

**ANTONIO TAPIA HERMIDA**

*Doctor en Derecho*

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad Complutense de Madrid*

*Letrado de la Seguridad Social (en excedencia)*

**Extracto:**

**L**os incumplimientos del empresario relacionados con el contrato de trabajo son susceptibles de generar daños al trabajador que, en alguna medida, pueden ser reparados mediante la oportuna indemnización de daños y perjuicios. La mayoría de las indemnizaciones están previstas por las normas laborales y tasadas legalmente y, en ocasiones, incrementadas por Convenio Colectivo o por acuerdo entre las partes -empresario y trabajador- (por ejemplo, los denominados pactos indemnizatorios). Pero no todos los incumplimientos ni todas las posibles indemnizaciones se previenen en la normativa laboral, siendo su análisis el objeto del presente trabajo.

---

## Sumario:

---

- I. Introducción.
- II. Cuestiones y aspectos generales sobre las indemnizaciones por daños y perjuicios debidas a los trabajadores por el empresario, derivadas de incumplimientos del contrato de trabajo, pero no tipificadas con precisión en la legislación laboral.
- III. Indemnización por daños y perjuicios por no proceder al reingreso del trabajador excedente.
- IV. Indemnizaciones derivadas de la nulidad del contrato de trabajo.
- V. Indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de «compromiso de relación laboral».
- VI. El *iter* contractual. Consecuencias en orden a las indemnizaciones por daños y perjuicios. Las indemnizaciones por daños y perjuicios en el contrato de trabajo sometido a condición.
- VII. Indemnización de daños y perjuicios por cese del trabajador que concluyó un contrato de trabajo que no fue ejecutado.
- VIII. Indemnización de daños y perjuicios por la falta de ejecución completa de un contrato de trabajo.
- IX. Indemnizaciones por daños y perjuicios en supuestos específicos.

## I. INTRODUCCIÓN

Las indemnizaciones debidas por el empresario a sus trabajadores como consecuencia de incumplimientos contractuales, se regulan y establecen en las normas laborales, pero semejantes previsiones legales no limitan ni agotan las posibilidades resarcitorias de los trabajadores, pues sucede que los empresarios pueden incidir en otros incumplimientos contractuales (inejecución o ejecución defectuosa) generadores de daños y perjuicios para los trabajadores.

Puede cuestionarse, además, si las indemnizaciones legalmente previstas agotan el *interese* conformando el *id quod interest*, sin posibilidad de modificación (incremento o disminución) alguna, lo que necesariamente se vincula a la determinación concreta de la naturaleza de aquellas indemnizaciones.

Aparentemente en el ámbito de las relaciones laborales se delimitan y concretan los supuestos de incumplimientos contractuales, conformándose un cuadro cerrado de situaciones en las que el incumplidor está obligado a resarcir. La realidad es muy otra y aquel sector del ordenamiento ha de contemplarse integrado en la evolución propia de los Derechos continentales, hacia el establecimiento de un principio general reparador de cualquier daño derivado de una lesión injusta.

Principio general ordenador que se concreta en nuestro ordenamiento jurídico positivo, en cuanto se trate de daños surgidos en el ámbito de la relación laboral, en los siguientes términos: «la relación laboral se rige básicamente por los preceptos de dicho cuerpo legal (el Estatuto de los Trabajadores), según resulta de una interpretación del contenido de los artículos 1 y 3 de dicho texto, siendo aplicables las disposiciones (arts. 1.101, 1.104, 1.106, 1.107 y 1.902 del Código Civil) como derecho supletorio, que sólo corresponde cuando no exista norma específica que regule la situación de que se trate (...), existiendo norma propia de derecho aplicable, no da lugar a que el derecho supletorio regule la situación, porque falta el condicionamiento básico que es la falta de disposición reguladora» (STS, Sala 4.ª, de 22-1-1990, R.A. 183).

Bien que deba matizarse la siguiente afirmación que, con excesiva generalidad y rotundidad, se efectúa en la STS, Sala 4.ª, de 15-3-1991 (R.A. 4167): «en materia de incumplimientos de obligaciones del contrato de trabajo, determinantes de su resolución, bien sean imputables al empresario o al trabajador, no son de aplicación los preceptos del Código Civil, al ser objeto de una regulación específica en la legislación laboral, hoy representada por el Estatuto de los Trabajadores, en el que se parte del principio de que las indemnizaciones correspondientes a la resolución del contrato por tales incumplimientos están tasadas en su cuantía en el propio Estatuto».

Cuando se trata de establecer la regulación jurídica concreta que se aplica a las indemnizaciones que los empresarios adeuden a los trabajadores como consecuencia de incumplimientos de los contratos de trabajo, ha de recordarse el carácter imperativo de la mayoría de las normas laborales. Conforme con lo indicado ha de tenerse en cuenta que se trata del ejercicio de acciones, o derechos, que, al menos, siempre tendrán establecido por norma laboral el plazo de prescripción.

Efectivamente como indica la STS de 21-6-1996, R.A. 5223 y STSJ de Galicia de 13-1-1998, «la prescripción que ha de tenerse en cuenta es (...) la que rige en el ámbito del Derecho Laboral y regula el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores. Sin que esta conclusión pueda quedar desvirtuada por las expresiones que utiliza este artículo en el que se habla de "las acciones derivadas del contrato de trabajo", pues el término "derivadas" no puede ser interpretado con un rigor extremado, sino con un mínimo de flexibilidad y de sentido racional, debiendo ser considerado como equivalente a acciones relativas o que guarden alguna conexión con el contrato de trabajo. No es admisible la tesis que (...) busca la prescripción aplicable (...) fuera del marco regulador propio del Derecho del Trabajo, y acude al campo del Derecho Civil».

En todo caso no se puede negar la posibilidad de que tanto el empresario como el trabajador incidan en incumplimientos del contrato de trabajo, cuyas consecuencias no se encuentren reguladas en la normativa laboral ni estén pactadas en el contrato de trabajo. Los empresariales serán, sin duda, los más frecuentes y trascendentes, además de poder afectar a momentos precontractuales, por ello nos detenemos en su estudio (supuestos y régimen jurídico aplicable).

La circunstancia de que sólo tardíamente se haya generalizado la expresión misma de «responsabilidad civil», y que el resarcimiento de los daños extracontractuales haya devenido a «enuclear el contenido genérico del término "responsabilidad civil"» (J.J. LÓPEZ JACOISTE, «El principio de responsabilidad civil. Reflejo de historia», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. IV, Madrid 1996, pág. 4.933), justifican la alusión a concretas indemnizaciones de daños y perjuicios en el ámbito de los incumplimientos del contrato de trabajo.

Por último, ha de hacerse la advertencia de que no se consideran las indemnizaciones que pudieran derivarse de los daños causados con ocasión de la comisión de actos delictivos, vinculados al contrato de trabajo, por el empresario o por otros trabajadores.

