de la extinción contractual.** De ahí que haya de entenderse que la situación económica negativa es utilizada para aproximarse conceptualmente a la causa económica, de manera que existe causa económica cuando esta produce una situación económica negativa en la empresa. Es necesario que exista una situación de pérdidas para que se aprecie una situación económica negativa de la empresa, puesto que así se desprende de las continuas referencias a la situación deficitaria de la empresa (de forma que solo si hay deficit (pérdidas) puede considerarse incurso en el ámbito del art. 52.c del Estatuto de los Trabajadores.

Así pues, nos encontramos con el supuesto de extinción individual del contrato de trabajo por causa objetiva del art. 49 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 52.c motivado en la necesidad de amortizar puestos de trabajo por *causas económicas*.

También apuntaba esta sentencia entre las pautas generales para el despido objetivo, que la causa ha de ser *real, objetiva y actual*. *Objetividad* en el sentido de que la situación de la empresa no haya sido provocada por el empresario, esto es se deba a causas ajenas a su voluntad. *Actualidad* de la causa se refiere a su existencia en el momento de la extinción contractual, no futura. Recordemos que la causa económica tiene naturaleza reparadora, operando como medio de reacción defensiva ante una situación económica negativa.

Por su parte también fue clarificadora la Sentencia Tribunal Supremo 14-6-96, que vino a concretar las causas *económicas, técnicas, organizativas o de producción*, conforme la redacción del ET art.52.c) Conforme a dicha sentencia, **causas técnicas** son las que están referidas a los medios de producción con posible vejez o inutilidad total o parcial de los mismos; las **causas organizativas**, se encuadran en el ámbito de los sistemas o métodos de trabajo que configuren la estructura de la empresa en una organización racional de las mismas; y las **causas productivas** son las que inciden sobre la capacidad de producción de la empresa para ajustarlas a los eventos del mercado, y corresponden a esa la esfera de los servicios o productos de la empresa; finalmente *las causas económicas*, se concretan **en el resultado de la explotación, sobre su equilibrio de ingresos y gastos, de costes y beneficios, y que conforme al texto legal siempre ha de ser negativa**, exigencia que no se establece en relación con las otras causas que por ello están desvinculadas de la existencia de pérdidas o resultados económicos desfavorables, ya que van dirigidas como señala el precepto, a garantizar la viabilidad futura de la empresa a través de una más adecuada organización de los recursos aunque es incuestionable que en último término todas estas medidas distintas a las causas económicas, tienen un fuerte componente de ese carácter económico tratándose de empresas con estos fines, ya que constituye la razón de existencia de esas empresas.

Avanzando en el tiempo resultan de interés las sentencias dictadas por la Sala de lo Social del T.Supremo de 14 de junio de 2008 y 29 de septiembre de 2008, remitiéndose en ambos casos a la doctrina unificadora, designando la sentencia del T.S de 24 de abril de 1996, que dispone que basta con estimar que la amortización del puesto de trabajo que se acuerde contribuye a solucionar la crisis, para que tal medida se encuentre justificada, sin que sea exigible acreditar que la amortización del puesto de trabajo constituye por sí sola una solución suficiente, ni que esa solución será definitiva junto con otras medidas. En relación a la prueba de la medida adoptada señala la STS de 14 de junio de 2008 que basta en principio con la prueba de pérdidas de las cuentas y balances de la sociedad titular de la empresa. Si las pérdidas son cuantiosas, se presume que la amortización de los puestos de trabajo junto con otras medidas tomadas, contribuían a reducir las pérdidas y a superar la crisis económica, sin que fuese preciso probar que estas que tales medidas aseguran la viabilidad de la empresa. La sentencia del TS de 29 de septiembre introduce un nuevo matiz al señalar que no se puede presumir que la empresa por el simple hecho de tener pérdidas en su cuenta de resultados, pueda prescindir de todos o de algunos de sus trabajadores, pero se afirma que tampoco se le puede exigir la prueba de un hecho futuro. Lo que se debe exigir –según esta sentencia- son indicios, argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido. En definitiva, la carga de la prueba recae sobre la empresa, pero la prueba exigible es de indicios, lo que supone un avance hacia la flexibilización de las exigencias de prueba de las medidas por parte de la empresa, pero que como contrapartida podría tener efectos distorsionantes en situaciones como la actual de crisis económicas.

PLAZO para el ejercicio de la acción de despido.