## II. CUESTIONES Y ASPECTOS GENERALES SOBRE LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑOS Y PERJUICIOS DEBIDAS A LOS TRABAJADORES POR EL EMPRESARIO, DERIVADAS DE INCUMPLIMIENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO, PERO NO TIPIFICADAS CON PRECISIÓN EN LA LEGISLACIÓN LABORAL

### 1. La indemnización por daños y perjuicios a los trabajadores.

Se afirma por la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 18-5-1987, R.A. 3727 (doctrina que se recoge en la de la misma Sala de 16-2-1991, R.A. 842), lo siguiente:

«El tema de la indemnización de daños y perjuicios determinada por el incumplimiento culpable (doloso o culposo) y aun el no culpable (cuando así viene dispuesto en el ordenamiento), por cuanto respecta a la reparación de la lesión que sufra el trabajador (material y moral), aparte de los supuestos tipificados con precisión en el Derecho del Trabajo, ha determinado jurisprudencia de esta Sala. En ella se exige, para viabilizar el resarcimiento pretendido, la simultaneidad de determinados requisitos, que, singularizados (...) pueden resumirse así:

1. La realidad de una situación generadora de daños y perjuicios (...).
2. Su cabal acreditamiento en el proceso que se inicie instando su resarcimiento.
3. Un probado incumplimiento de la contraparte, determinante de aquella situación.
4. La relación causal, clara y directa, entre ese incumplimiento y aquel daño.»

### 2. Indemnización por lesión de los derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores en la conclusión y en la ejecución del contrato de trabajo.

Se ha cuestionado si determinadas actitudes del empresario, relativas al cumplimiento del contrato de trabajo, pueden lesionar el honor, la intimidad o el derecho a la propia imagen del trabajador.

Evidentemente aquellos derechos fundamentales, así como cualesquiera otros fundamentales y las libertades públicas (libertad de expresión, libertad sindical, derecho de huelga, etc. ) del trabajador, pueden ser lesionados por el empresario, pero no se trata aquí de efectuar un análisis de semejante amplitud, el propósito de este trabajo es más limitado, se trata de examinar aquellos supuestos en que la vulneración del contrato de trabajo o de los derechos del mismo dimanantes generan indemnizaciones de daños y perjuicios no contempladas en la legislación laboral, en favor de los trabajadores.

La lesión de los derechos fundamentales y de las libertades públicas del trabajador, en el seno de la relación laboral es susceptible de generar indemnizaciones por daños y perjuicios, a favor del trabajador, además de venir obligado el empresario a reponer al trabajador en el pleno disfrute de aquellos derechos y libertades, en su caso.

Reiteradamente jurisprudencia constitucional ha venido precisando y delimitando el alcance de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, así como las consecuencias de su posible lesión, en el seno de las relaciones laborales, en los siguientes términos, (que se resumen por la STC 106/1996, BJC 183):

- A) «La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano... Lo que se ha justificado por cuanto las organizaciones empresariales no forman mundos separados estancos del resto de la sociedad ni la libertad de empresa que se establece en el artículo 38 del Texto constitucional legitima que quienes prestan servicios en aquellas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central en el sistema jurídico constitucional».
- B) «Surge un "condicionamiento" o "límite adicional" en el ejercicio del derecho constitucional, impuesto por la relación laboral, que se deriva del principio de buena fe entre las partes del contrato de trabajo y al que éstas han de ajustar su comportamiento mutuo. Aunque ello no suponga, ciertamente la existencia de un deber genérico de lealtad con su significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial, pues ello no es acorde con el sistema constitucional de relaciones laborales y aparece contradicho por la propia existencia del conflicto (...) cuya legitimidad general ampara el texto constitucional, ya que no cabe olvidar la trascendencia del reconocimiento por la Constitución de los derechos fundamentales de la persona, que la acompañan en todas las facetas de la vida de relación y también en el seno de la relación laboral».
- C) «(Se) ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, (...), preserven el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional (...). Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo se producirá "en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva" (...). Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada (...), que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental (...) en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo».

Siendo los hechos que la empresa publicó, en cada uno de los centros de trabajo, un comunicado dirigido a toda la plantilla en el que se daba noticia del despido de una trabajadora y la causa del mismo (infracciones que la legislación laboral calificaba de muy graves). El TS, Sala 1.ª, en sentencia de 30-4-1997 (R.A. 3278), tras señalar que «la divulgación de lo que se ha estimado previamente como no atentatorio contra el honor puede constituir, sin embargo, intromisión ilegítima en el ámbito protegido del mismo», resuelve lo siguiente:

«El que la plantilla de la empresa conozca un despido disciplinario por comunicación de la misma directamente, en lugar de hacerlo por sus representantes (...) no constituye ninguna base en que asentar la intromisión ilegítima, pues el Comité de Empresa no está obligado legalmente a guardar sigilo frente a sus representantes de las sanciones disciplinarias».

Y continúa: «El sigilo lo impone el artículo 65. 2 del Estatuto de los Trabajadores respecto a los documentos entregados por la empresa, los cuales no podrán ser utilizados "fuera del estricto ámbito de aquélla y para distintos fines de los que motivaron su entrega". En el caso litigioso, las circunstancias antedichas no se dan siquiera, porque la divulgación de la nota quedó circunscrita a los establecimientos de la empresa y estaba dirigida exclusivamente a su plantilla con fines estrictamente disciplinarios y ejemplarizantes. En suma si el despido pudo ser conocido perfectamente por la plantilla a través de su Comité de Empresa, no es admisible que sea intromisión ilegítima en el honor de la trabajadora despedida el que ese conocimiento lo puedan tener directamente».

La violación de derechos fundamentales y libertades públicas constituye un ámbito, natural, para que surjan daños morales. Así, en relación con conductas empresariales antisindicales, la STS, Sala 4.ª, de 23-7-1990, (R.A. 6457), tras señalar que «no existen normas expresadas para la fijación del quantum indemnizatorio», establece lo siguiente: «sin computar el perjuicio material causado, y sí la reparación de una violación de un derecho constitucional, determinando aquella (la sentencia) en su prudente y buen arbitrio (del Tribunal), dado que en suma estamos ante un daño moral valorable según las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida».

### **3. Indemnización por daños morales a los trabajadores.**

El daño moral no es acogido con frecuencia, en relación con incumplimientos contractuales, y como generador de indemnizaciones no tasadas por la legislación laboral.

En uno de esos escasos supuestos afirmativos, sí se entiende causado, según la STS, Sala 4.ª, de 11-6-1990 (R.A. 5057), por haberse retrasado la empresa en reintegrar al trabajador en su destino. La sentencia admite:

«La indemnización del daño moral, consistente en este caso en la pérdida de la compañía de la esposa e hijos, imputable a la empresa por la negligencia en restablecer la relación en el puesto primitivo».

También con respecto a los daños morales exige la jurisprudencia su acreditación. En este sentido la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 20-11-1990, (R.A. 8590), afirma que «no se han acreditado daños morales», tras haber establecido:

«Esta Sala, en lo que respecta a la indemnización de daños y perjuicios, en cuanto afectan al trabajador, tanto por el incumplimiento culpable o doloso o aun el no culpable, cuando así viene exigido por el ordenamiento, requiere para su viabilidad la simultaneidad de los siguientes requisitos:

- a) realidad de una situación que pueda generar daños;
- b) cabal acreditamiento del perjuicio sufrido;
- c) relación de causalidad entre uno y otros».

Las actitudes discriminatorias debieran ser un ámbito de aplicación frecuente de indemnizaciones por daños morales. Pero tal no sucede, limitándose a operar como causa de nulidad de los despidos, con la consecuencia de la «ejecución de la sentencia en sus propios términos», que obliga al empresario a readmitir al trabajador (*vid.* J. SERRA CALLEJO, «La discriminación laboral por causas atípicas: El aspecto físico y la posesión de enfermedades contagiosas», en esta *Revista* núm. 127, pág. 57 y sigts., especialmente pág. 78).

### **III. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR NO PROCEDER AL REINGRESO DEL TRABAJADOR EXCEDENTE**

#### **1. Consideraciones generales.**

En términos del artículo 46.1 del ET, «la excedencia puede ser voluntaria o forzosa», a las que hay que añadir las excedencias «atípicas» (G. DIÉGUEZ, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Madrid 1995, pág. 310). La excedencia forzosa aparece aludida, entre las causas de suspensión del contrato de trabajo, en el artículo 45.1 k) del ET, lo que no ocurre con la excedencia voluntaria.

De tan defectuosa técnica legislativa, de la que es ejemplo el que en el apartado «f» del mismo artículo 45 se establezca un supuesto que, después en el artículo 46 siguiente, aparece como causa de excedencia forzosa (*vid.* J. SAGARDOY BENGOCHEA y otros, *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Madrid 1996, pág. 363), no deben pretenderse mayores consecuencias.

La diferencia fundamental entre ambos tipos de excedencia está en que la forzosa puede determinarse por el empresario mientras que la voluntaria únicamente puede serlo a instancias del trabajador.

Es de precisarse que el ET «no utiliza como criterio separador el clásico juego de la voluntad de las partes (...) por el contrario, se acoge en el artículo 46.1 del ET el criterio de los efectos para distinguir entre ambas modalidades» (A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Madrid 1997, pág. 435).

La excedencia forzosa se «concederá» (lo que no es óbice a que se determine directa e inmediatamente por el empresario) o se produce «por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo» (art. 46.1 del ET), pudiendo solicitar el pase a tal situación «los trabajadores que ejerzan funciones sindicales de ámbito provincial o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo» (art. 46.4 del ET) y «electivo» (art. 9 de la LOLS).

El empresario «podrá (...) pasar al trabajador (...) a la situación de excedencia» forzosa cuando el cumplimiento por aquél de un deber inexcusable de carácter público y personal le imposibilite la prestación del trabajo en más del 20% de las horas laborables en un período de tres meses (art. 37.3 del ET).

Aquel criterio de distinción entre excedencia voluntaria y forzosa no puede llevar a relativizar el derecho del trabajador a la excedencia voluntaria, pues como se indica en el artículo 46.2 del ET: «El trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a dos años y no mayor a cinco.»

Bien que el ejercicio de tal derecho a la excedencia voluntaria tenga precisos límites en cuanto que solicitada y disfrutada un período en tal situación, «sólo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia» (art. 46.2 del ET).

Por contra de lo que sucede o puede suceder en la excedencia forzosa, en la voluntaria resulta que «cuando el artículo 46.2 del Estatuto preceptúa que "el trabajador (...) tiene derecho a que se le reconozca una posibilidad de situarse en excedencia voluntaria", lo que está significando es la necesidad de tal "reconocimiento", y que el mismo compete al empleador. Si éste incumple el deber de conceder tal excedencia (...) expresa o tácitamente, el trabajador puede ejercitar las acciones judiciales en reconocimiento de su derecho, pero que no es factible que acuda a la vía de hecho de autotutela del propio derecho, y adopte unilateralmente la decisión de autoconcederse dicha situación de excedencia voluntaria» (STS, Sala 4.ª, de 5-7-1990, R.A. 6058).

Al extremo que, en términos de la sentencia citada anteriormente la actitud del trabajador «decidiendo por sí mismo» pasar a la situación de excedencia voluntaria, «no acudiendo al trabajo (...) coloca al trabajador en situación de incumplimiento grave o contumaz de su obligación de trabajar, lo que constituye justa causa de despido».

Es preciso destacar que mediante norma convencional (Convenio Colectivo) pueden establecerse otras circunstancias, que se añaden a las previstas legalmente, que puedan generar excedencia, voluntaria o forzosa (art. 46.6 del ET). En tales supuestos habrá de estarse a lo establecido en el Convenio Colectivo.

## 2. Efectos.

Tanto la excedencia forzosa como la voluntaria constituyen supuestos en cuya virtud el contrato de trabajo no se extingue, sino que únicamente se suspenden algunos de sus efectos.

En ambos supuestos se producen los efectos que se concretan en el artículo 45.2 del ET, esto es, «la suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo», sin perjuicio de otras posibles consecuencias adicionales, según cada uno de los supuestos.

Precisando más se puede decir que en las excedencias forzosas, «en cuanto suspensivas del contrato, mantienen el derecho a la reserva del puesto de trabajo durante el tiempo de la excedencia (...); las voluntarias, por el contrario, no mantienen tal derecho, sino que el excedente ostenta tan sólo una expectativa de derecho al reingreso, condicionado a la existencia de vacante en puesto igual o análogo. Tal régimen (...) es deliberadamente desigual, en beneficio de las excedencias forzosas» (A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Madrid 1997, pág. 435). Así el tiempo transcurrido en situación de excedencia forzosa se toma en consideración para el cómputo de la antigüedad (art. 46.1 del ET), lo que no sucede en la situación de excedencia voluntaria.

La jurisprudencia ha matizado el rigor del desigual trato existente legalmente entre el excedente forzoso y el voluntario, llegando a afirmar que «no puede aceptarse que el derecho del excedente sea sólo una perspectiva permanente abierta al futuro» (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 16-3-1987, R.A. 1618).

La determinación de la naturaleza jurídica de la excedencia, sin duda afecta a la determinación de la posible indemnización de daños al trabajador, siendo por lo tanto preciso, siquiera brevemente, aludir a ella.

La búsqueda de la naturaleza jurídica de la excedencia forzosa no ha generado posturas doctrinales encontradas, entendiéndose que constituye una suspensión del contrato de trabajo (A. PEDRAJAS MORENO, *La excedencia laboral y funcional*, Madrid 1983, pág. 444, y sobre el estado de la doctrina págs. 419-443).