Siendo notificado el trabajador de la carta de despido por causas económicas, dispone de un **plazo de caducidad de veinte días** para impugnar ésta según establece como plazo especial el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores, “ *el ejercicio de la acción contra el despido caducará a los veinte días siguientes de aquel en que se hubiera producido. Los días serán hábiles y el plazo de caducidad a todos los efectos.*”

El artículo 182 de la Ley Organica del Poder Judicial incluye en la enumeración de los días que declara inhábiles a efectos procesales, los sábados y 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”

Es necesario aplicar el calendario de Fiestas propio del Juzgado en el que se presente la demanda, ya que estos días tampoco se computarán. (Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1996 de 15 de abril).

Los días del mes de agosto son hábiles a efectos del computo del plazo (artículo 43.2 de la Ley de Procedimiento Laboral).

- **Suspensión del plazo de caducidad.**

El plazo de caducidad quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente”, en la Comunidad Autónoma de Andalucía el CMAC .

A Grosso modo: se suspende con la presentación de la papeleta de conciliación ante el CMAC.

Este efecto de suspensión del plazo de caducidad, se recoge en términos generales en la redacción del artículo 65 de la Ley de Procedimiento Laboral, que establece que *“la presentación de la solicitud de conciliación suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción. El computo de la caducidad se reanudará al día siguiente de intentada la conciliación o transcurridos quince días desde su presentación sin que se haya celebrado.”*

El T.Supremo en sentencia de 15 de marzo de 2005 (recurso 1565/2004) se pronunciaba sobre la naturaleza del plazo de caducidad de la acción por despido, indicándose que *pese a tratarse de una plazo de caducidad, los días que lo componen serán hábiles y asimismo, que tal plazo quedará interrumpido por la presentación de la solicitud de conciliación ante el órgano público competente (suspendido), pues el plazo no comienza a contarse de nuevo a partir de la finalización de la suspensión de su transcurso, sino que se suma al que faltaba por cumplir . Por su parte, el artículo 103.1 de la LPL reitera la calificación de caducidad que se atribuye al plazo que nos ocupa y también puntualiza que los veinte días serán hábiles. Todo ello quiere decir que el legislador ha querido atribuir una singular influencia procesal a la caducidad de la que aquí tratamos (sin hacerle perder su naturaleza sustantiva o procesal) pues de otra forma no se explicaría no la suspensión del plazo durante el tiempo empleado en el*

intento de conciliación preprocesal, ni tampoco el que los días de tal plazo hayan de ser hábiles, pues el concepto de días hábiles únicamente opera en el proceso judicial pero nunca en el ámbito del ordenamiento material o sustantivo. .. **“todos los días que integran ese plazo forman parte de unas actuaciones encaminadas a la validez del proceso, sin que el hecho de que dentro de ese plazo deban plantearse la conciliación o reclamación previas rompan la conexión con el proceso para calificarlo de procesal.”** Esta afirmación se hace a raíz del dictado de sentencias por algunos T.S. de Justicia, (como del T.S. de J de Murcia de 16 de mayo de 2005, el de Madrid de 24 y 25 de enero de 2005) que consideran que el plazo de caducidad de la acción de despido actúa en **dos fases**, una *administrativa* (hasta la presentación de la papeleta de conciliación y practica del acto de conciliación, que es de carácter extraprocésal y de obligado cumplimiento) y otra *judicial*, que se inicia a partir de la celebración del acto de conciliación por lo que el computo de los plazos no es igual en el ámbito administrativo que en el judicial ya que en éste último no se pueden computar los *sabados, domingos y festivos*, pero en el primero si se computan los sabados por ser hábiles de conformidad con el artículo 48 . 1 de la Ley de Regimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común. Por lo que hasta el acto de conciliación, para dicha sentencias los sabados fueron hábiles e inhábiles a partir del acto de conciliación . Esta polémica ha sido superada acertadamente tras la sentencia de la Sala 4ª del T.S. Supremo de **23 de enero de 2006** (ponente, el Sr. Martínez Garrido), dictada en recurso contra la sentencia de 27 de enero de 2005 del T.S. de Justicia de Andalucía, Sala de Málaga , que confirmaba la de instancia dictada por el Juzgado de lo Social de Málaga nº4, que *entendía caducada la acción al considerar hábiles los sabados en los días transcurridos desde el inicio del plazo para ejercitar la acción y la presentación de la papeleta ante el C.M.A.C (o interposición de la R.Previa) .* Como sentencia de contraste se citaba la sentencia del T.S. de J de Cantabria de 8 de julio de 2004 que en un supuesto idéntico a la de Málaga estableció que los sabados no han de ser computados para contar los veinte días de la acción de despido. **Concluye esta sentencia del T. Supremo afirmando que *la escisión que del computo realiza la sentencia recurrida (refiriéndose a la de Málaga) podrá ser ajustada a una interpretación literal de las normas, pero lleva consigo una especie de cepo para los no prevenidos contrarios a la tutela judicial efectiva que los Tribunales deben dispensar por mandato constitucional,*** efecto tanto más nocivo en el proceso laboral en el que no se exige que la demanda sea suscrita por un