Por contra el establecimiento de la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria ha dado lugar a diferentes posturas doctrinales. Efectivamente una parte de la doctrina ha afirmado que «es una más dentro de esa familia de figuras jurídicas que permiten la interrupción de la ejecución de la obligación de prestar el trabajo sin solución vincular» (A. PEDRAJAS MORENO, *opus cit.*, pág. 438).

Discrepante con aquélla, otra importante doctrina considera que en la excedencia voluntaria se produce una «extinción del contrato con derecho condicionado a la readmisión» (F. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid 1980, pág. 149). Que se trata «de un claro supuesto de extinción de la relación contractual y su sustitución por una relación jurídica diferente que (...) pertenece a la categoría de los derechos "desplazados" (o "derecho en formación"), que genera(n) la obligación (en este caso de origen legal) de celebrar un contrato posterior» (J. VIDA SORIA, «Suspensión del Contrato de Trabajo-Comentario al artículo 46 del ET», en *Comentarios a las Leyes Laborales-El Estatuto de los Trabajadores*, T. IX, Vol. 1.º, Madrid 1983, págs. 105-106).

Como consecuencias trascendentes a los efectos que interesan, y diferentes de las aludidas en los párrafos que anteceden, conviene referirse, respecto de la excedencia voluntaria, por cuanto puede influir en la indemnización que pudiera, en su caso, ser debida por el empresario, al deber del trabajador de abstenerse de realizar cualquier actividad concurrente con la de aquél.

La permanencia de dicho deber del trabajador durante la excedencia voluntaria es cuestionable, pudiendo afirmarse que «durante la excedencia voluntaria no existe el deber de no concurrir del artículo 21.1 del ET, salvo que la concesión de aquélla razonablemente se condicionara a no concurrir, o en términos que impliquen la no concurrencia; o que la prohibición conste expresamente en norma sectorial» (M. ALONSO OLEA y M.ª E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Madrid 1997, pág. 402; en el mismo sentido la STS, Sala 6.ª, de 7-5-1984, R.A. 2971, que fundamenta constitucionalmente, ex artículo 35.1 de la CE, la inexistencia de aquel deber).

En diferente sentido se ha sostenido que «el deber de no concurrencia se mantiene pese a la suspensión del contrato de trabajo que la excedencia ocasiona (...bien que) la concurrencia que se prohíbe no es una cualquiera o determinada de cualquier modo, sino por el contrario (...) una concurrencia desleal que por lo común, aunque no forzosamente está contemplando un trabajo de la misma naturaleza o rama del que va a derivar un perjuicio real o potencial para el empresario (G. BARREIRO GONZÁLEZ, «Excedencia voluntaria y prohibición de concurrir-Comentario a la STS, Sala 4.ª, de 3 de octubre de 1990» *La Ley* de 19 de marzo de 1991, núm. 2.704; y sentencia antes citada).

### 3. Derecho al reingreso del excedente.

La excedencia forzosa «dará derecho a la conservación del puesto» de trabajo (art. 46.1 del ET), lo que no acontece en el supuesto de excedencia voluntaria, en la cual el trabajador «conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que

hubiera o se produjeran en la empresa» (art. 46.5 del ET), bien que «no pueda aceptarse que el derecho del excedente (voluntario al reingreso) sea sólo una expectativa permanentemente abierta al futuro» (STS, Sala 4.ª, de 16-5-1987, R.A. 1618).

Además, si en norma convencional (Convenio Colectivo) se estableciese que el trabajador en esa situación de excedencia voluntaria tiene derecho al reingreso, éste operará con independencia de la existencia de una vacante.

El excedente forzoso y el voluntario han de solicitar el reingreso tempestivamente. El excedente forzoso ha de solicitarlo «dentro del mes siguiente a su cese en el cargo público» (art. 46.1 del ET).

Por contra, no se establece un plazo determinado en el cual el excedente voluntario haya de solicitar el reingreso. El «tiempo oportuno» en el cual haya de solicitarse «no puede ser si no (...) cualquier momento anterior a la conclusión del período de excedencia voluntaria que es durante el cual el contrato permanece en suspenso, ya que la única condición que permite la persistencia de la expectativa de reingreso es la existencia de vacante de igual o similar categoría a la del solicitante» (STS, Sala 4.ª, de 16-6-1987, R.A. 4378).

Admitiéndose también que sea solicitado en fecha inmediatamente posterior a la extinción de la situación de excedencia (STS, Sala 4.ª, de 21-1-1997, R.A. 623; M. ALONSO OLEA y M.ª E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, pág. 400, que indican: «cualquiera de estas dos posiciones es válida según la buena fe»).

El empresario no ha de requerir al excedente, forzoso o voluntario, a los efectos de que éste deduzca la solicitud de reingreso (SCT de 2-2-1982, R.A. 559), pero solicitado el reingreso tempestivamente por el trabajador, el empresario le ha de informar de la existencia o no de vacante (SSTS, Salas 6.ª y 4.ª, de 7-2 y 2-7-1985, RR.AA. 615 y 3663; 22-5-1986, R.A. 2611 y 16-5-1987 R.A. 1618), y si no accede a la solicitud de reingreso por no existir vacante, ha de informar al trabajador en cuanto aquélla se produzca (STS, Sala 4.ª, de 21-2-1992, R.A. 1047), conductas exigibles en cuanto que son las acordes con la buena fe contractual.

#### **4. Las consecuencias derivadas de la falta de atención, por el empresario, a la solicitud de reingreso del trabajador excedente.**

##### *4.1. En el supuesto del trabajador excedente forzoso.*

Como se ha señalado, el trabajador excedente forzoso tiene derecho a la reserva del puesto de trabajo, lo que obliga al empresario, una vez concluida la situación de excedencia y solicitado tempestivamente el reingreso, a acceder al mismo con independencia de la existencia de vacante.

La actitud del empresario puede ser la de no atender a la solicitud de reingreso o atenderla inadecuada o tardíamente. Las consecuencias han de ser diferentes en uno u otro caso.

La no atención por el empresario al requerimiento carece, en todo caso, de justificación, habida cuenta del derecho al reingreso «automático» del trabajador [«el excedente forzoso tiene derecho a reingresar al cesar la excedencia al puesto de trabajo (suyo) reservado», M. ALONSO OLEA y M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, pág. 399], entendiéndose que existe un despido, siendo posible el «tácito» (SSTS, Sala 6.<sup>a</sup>, de 23-3-1983, R. A. 1179 y 14-2-1985, R.A. 4718) señalándose que: «La negativa injustificada del empresario a readmitir se equipara a efectos prácticos a un acto de despido (...)».

La equiparación de la negativa a readmitir al despido «supone condenar al empresario al pago de la indemnización correspondiente al despido improcedente» (A. MONTOYA MELGAR, *opus cit.*, pág. 439; sobre el despido del excedente forzoso *vid.* A. PEDRAJAS MORENO, *opus cit.*, pág. 382 y sigts.).