profesional y la defensa del trabajador puede ser asumida por si mismo. En tal sentido, casaba y anulaba la sentencia recurrida.

Me parece interesante a efectos practicos apuntar una serie de supuestos en los que el inicio del plazo de caducidad no coincide con la fecha del cese del trabajador. Casuísticamente se me ocurre:

- Cuando es el trabajador **fijo discontinuo** (articulo 12.3.6 del Estatuto de los Trabajadores) en que el plazo de caducidad se inicia en la fecha en que se tenga conocimiento de su no llamamiento. El *dies ad quem* se inicia desde la fecha en la que el trabajador supo que efectivamente no va a ser llamado a trabajar y acredite la empresa el conocimiento de dicha fecha.
- Cuando **no se demanda al verdadero empresario** (supuesto contemplado en el articulo 103.2 de la Ley de Procedimiento Laboral), lo que ocurre corrientemente en las relaciones laborales verbales y no existe recibos de salarios, asi como en aquellos casos de empresarios erróneos, en donde el trabajador actua de buena fe pero no el empresario quien pretende maliciosamente evitar responsabilidades. En éste caso, el inicio del plazo de caducidad se desplaza desde la fecha del despido hasta la fecha de constancia judicial del error, iniciándose el plazo de caducidad cuando la verdadera y distinta identidad quedó patente.
- En el supuesto de **despido tácito**, es decir, el trabajador no recibe el salario ni tampoco se le ordena trabajar. Exigiéndose por los tribunales “*actos claros e inequívocos*”, con el consiguiente riesgo de inseguridad jurídica para el trabajador ante el riesgo de que el plazo de caducidad juegue a favor de la empresa, por lo que debe plantearse la demanda lo antes posible. Sentencias como la del TSJ de Madrid de 15 de enero de 2001 y la del TSJ de Galicia de 13 de septiembre de 2002 establecen que *la voluntad extintiva debe ser deducida de hechos y comportamientos que exterioricen de manera inequívoca la intención del empresario*. Lo que obliga al trabajador a extremar la cautela ante el posible riesgo de la pérdida de su derecho.
- **Cuando el trabajador ha continuado trabajando después de tener conocimiento de la carta y la fecha de efectos de la misma**. El despido no se produce a partir del anuncio al trabajador por parte del empresario de que en el futuro se prescindirá de sus servicios sino desde el día en que efectivamente se produce. Cobra especial relieve este supuesto en los despidos objetivos cuando existe *previsto* por parte del empresario, pues el plazo de caducidad no empezará hasta el día siguiente del día que tiene efectos el despido.

- Cuando la **fecha de notificación del despido objetivo es posterior a la fecha del cese**, lo que ocurre cuando el empresario da por extinguida la relación laboral antes de que el trabajador reciba la carta en casos como vacaciones o permisos. No hay despido mientras que el trabajador no conozca la decisión de extinguir el contrato (Sentencia del T.S. de Justicia de Andalucía en Sevilla de 9 de junio de 2.000, TSJ Navarra de 30 de abril de 1.996).
- Cuando simplemente **hay cierre** del centro de trabajo, la fecha relevante es aquella en que se produce el cierre (S.T.S. de Justicia de Murcia de 3 de mayo de 2002, TSJ de Galicia de 11 de diciembre de 2001, TSJ de Canarias de 13 de septiembre de 2001). Ahora bien, cuando el cierre no se comunica a los trabajadores cuyo contrato se encontraba suspendido, (bien porque estuvieran de baja por IT, de maternidad o paternidad, etc) el inicio del computo tendrá lugar en *la fecha en la que trataron de incorporarse al trabajo y encontraron el centro cerrado.*

Competencia de los Juzgados de lo Social para el conocimiento de la demanda por despido objetivo.

El artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral establece que “*Los órganos jurisdiccionales del Orden Social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios como consecuencia del contrato de trabajo, salvo lo dispuesto en la Ley Concursal.*”

La **competencia objetiva** para el conocimiento de la demanda de despido objetivo, la tiene el Juzgado de lo Social, habiéndose de interponer (la demanda) en la Oficina de Registro y Reparto del Decanato, que tras ser turnada la remitirá al Juzgado competente para su conocimiento, atendiendo a las normas de reparto. La fecha que ha de tenerse en cuenta a efectos de caducidad es la de entrada en la Oficina de reparto y no la que tenga de entrada en el Juzgado de lo Social al que se haya turnado.

No puede obviarse que el control de las decisiones administrativas sobre los despidos colectivos está atribuido al orden contencioso-administrativo de la jurisdicción, contemplándose como un supuesto de nulidad, el despido en fraude de ley eludiendo las normas del despido colectivo (artículo 122. 2 en su apartado d)

La **competencia territorial** viene determinada por la Ley de Procedimiento Laboral en su artículo 10 . 1º que como fuero general establece que:

*“ Con carácter general será Juzgado competente el del **lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandado a elección del demandante.***

Si los **servicios se prestaren en lugares de distintas circunscripciones** territoriales el trabajador podrá elegir entre aquel de ellos en que tenga su domicilio, el del contrato -si hallándose en él el demandado pudiera ser citado- o el del domicilio del demandado.

En el caso de que sean **varios los demandados**, y se optare por el fuero del domicilio el actor podrá elegir el de cualquiera de los demandados.

En las demandas *contra las Administraciones Publicas* será Juzgado competente el del lugar de prestación de los servicios o el del domicilio del demandante a elección de éste.

La competencia *objetiva, territorial y funcional* puede ser examinada de oficio por el magistrado, que previa audiencia de las partes y al Ministerio Fiscal, por termino común de tres días (artículo 5 de la LPL) resolverá por auto declarándose incompetente si así lo considera. La posibilidad de analizar de oficio la competencia territorial es una novedad que introduce la reforma de la Ley de Procedimiento Laboral (con motivo de la modernización de la Oficina Judicial), por la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, vetada antes de su entrada en vigor, que tendrá lugar el 4 de mayo de 2010, ya que antes de este momento solo se puede apreciar la incompetencia territorial si no es excepcionada por las partes.

A tal efecto se establece en su nueva redacción que *“Si los órganos jurisdiccionales se estimaren incompetentes para conocer de la demanda por razón de la materia, **del territorio** o de la función, dictarán auto declarándolo así y previniendo al demandante ante quién y cómo puede hacer uso de su derecho* (artículo 5 LPL)

Efectos del reconocimiento por parte del empresario de la improcedencia y consignación judicial de la indemnización.

El artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores establece que:

“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 ³el 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 ...quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del deposito, salvo cuando el deposito se

realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna.”

Computo del plazo de 48 horas.

El ET art.56.2 establece el **no devengo de salarios de tramitación** cuando, además de cumplir los requisitos en él señalados, el empresario consigne el importe de la indemnización en el plazo de 48 horas. La TS 16-10-06, Rec 3583/05, entendió que siendo el acto de consignar una actividad que ha de realizarse ante los Juzgados el **plazo** ha de ser considerado **procesal**, procediendo a descontar los **días inhábiles**. Razona la sentencia que la interpretación contraria a días hábiles conduciría al absurdo, pues al ser inhábiles todos los sábados -LOPJ art.182- un despido efectuado en viernes no podría verse favorecido por la previsión de consignación contenida en el art.56.2 del ETT. * Luego si reconoce la improcedencia del despido y deposita en el Juzgado en las **cuarenta y ocho horas siguientes al despido** la cantidad objeto de la indemnización, quedará exonerado de pagar salario alguno desde la fecha del despido, siempre que el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente (STS de 28 de febrero de 2006).

Cuando el despido sea declarado nulo siempre se devengarán los salarios dejados de percibir aunque el empresario haya depositado la indemnización y reconocido la improcedencia del despido.

Si el depósito se realiza transcurridas cuarenta y ocho horas desde el despido y el empresario reconoce hasta el momento de la conciliación (la judicial como ahora veremos) la cantidad que tendrá que abonar en concepto de salarios quedará limitada a los devengados desde el despido hasta la fecha en que haya realizado el depósito.

Sobre la **FORMA de depositar la consignación.**

*Las Sentencias del TS de 25-5-05, (Rec 3798/04) y **21-3-06**, (Rec 2496/05), entendieron que la **transferencia bancaria** como medio de pago de la *indemnización no produce el efecto de evitar el devengo de salarios de tramitación en el despido*. Señala la sentencia que la transferencia bancaria de la indemnización a la cuenta corriente del trabajador, no solo

carece de previsión normativa, ni siguiera indirecta o tácita, como método alternativo de poner aquella 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 referida 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.

*Por su parte, la TS 22-1-08, Rec 1689/07, ha entendido que es aplicable la paralización o no devengo de salarios de tramitación en un supuesto en que el **pago** de la indemnización se hizo **directamente al trabajador** en metálico, una vez que el empresario reconoció la improcedencia del despido, aceptándola el trabajador que firmó el finiquito, ya que existe un pago directo, que ingresó directamente en el patrimonio del trabajador que lo percibió, sin protesta alguna, lo que hace innecesario el depósito judicial y su finalidad, al ingresar directamente la indemnización en el patrimonio del trabajador. En igual sentido la TS 12-12-08, Rec 11/08. La TS 6-3-08, Rec 4786/06, entendió que tiene plena eficacia la entrega de la indemnización mediante **cheque bancario** que aceptó el trabajador sin realizar manifestación alguna, habiendo reconocido la empresa previamente la improcedencia del despido y no existiendo discrepancias en cuanto al importe de la indemnización.

El depósito ha de extenderse a los salarios de tramitación

La TS 21-9-06, Rec 4667/04, siguiendo la doctrina unificada, iniciada por la TS 27-4-98, Rec 3483/97, razona lo siguiente:

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 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 del 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, -45 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, con la consecuencia lógica, no querida por el legislador, de vaciar de contenido aquella finalidad de evitar el proceso judicial mediante el acto de conciliación administrativo, 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.

2. A la misma conclusión, de comprender implícitamente los salarios de tramitación en la consignación de referencia, se llega aplicando preceptos del Código Civil. El CC art.1176 situado bajo la rúbrica «del ofrecimiento de pago y de la consignación», establece que si el acreedor a quien se hiciera el ofrecimiento de pago se negare sin razón a admitirlo, el deudor queda libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida; consignación que será ineficaz (CC art.1177) si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago, produciendo la cancelación de la obligación la **consignación hecha debidamente**. La consignación hecha debidamente ha de conectarse, pues, con la **cosa debida**, y con las reglas que rigen el **pago**, que ha de ser **íntegro**, de modo (CC art.1157) que no se entiende pagada la deuda sino cuando completamente se hubiera entregado la cosa, sin que pueda compelerse al acreedor (CC art.1169) a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación.

3. Finalmente, es de añadir, que la inclusión de salarios de tramitación en la consignación, obedece, de una parte, a la finalidad del precepto de asegurar el cumplimiento de la obligación, a la que la consignación se refiere, de modo que el trabajador, **exento de todo riesgo de incumplimiento**, pueda aceptar la oferta de la empresa; concurso de oferta y aceptación que -en posición equilibrada- también beneficia al empleador, respecto a la limitación de salarios de tramitación. Esta interpretación guarda, además simetría, con el requisito de recurribilidad en suplicación, de la sentencia de despido, en cuanto -conforme constante jurisprudencia- el cumplimiento del mismo exige la consignación de la indemnización y de los salarios de tramitación, y ello, aunque el empleador haya optado por la

reincorporación del despido (TS 23-10-85; TS auto 31-10-96; TCo 90/1983; 6/1986).

La sentencia citada señala que la actual redacción del ET art.56.2, introducida en virtud de la L 45/2000, no supone modificación normativa que altere los presupuestos de aplicación de la doctrina anteriormente consignada.

f. Reconocimiento tardío de la improcedencia

La TS **24-7-06**, Rec 2425/05 entendió que en el supuesto de que el empresario, al que correspondía la opción entre readmisión o indemnización, reconozca la **improcedencia** del despido en la **conciliación judicial**, habiendo **depositado** la indemnización ante el Juzgado antes de dicha conciliación, pero **después de transcurrir 48 horas**, a partir del despido, únicamente ha de abonar los salarios de tramitación hasta la fecha de depósito. Razona la sentencia que el precepto aplicable (ET art.56.2) es claro por lo que procede llevar a cabo su interpretación en forma literal lo que supone que es el tiempo en que el depósito tenga lugar lo único que determina (cumplidos que sean los requisitos exigidos en el precepto) que bien no tenga el trabajador derecho a salarios de tramitación, o bien los tenga limitados en la fecha de tal depósito, con tal de que el **reconocimiento** acerca de la **improcedencia** del despido no vaya más allá del **momento de la conciliación**.