Dadas las circunstancias que pueden provocar la excedencia forzosa no será infrecuente que el despido pueda de ser calificado de nulo, ex artículos 55.5 del ET y 108.2 de la LPL, en cuanto que discriminatorio o atentatorio a derechos fundamentales (señaladamente a la libertad sindical y a los derechos a la libertad de expresión e información), o que la sentencia que condene a la readmisión deba ser ejecutada en sus propios términos (representante de los trabajadores o sindical, que hubiere optado por la readmisión).

La amplitud del derecho fundamental, ex artículo 28.1 de la CE, de libertad sindical (en los términos que se indican, entre otras, en la STC 168/1996 de 29-10), así como los derechos de libertad de expresión e información, que además suelen vincularse al antes dicho derecho fundamental (como se indica en la STC 1/1998 de 12-1, BOE de 11-2-1988, núm. 37/suplemento), facilitan extraordinariamente aquella calificación de despido nulo.

La consecuencia de la ejecución específica, de la «ejecución de la sentencia en sus propios términos», es el abandono del *id quod interest*, pues no procederá el señalamiento judicial de *tantum pecuniam*. Habrán de abonarse por el empresario los salarios «dejados de percibir», y además habrá de procederse a la «inmediata readmisión» del trabajador, y con las consecuencias señaladas en los artículos 281 y 282 de la LPL.

En el supuesto de que el reingreso se efectúe tardíamente, el trabajador tendrá derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que se le hubieren irrogado («la morosidad en la readmisión hace incurrir al empresario en responsabilidad», A. MONTOYA MELGAR, *opus cit.*, pág. 438), en un montante equivalente a los salarios dejados de percibir.

Aquellos salarios no constituyen el límite a los posibles perjuicios ocasionados al trabajador, ni necesariamente la indemnización por daños ha de tener esa cuantificación, bien que pueda establecerse en aquella cuantía una presunción *iuris tantum* del *id quod interest*.

«Tiene derecho a los salarios que hubiera percibido (...) en concepto de indemnización de daños y perjuicios, que hay que presumir causados, salvo prueba en contrario» (M. ALONSO OLEA y M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, pág. 399).

En el caso de que el reingreso se produzca en condiciones irregulares, el trabajador podrá solicitar que aquél se lleve a efecto en las condiciones adecuadas, además de solicitar la indemnización de daños y perjuicios pertinente que se puede cuantificar en la diferencia de salarios, si la hubiere, en su caso.

El supuesto del trabajador excedente voluntario que tuviere reconocido mediante Convenio Colectivo el derecho de reingreso «automático», aun cuando diferente al del trabajador excedente forzoso, tiene unas consecuencias por la falta de atención por el empresario a la solicitud de reingreso que son, en buena medida, equiparables a las antes señaladas.

#### 4.2. *En el supuesto del trabajador excedente voluntario.*

El supuesto del trabajador excedente voluntario es muy diferente, según ya se vio, al del excedente forzoso, sin embargo las consecuencias derivadas de la desatención por el empresario al derecho de reingreso del trabajador, no resultan sustancialmente distintas.

Efectivamente el trabajador excedente voluntario no tiene derecho al reingreso «automático» (como indica la STS, Sala 6.<sup>a</sup>, de 7-5-1984, R.A. 2971), por cuanto no goza de la reserva del puesto de trabajo, punto en el que es terminante el artículo 46. 6 del ET, pero sí «conserva el derecho preferente al reingreso» bien que condicionado a que se produzcan vacantes en igual o similar categoría en la empresa.

«El trabajador que después de agotado el período de excedencia voluntaria solicitase el reingreso al servicio activo, tendrá derecho preferente a obtenerlo, incumbiendo a la empresa el correlativo deber, siempre que existiera o se produjera vacante en su plantilla» (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 21-1-1997, R.A. 623).

Se suscita la cuestión de la posibilidad de que ese derecho resulte ilusorio si el empresario decide amortizar las plazas vacantes. Bien que el concepto mismo de vacante, fuera del ámbito de las relaciones jurídico-públicas y de la existencia de plantillas presupuestarias, con presupuesto vinculante de gastos, resulte cuestionable.

La jurisprudencia ha resuelto tal problemática afirmando que «la amortización de vacantes al margen de las prescripciones legales correspondientes, no puede perjudicar el derecho expectante de los trabajadores en excedencia al reincorporarse a la empresa, pues otra solución (...) haría ilusorio el derecho de quien pide el reingreso y transformaría la situación de excedencia voluntaria en

un cese definitivo, privando al trabajador de los beneficios que tal institución comportaría en el espíritu y la letra de la Ley» (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 16-3-1987, R.A. 1618, recogiendo doctrina anterior sentada en las SSTs, misma Sala, 6.<sup>a</sup>, de 17-11-1983, R.A. 5608;10 y 30-6 y 10-11-1986, RR.AA. 3521, 3765 y 6312).

Lo que no supone que no puedan amortizarse vacantes si existen trabajadores en exceso, si tal se efectúa con anterioridad al ejercicio del derecho al reingreso por el trabajador excedente y «siempre que se realice de acuerdo con las prescripciones legales» (SSTs, Salas 6.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, de 17-11 y 15-12-1983, RR.AA. 5608 y 6215; SSCT de 2 y 15-4-1986, RR.AA. 2105 y 2446, y 22-1-1987, R.A. 108), lo que se ha entendido, por determinada doctrina, como alusivo al procedimiento de regulación de empleo o despido colectivo, «porque en realidad lo que se hace es "despedir al excedente"» (M. ALONSO OLEA y M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, pág. 400).

La reincorporación o reingreso no puede penalizar injustificadamente al trabajador, al extremo que «el reingreso debe producirse en un puesto de trabajo de la misma localidad en la que prestaba sus servicios, ya que la pretensión unilateral de la empresa de que aquél reingrese en localidad distinta obstaculizaría gravemente el ejercicio del derecho del excedente a su reincorporación» (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 12-12-1988, R.A. 9597).

Indicando la sentencia señalada en el párrafo anterior que el trabajador, entretanto, queda «ante una situación de expectativa hasta que la vacante procedente se produzca, situación que equilibra las posiciones de empleado y empresario, ya que el primero no se ve obligado a trasladar su domicilio con los perjuicios que ello siempre acarrea y el segundo no se encuentra obligado a readmitir, de momento, al excedente, que quedaría en situación expectante por tiempo indeterminado».

Interpuesta la correspondiente acción por el trabajador al que se le denegó el reingreso so capa de inexistencia de vacante, corresponde al empresario la carga de la prueba de tal falta de vacante por una razón legítima (amortización legalmente efectuada, ocupación por otro trabajador con derecho preferente, o ascendido no fraudulentamente, de nuevo ingreso previo procedimiento de selección, etc.).

Denegado el reingreso por el empresario, habrá de estarse a la forma en que tal denegación se ha producido para poder saber si nos encontramos ante un despido o una denegación justificada o injustificada de la petición de reincorporación o reingreso (sobre el ejercicio sucesivo de las acciones de reingreso y de despido STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 17-10-1988, R.A. 7833).