g. Momento en el que ha de realizarse la comunicación del reconocimiento de la improcedencia

La TS 3-11-08, Rec 3566/07, entendió que tal comunicación puede realizarse desde **la fecha del despido** hasta el momento de la **conciliación judicial** y esta conclusión se ampara en tres argumentos: **a) Gramatical**: En tanto la conciliación ante el órgano administrativo (LPL art.63 a 68) es denominada legalmente **conciliación previa**, la conciliación que se intenta ante el órgano judicial (LPL art.83 a 85) recibe el nombre -sin adjetivar- de **conciliación**, que es precisamente el vocablo utilizado por el ET art.56.2. **b) Histórico**: En la redacción proporcionada por la L 11/1994, la expresión utilizada era la de **conciliación previa**. **c) Finalístico**: La norma se dirige a **favorecer la conciliación extrajudicial** y a corregir el abuso de injustificadas oposiciones a la conciliación que prolongan los salarios de trámite, intentando reducir los costes que para el empresario comportan los despidos improcedentes, eliminando o reduciendo los salarios de tramitación, finalidad que es innegable que puede alcanzarse hasta la fecha

en que tiene lugar el acto de conciliación judicial.

h. Reconocimiento implícito de la improcedencia del despido

Se plantea la cuestión de qué efectos produce el supuesto en que **no se reconoce de manera expresa** por el empresario la improcedencia del despido, si bien en el momento de despedir al trabajador le ofrece junto al **finiquito** la **indemnización** correspondiente al despido improcedente. La TS 23-11-06, Rec 3462/05, entendió, siguiendo la interpretación establecida en la TS 13-3-01, Rec 3689/99, referida a la prestación de desempleo, que puesto que el precepto se limita a exigir que se reconozca la improcedencia, sin requerir la declaración expresa, ni ninguna otra forma de proclamación formal y solemne de esa improcedencia, el **reconocimiento**, tanto puede ser **expreso como tácito**.

En el mismo sentido se ha pronunciado la TS 18-9-07, Rec 994/06, en un supuesto en 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, mas otra cantidad correspondiente a nómina y finiquito.

i. Comunicación de la improcedencia por el juzgado

La TS 30-5-06, Rec 2457/05, entendió que estando cumplidos todos los requisitos previstos en el ET art.56.2, el que sea el Juzgado el que comunique al trabajador el reconocimiento de la improcedencia del despido, produce **plenos efectos**. En el mismo sentido TS 17-12-08, Rec 797/07.

j. Consignación después de las 48 horas del despido, pero antes de la conciliación

La TS 11-2-08, Rec 868/07, entendió que en un supuesto en que la empresa realizó una **primera consignación insuficiente** y una **segunda** que **completó** la anterior -realizadas ambas transcurridas más de 48 horas desde el despido, pero antes de la conciliación- los salarios de tramitación comprenden hasta la fecha de la segunda consignación.

k. Lugar en el que ha de efectuarse la consignación

La TS 4-11-08, Rec 3932/07, entendió que si el domicilio de la **empresa** es

distinto del lugar de **prestación de servicios**, el depósito puede hacerse en el Juzgado de cualquiera de las dos localidades.

l. Error en la cantidad consignada

Se plantea la cuestión de qué efectos produce el depósito previsto en el ET art.56.2 cuando la **cantidad depositada** es **inferior** a la que se debió depositar. La doctrina de la Sala puede resumirse de la siguiente manera: **a)**

No todas las diferencias cuantitativas permiten llegar a la conclusión de que la consignación esté mal hecha, pues admitido en su estricta literalidad conduciría a hacer ineficaz el precepto (TS 15-04-98). **b)** En su consecuencia debe aceptarse cumplido el mismo cuando se produce algún error de cuantía, pero distinguiendo, según se trate de un error excusable, en cuyo caso la diferencia no impide entender cumplido el precepto, y un error inexcusable o injustificado, en cuyo supuesto debe estimarse incumplido el precepto en cuestión (TS 24-4-00). **c)** Los datos que permiten calificar un error como excusable o no pueden variar de un supuesto a otro y han de ser ponderados en cada caso (TS 19-6-05), un indicio de error excusable 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 es la coincidencia de cálculo de la empresa en la cantidad a consignar con el efectuado por el Juez de lo Social en la Sentencia de instancia; otra causa de error de consignación insuficiente excusable 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 el error no invalida el efecto interruptivo de los salarios de tramitación, pero debe ser corregido mediante el abono de la diferencia realmente resultante.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha reconocido los siguientes supuestos de error excusable:

- a pesar de la diferencia entre lo consignado y lo que debió consignar la empresa, entendió que se trataba de error excusable pues el juzgado de instancia consideró correcto el cálculo efectuado por la empresa y fue la **Sentencia de suplicación** la que elevó dicha cantidad (TS 24-4-00, Rec 308/99);

- entendió que la **escasa cuantía** de la diferencia -157,90 € unido a que el salario de la demandante era de cálculo especialmente complejo, lo

discutible de los conceptos y la presencia de factores ajenos a la mala fe en la consignación efectuada hacen que el error haya de calificarse de excusable (TS 26-12-05, Rec 239/05); en el mismo sentido se entendió que era error excusable el depositar 54,45 € menos, dada su escasa cuantía (S.T.Supremo27-6-07,Rec-1008/06);

DEMANDAS DE DESPIDO OBJETIVO

Como **tramites previos a la interposición de la demanda**, será necesario la conciliación previa o reclamación previa.

Reclamación previa(artículo 69 de la LPL). En el supuesto de que el empleador sea una Administración Publica, será requisito previo haber reclamado en via administrativa en la forma establecida en las Leyes, debiéndose de interponer ésta en el plazo de veinte días hábiles, y siendo denegada o transcurrido treinta días desde su presentación sin contestación alguna, habrá de interponerse la demanda. El plazo al ser de caducidad no se reanuda, restando los días transcurridos desde el despido hasta la fecha de interposición de la reclamación previa. (STS de 17 de diciembre de 2004 y 10 de mayo y 6 de octubre de 2005).

Conciliación previa(artículo 63 de la LPL) En los demás supuestos antes de iniciar el procedimiento ante el juzgado de lo Social, es necesario que el trabajador presente el escrito de papeleta de conciliación ante el Servicio Administrativo u órgano que tenga asumida las funciones con la presentación de papeleta de conciliación. El plazo de caducidad queda suspendido con la presentación de la papeleta y se reanuda, al dia siguiente de intentada la conciliación o a los quince días transcurridos sin que se haya celebrado (STS de 17 de diciembre de 1996 y 5 de febrero de 2002).

Ha declarado el T.S. en sentencia de 6 de octubre de 2005, que la utilización inadecuada del trámite de conciliación, en lugar del de reclamación administrativa previa, constituye una *mera irregularidad que no impide el pronunciamiento sobre el fondo del asunto*.

Si la conciliación finaliza con avenencia y el empresario incumple lo acordado el trabajador podrá solicitar la ejecución de lo acordado, llevándose a efecto por el tramite de ejecución de sentencia presentándose

escrito ante el Juzgado solicitando la ejecución de lo acordado en conciliación (STS de 26 de octubre de 2001).

ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN LA DEMANDA.

Las acciones de despido no pueden acumularse a otro tipo de acciones, excepto la de extinción del contrato a instancia del trabajador del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. En ese supuesto, las partes deberán solicitar la acumulación de los autos, y en caso de no hacerlo será el Juez quien acuerde la acumulación de ambos procesos. “ la demanda que se promueva posteriormente se acumulará a la primera, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes debiéndose de debatir las cuestiones planteadas en un solo juicio (artículo 32 de la LPL).

El T. Supremo ha admitido en sentencia de 12 de junio de 2001 la posibilidad de que la acción de despido se acumule a petición de **indemnización por violación de derechos fundamentales del trabajador.**

Tambien puede examinarse en el proceso de despido la posible existencia de cesión ilegal entre varias empresas demandadas y sus consecuencias, sin que ello suponga el ejercicio de otras acciones distintas a la de despido, ni su acumulación indebida a ésta (STS de 12 de febrero de 2008).

Sobre el salario a efecto de despido.

Procede afirmar la posibilidad de debatir en el proceso de despido el salario aplicable, a efectos de fijar la indemnización por la improcedencia del despido.

La TS 10-7-07, Rec 3488/05, siguiendo la doctrina establecida en STS 25-2-93; 8-6-98, Rec 3212/97 y 12-7-06, Rec 2048/05, entendió que no hay acumulación indebida de acciones pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia

y, en consecuencia, *es el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido.*

Se ha llegado a afirmar que el salario es un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia (STS de 10 de julio de 2007).