Indica la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 22-10-1997, (R.A. 7548), «hay que distinguir entre despido y negativa al reingreso». Siendo a la vista de tal circunstancia cuando puede precisarse cuál ha de ser la acción a interponer por el trabajador.

Como se afirma en las SSTS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 22-5-1986, R.A. 2611, y 16-3-1987, R.A. 1618:

- A) «La negativa empresarial a readmitir... constituye o equivale a un acto de despido, sentencia de 1 de abril de 1985, que cita a la del Tribunal Constitucional -Sala Segunda- número 15/1985, de 5 de febrero, que así lo enuncia como "tesis dilatadamente mantenida en la jurisprudencia del orden laboral"; ella coincide con la de 23 de marzo de 1983, que equipara a la de despido la acción entonces ejercitada».
- B) «Es exigible a la empresa o empleador -una vez el trabajador, tempestivamente, le solicita la reincorporación ejercitando su derecho a ocupar una plaza de igual o similar categoría- que proceda según los principios de buena fe o lealtad recíproca y le informe si existe o no dicha plaza -Sentencias de 7 de febrero y 2 de julio de 1985».
- C) «Para que la no reincorporación por fin de excedencia sea equivalente al despido ha de constar de forma clara y terminante la decisión de la empresa de no readmitirle; y a partir de ese momento es cuando el despido debe tenerse por producido, Sentencia de 28 de enero y de 22 de junio de 1985 que su vez cita otras precedentes; y en tal sentido (...) la de 11 de octubre de 1983, también».
- D) «Si es patente la voluntad de la empresa de no extinguir la relación laboral, es claro que no puede entenderse que hubo despido y aplicar consecuencia alguna a éste inherente».

El despido, calificable en su caso como «tácito», (SSTS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 14-10-1985, R.A. 4718; 23-12-1987, R.A. 9031 y 14-6-1988, R.A. 5295), lo indica la actitud de la empresa reveladora «del verdadero propósito de marginar a la actora de la empresa, haciendo ilusorio el compromiso a admitirla en la primera vacante», según la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 31-3-1997, R.A. 3043, que añade que igualmente existe despido cuando se manifiesta la oposición tácita al reingreso del trabajador mediante una conducta «inequívoca, de actos claros e indubitados».

Sin la conducta empresarial referida en el apartado que antecede, «la no reincorporación por fin de excedencia no equivale a un despido» (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 31-3-1997, R.A. 3043).

También se produce el despido del trabajador excedente, «cuando el empresario se niega, rotunda e incondicionalmente, a acceder a ella (la petición de reingreso)» (SSTS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 4-4-1991, R.A. 3250 y 21-2-1992, R.A. 1047).

Lo mismo ocurre cuando, por parte de la empresa, se produce «la negativa (...expresa o categórica) a readmitir (...al que se encuentra) en situación de excedencia voluntaria, una vez concluida ésta y no basada en la inexistencia de vacantes o siempre que se acredite la realidad de las mismas» (SCT de 26-1-1988, R.A. 938).

Por contra no se produce el despido «en los demás casos, en los que el empresario lo que hace es posponer la readmisión del excedente, demorándolo hasta la existencia de plaza vacante» (STS, Sala 4.ª, de 21-2-1992, R.A. 1047), o si «la negativa empresarial a la petición de reingreso, en manera alguna manifestó voluntad resolutoria, sino oposición a la reincorporación por inexistencia de vacante adecuada, lo que demuestra que partía de la pervivencia de la relación laboral, aun manteniendo la situación de suspensión» (SSTS, Sala 4.ª, de 27-10-1988, R.A. 8167, y 7-12-1990, R.A. 9761).

De la misma manera «el silencio ante una solicitud de reincorporación no puede considerarse por sí solo como una voluntad tácita de extinguir la relación, sino que su significación en el contexto que crea la solicitud se reduce al propósito de mantener la propia situación existente no dando lugar a reincorporación, pero sin añadir a ello una declaración que pueda ser interpretada como una voluntad de romper el vínculo que todavía une a la empresa con el trabajador excedente, porque aunque la consideración objetiva de las circunstancias lleve a la conclusión de que está aquí implícita una negativa a la petición del trabajador, tal negativa queda limitada a esa solicitud concreta y no puede ser interpretada como una manifestación de voluntad de extinguir aquel vínculo» (SSTS, Sala 4.ª, de 19-10-1994, R.A. 8254 y 22-10-1997, R.A. 7548).

En ese orden de cosas «cuando lo que se invoca es un despido tácito ha de relacionarse la falta de contestación a la solicitud de reingreso con el conjunto de circunstancias que la acompañan» (STS, Sala 4.ª, de 15-2-1991, R.A. 840).

La calificación de la actitud empresarial como constitutiva de un despido o de una negativa improcedente al reingreso, tiene diferentes consecuencias (*vid.* STC 15/1985, de 5 de febrero, BJC núm. 47), que en modo alguno resultan comparables y que merecen un análisis por separado.

No obstante sí deben estudiarse conjuntamente, por el contraste inmediato que así se manifiesta, los aspectos procesales y especialmente el referible a los plazos para interponer las acciones correspondientes.

«Cuando el trabajador solicita el reingreso y la empresa no contesta su petición o la rechaza pretextando falta de vacantes o circunstancias análogas que no suponen el desconocimiento del vínculo existente entre las partes, el trabajador podrá ejercitar la acción de reingreso, mientras que cuando se produce una negativa rotunda e inequívoca, que implica el rechazo de la existencia de algún vínculo existente entre las partes la acción que debe ser ejercitada frente a ella es la de despido» (SSTS, Sala 4.ª, de 31-3-1997, R.A. 3043, y 22-10-1997, R.A. 7548).

Efectivamente si se produce un despido «el trabajador debe accionar adecuadamente ejercitando la oportuna acción dentro del plazo de caducidad que previene el artículo 59 (...20 días) pero, en los demás casos, en que el empresario lo que hace es posponer la readmisión del excedente demorándolo hasta la existencia de plaza vacante, la acción que tiene el trabajador para reaccionar ante la conducta empresarial, es la tendente a obtener el reconocimiento del derecho que, injustificadamente -según su criterio- se le niega, acción sujeta al plazo de un año» (STS, Sala 4.ª, de 21-2-1992, R.A. 1047).

A lo expuesto en el párrafo que antecede ha de añadirse que «las respuestas ambiguas como la de "tomar nota" o "en su momento se resolverá" o cualquier otra de análoga significación, en realidad están impidiendo el ejercicio normal de las acciones correspondientes, al ignorar el trabajador si efectivamente tiene que esperar a que se produzca la vacante, o si, producida ésta, lo que acontece es que la empresa no quiere readmitirlo» (SSTS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 6-11-1986, R.A. 6285; 24-1-1987, R.A. 123; 11-4-1989, R.A. 2961; 17-7-1990, R.A. 6415 y 21-2-1992, R.A. 1047).