- *El T.S de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social de Sevilla en sentencia de 30 de octubre de 2007 afirmaba que esta Sala tiene declarado reiteradamente que el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales.*
- *Si el salario es irregular, procede prorratear lo percibido en la anualidad anterior por 365 días, resultando con ello el salario diario a efecto de despido.*

El salario que se abonaba, al tiempo de despido resulta de la última retribución del trabajador antes del despido, y normalmente viene establecido en la última nómina mensual, siendo está la determinante para el calculo del salario/día que es el que prima para la indemnización y salarios de tramitación (STS 14-3-88, RJ 1919; STSJ Cataluña 14-4-92, AS 2275; STSJ La Rioja 31-12-92, AS 6005).

El artículo 80 de la Ley de Procedimiento Laboral establece cuales son los requisitos generales de la demanda, que será analizada por el Magistrado (a partir de la entrada en vigor de la Ley 13 /2009 de 3 de noviembre, el 4 de mayo de 2010 “ el secretario judicial advertirá a la parte demandante de los defectos u omisiones de carácter formal en que incurra la demanda a fin de que lo subsana en el plazo de cuatro días. Si no se acompañara certificado del acto de conciliación previa el secretario judicial advertirá al demandante que ha de acreditar la celebración del acto de conciliación o el intento en el plazo de quince días, a partir de la notificación del requerimiento. Subsano éste el secretario judicial admitirá la demanda, (mediante decreto), en otro caso dará cuenta al Tribunal para que por el mismo se resuelva sobre su admisión).

En el título II de la Ley de Procedimiento Laboral (Modalidades procesales), en su capítulo IV, se regulan determinadas especialidades recogidas en los artículos 120 y siguientes, para el procedimiento de extinción por causas objetivas, estableciéndose en primer lugar que los procesos derivados de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas se ajustarán a las normas contenidas en el capítulo relativo a los procesos de despido, con las peculiaridades que se enuncian en los artículos siguientes (artículo 120).

El artículo 121, establece el plazo de veinte días para el ejercicio de la acción, a contar desde el día siguiente a la fecha de efectos de la extinción del contrato de trabajo, pudiéndose ejercitar ya desde que ésta es comunicada expresamente si existe preaviso. La percepción de la indemnización por el trabajador o el uso del permiso de seis días semanales para buscar empleo, no enervará la acción de despido, ni suponen conformidad con la resolución empresarial.

El despido será **improcedente**, cuando el empresario no acredite la concurrencia de la causa en la que se basa el despido objetivo (artículo 122.1 de la LPL).

El despido será **nulo**:

a) *Cuando se incumplan las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de la causa. (artículo 122.2. a))*

b) *Por la falta de simultaneidad de la indemnización a disposición del trabajador, salvo el supuesto previsto en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores. (artículo 122.2 b))*

c) *En los despidos discriminatorios o producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.*

d) *El efectuado en FRAUDE DE LEY, eludiendo las normas establecidas por los despidos colectivos en los casos a que se refiere el último párrafo del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores.*

e) *La de los trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto,*

o lactancia natural. Adopción o acogimiento o paternidad, al que se refiere la letra d) del Estatuto de los Trabajadores. Del apartado 1 del artículo 45 del TR del Estatuto de los Trabajadores, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho periodo.

f) La de las trabajadoras embarazadas, desde la letra de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra e) y la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 4 bis, y 5 del artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.

g) La de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses de la fecha de nacimiento desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

Lo establecido en las letras **e, f, y g** será de aplicación salvo que, en esos casos se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencias señalados.

La omisión del plazo de preaviso no supone la nulidad del despido o por haber existido error excusable en el cálculo de la indemnización puesta a disposición del trabajador.

Criterio Jurisprudencial destacable:

- *Para el cálculo de la indemnización por despido* La STS de 31-10-07, Rec 4181/06 entendió que la indemnización por despido improcedente debe fijarse prorrateando por meses los periodos de **tiempo de servicios inferiores a un año**, de tal manera que los **días** que excedan del último mes servido se consideran, a estos efectos, como un **mes completo**. En igual sentido las TS 12-11-07, Rec 3906/06 y 11-02-09, Rec 450/08.

Maria del Carmen Cumbre Castro.

Magistrada del Juzgado de lo Social nº1 de Cádiz.

Fiscal en excedencia.

ENCUENTRO PROVINCIAL CON LA JURISDICCIÓN SOCIAL DE
INSTANCIA. San Fernando, jueves 18 de marzo de 2010