Continuando aquella misma jurisprudencia, «nuestra doctrina entiende que en tales circunstancias es al empresario al que hay que exigir una respuesta explícita e inequívoca, sin que pueda pedirse al trabajador -que está fuera de la empresa, por su condición de excedente- un proceso de investigación, difícil y complicado, sobre la realidad y situación de las plantillas. De todo ello ha de seguirse la conclusión que ya se adelantó: que el comienzo del cómputo del plazo de prescripción ha de situarse en el momento en que el trabajador tenga conocimiento de la existencia de la vacante».

El trabajador «debe poner, pues, cuidado especial en precisar la acción que ejercita si la de "conservación de derecho" o la de despido, según las circunstancias de hecho, pues parece absurdo que sea libre sin atender a ellas de ejercitar una y otra» (M. ALONSO OLEA y M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, pág. 1.073).

Cuando la acción que ejercita es la de despido (entendiéndose que «la acción por despido es una sola, englobándose en esa única acción todos los diferentes resultados posibles que de ella puedan derivarse», STS Sala 4.<sup>a</sup>, de 19-6-1990, R.A. 5485), por la brevedad del plazo de caducidad de la acción resulta extremadamente importante el precisar el momento en que comienza el cómputo del plazo para su ejercicio, que ha de situarse en la de notificación de la «negativa tajante al reingreso» o en la que se produjo la «repulsa categórica a la reincorporación».

Ha de tomarse en consideración que por estar suspendido el contrato de trabajo, en los términos ya vistos, «no cabe anudar la receptividad del despido al hecho de su reconocimiento efectivo por el despido, porque en estos supuestos la resolución del contrato no presupone la cesación simultánea o subsiguiente de la prestación laboral. Se origina con ello la traslación de la receptabilidad del acto extintivo hacia la comunicación del mismo (...) el despido simplemente no existe en tanto el trabajador desconozca la decisión resolutoria empresarial» (G. GARCÍA BECEDAS, «El despido como acto receptivo», en *Estudios sobre el despido disciplinario*; Madrid 1898, págs. 185, 186 y 187).

Mucho más compleja es la determinación del momento en que comienza el cómputo del plazo de prescripción del ejercicio de la acción de reconocimiento del derecho a la reincorporación (de reingreso o de conservación del derecho), a la que se puede acumular la de indemnización de daños y perjuicios por reincorporación tardía.

Con claridad explica la situación el Voto Particular que cinco de los Magistrados de la Sala efectúan a la STS de 21-1-1997 (R.A. 623). Efectivamente partiendo de que, ante la petición de reingreso, «cabe que el empresario admita una de estas opciones: que le readmita, lo que, en principio, no plantea problema alguno; que no proceda a la reincorporación, manifestando al trabajador la no

existencia de vacante de igual o similar categoría, o que silencie esta constatación, caso que se equipara a la anterior comunicación de inexistencia de plaza; o, finalmente, que exprese su intención de no readmitirle, actitud empresarial que se equipara al despido». Afirma:

«Pues bien, cuando la empresa asume la segunda postura, se obliga también a readmitir al trabajador en la primera vacante que se produzca en su categoría o similar, siendo razonable pensar que, ante la dificultad que para el trabajador supone el conocimiento de la vacante, es el empleador quien debe notificar a aquél su existencia, como primer paso para el cumplimiento de la obligación contraída, a fin de que el trabajador pueda hacer efectivo su derecho de reincorporación».

Continuando, «el incumplimiento de esta obligación de hacer, que es razonable que el empleado espere de quien ocupa una especial posición de garante -de la que declina con su actitud omisiva- conforme a los principios de lealtad y buena fe ínsitos en la relación contractual laboral, evidencia una actitud pasiva u omisiva que, (...), se encuentra próxima al dolo (...) postura reticente u obstativa al cumplimiento de la obligación es la de quien espera -sabiendo las dificultades probatorias que ello conlleva, y a que, en todo caso, el instituto de la prescripción le va a favorecer- a que el trabajador accione en reconocimiento de su derecho».

En sintonía con aquellas apreciaciones la STS, Sala 4.ª, de 21-2-1992 (R.A. 1047), afirmó que, solicitado el reingreso tempestivamente y denegado por la empresa por inexistencia de vacante, aun cuando transcurra un amplio lapso de tiempo hasta que el trabajador excedente vuelva a solicitar el reingreso «no puede presumirse una voluntad tácita de abandono...cuando ésta (inactividad del trabajador) responde simplemente a la espera de una conducta que la buena fe contractual exigía a la empresa, que debía comunicar la existencia de la vacante, cuanto se produjera, se obligara o no expresamente a ello».

Como regla general puede afirmarse que, en los supuestos de ejercicio de acciones de reingreso e indemnización de daños y perjuicios, el cómputo de plazo para su ejercicio, como se indicó, ha de ser aquel en que el trabajador excedente tiene conocimiento de la existencia de la vacante (STS, Sala 4.ª, de 22-7-1988, R.A. 6227).

Ha de precisarse, además, como indica la STS, Sala 4.ª, de 5-11-1990, R.A. 8548, que «la mora supone retraso culpable en el cumplimiento de la obligación, incurriéndose en ella desde que se produzca la intimación, salvo que ésta no fuera legalmente necesaria para ello (...). Normalmente no impide un eventual y posterior cumplimiento, mas el así realizado será tardío, generando perjuicios, que deben ser resarcidos».

Y lo que, de seguido, añade la meritada resolución jurisprudencial, «la mora manifiesta conducta persistente, con proyección en el tiempo, lo que hace que tal factor deba ser considerado para poder ponderar dichos perjuicios. Consiguientemente cuando la reclamación de (...) resarcimiento

se contrae a período en que actúa la mora, mas ésta sigue con posterioridad a aquélla, nada impide una subsiguiente petición en orden a la reparación de los después causados, sin que la sentencia que resolviera la primera extendiera sus efectos de cosa juzgada para esta segunda reclamación, pues ambas aún coincidentes en los sujetos, no presentan tal coincidencia, al menos íntegramente, en la causa de pedir, y, desde luego, en el *petitum*».

#### 4.3. La indemnización por despido del trabajador excedente, forzoso o voluntario.

El despido del trabajador excedente no puede calificarse como despido disciplinario en cuanto que éste «se configura como una sanción privada (privada, contractual) consistente precisamente en la disolución de la relación laboral» (A. MONTROYA MELGAR, *opus cit.*, pág. 464), o como, con más precisión indica la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 17-5-1991 (R.A. 6825): «Una extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario, (...), precedida del incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador, de tal manera que el despido viene a considerarse como un supuesto específico de la condición resolutoria prevista en el artículo 1.124 del Código Civil, para las obligaciones recíprocas».

Bien que en contra de la doctrina legal, que se acaba de exponer, se manifiesta la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 7-12-1990, (R.A. 9760), según la que: «La naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido (...) diferencia en nuestro Derecho la resolución unilateral del contrato de trabajo en virtud de despido acordado por el empresario, de la acción de resolución implícita en las obligaciones recíprocas, regulada en el artículo 1.124 del Código Civil:

- En que la resolución sólo se produce automáticamente cuando las partes explícitamente hayan convenido que el incumplimiento tenga la virtualidad de una condición resolutoria (...);
- En que el artículo 1.124 faculta para pedir la resolución a partir del incumplimiento, sin que determine la resolución automática, salvo que pacto explícito indicado (...); y
- En que si bien es posible que la facultad resolutoria se lleve a cabo extrajudicialmente, de discutirse tal supuesto habrá de recaer decisión judicial».

Pero «la expresión "despido" no debe entenderse exclusivamente referida a la que tenga origen disciplinario, ya que su significado también comprende cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aun fundado en causa ajena a su incumplimiento contractual grave y culpable» (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 2-3-1994, R.A. 2046, en idéntico sentido las de la misma Sala de 26-2-1990, R.A. 1912; 29-12-1992, R.A. 10378; 27-7-1993, R.A. 5992 y 23-10-1993, R.A. 8060).

Efectivamente como afirmé en otra ocasión («El despido disciplinario en la nueva Ley de Procedimiento Laboral», publicado en esta *Revista*, núm. 91, pág. 69) debe acogerse una «noción amplia de despido (como hacen las SSTs de 6 de junio de 1968, de 26 de junio de 1978, de 22 de enero de 1979, de 2 y 27 de enero de 1981, de 3 de marzo de 1983, de 16 de octubre de 1984, de 23 de septiembre de 1986, de 1 de febrero de 1988, etc.), y en línea con lo señalado en la STC 15/1985, de 5 de febrero, en la que se destacó que lo importante es la "voluntad empresarial de dar por extinguida la relación sin que posea trascendencia que sea un auténtico acto de despido o consista simplemente en la afirmación de que la relación se ha extinguido por alguna de las causas previstas en la ley..."».

Contemplado pues el despido como la «resolución del contrato de trabajo a instancias del empresario» (M. ALONSO OLEA y M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, pág. 406; Concepto «clásico y tradicional» en nuestro Derecho según la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 19-6-1990, R.A. 5485), no cabe duda que así ha de calificarse la negativa del empresario a readmitir, cuando se efectúa en los términos ya vistos y en los que no es preciso insistir.

En otro sentido se mantiene que «no cabe pensar en un caso de despido, cuando el empresario se niega sin causa a proceder a la reincorporación, una vez que se ha solicitado en tiempo y forma. La indemnización que haya de producirse será como consecuencia de perjudicar culpablemente un derecho del trabajador excedente» (J. VIDA SORIA, *opus cit.*, pág. 120).

Como indica la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 30-3-1995, R.A. 2352, «el despido es la decisión unilateral del empresario que extingue la relación laboral, viva y vigente hasta entonces, que le unía al trabajador despedido».

Entendido que, como destaca la jurisprudencia, «aunque el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores (1980) contempla el despido del trabajador como causa de extinción del contrato de trabajo, la decisión unilateral del empresario de despedir sólo extingue la relación laboral en el momento preciso en que este último la adopta, en el supuesto en que el trabajador la acate o reaccione frente a ella tardíamente, o cuando, reaccionando en plazo, obtiene del orden social la respuesta de una declaración de procedencia del despido» (STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 6-6-1997, R.A. 5183, recogiendo la doctrina sentada por la misma Sala en las de 7-3, 4-10 y 20-11-1991, RR.AA. 2182, 7161 y 8400; 24-2-1995, R.A. 3443 y 11-7-1995, R.A. 5862. En contra la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 7-12-1990, R.A. 9760).

«Pero no ocurre igual», según la misma jurisprudencia, «cuando, accionando en plazo el trabajador frente a su despido, obtiene como respuesta de la Jurisdicción Social una declaración de nulidad o improcedencia ya que, en estos dos supuestos, la relación laboral, congelada en cuanto a las prestaciones recíprocas y trabajo y retribución mientras se sustancia el proceso, renace al producirse aquellas declaraciones judiciales».

Ciertamente «el ordenamiento jurídico tiene que enfrentarse con la posibilidad de que el empresario despida (...) sin más, esto es, sin alegación y prueba de causa» (M. ALONSO OLEA y M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, págs. 406-407), y esto es precisamente lo que ocurre en el despido al que se viene aludiendo del trabajador excedente. Las consecuencias asociadas al despido en tales casos son la declaración de nulidad del mismo o establecer una compensación indemnizatoria.

La jurisprudencia, en el supuesto del despido del trabajador excedente, venía considerándolo nulo, por estar en suspenso, a su entender, la relación laboral y al venir viciado el acto de despido por falta de forma (SSTS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 25-1, 4-5 y 27-10-1988, RR.AA. 45, 3551 y 8167), especialmente cuando era «tácito», esto es, deducible de la falta de contestación a la solicitud de reingreso y del conjunto de circunstancias que lo acompañaban (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 15-2-1991, R.A. 840). Debiendo ahora, a la vista de la regulación legal vigente, cuestionarse si es nulo o ha de calificarse de improcedente.

En los supuestos en los que el despido se hubiere efectuado con violación de los derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador excedente, o incidiendo en alguna causa de discriminación (lo que, razonablemente, acontecerá con más facilidad en los casos de excedencia forzosa que en los de excedencia voluntaria), el despido será calificable de nulo, con las consecuencias inherentes a tal calificación.

También si el trabajador excedente fuera representante de los trabajadores, delegado sindical, o si tuviera reconocida convencionalmente la facultad de opción, y, sin perjuicio de lo que se dirá, hubiere optado por la readmisión, procedería la ejecución de la sentencia en sus propios términos (arts. 56.4 del ET y 280.1 de la LPL).

En los demás supuestos, podría pensarse en que se tratase del denominado despido fraudulento (y por ello, nulo), «figura excepcional y extrema, cuya existencia requiere la concurrencia de una elevada dosis de arbitrariedad en la actuación empresarial, no bastando que esa actuación sea ilícita o contraria a la ley, pues todo despido nulo o improcedente se lleva a cabo en contradicción con la ley, sino que esa antijuridicidad ha de ser especialmente intensa, de modo que resulten vulnerados los más elementales principios del ordenamiento jurídico laboral» (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 5-6-1990, R.A. 5017).

Figura que, no obstante, hoy en día es polémica (en la jurisprudencia la rechazan las SSTS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 23-5 y 10-7-1996, RR.AA. 4612 y 6102; en la doctrina *vid.* M. ALONSO OLEA y M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, pág. 442; A. MONTOYA MELGAR, *opus cit.*, pág. 475). Además, el hecho de que el despido del trabajador excedente quede fuera del disciplinario, hace muy improbable tal posible calificación (*vid.* I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, «Causas del despido nulo», en *Estudios sobre el Despido Disciplinario*, Madrid 1989, especialmente pág. 249 y sigs.).

Sin embargo es posible cuestionarse si en tales supuestos lo que realmente está haciendo el empresario es amortizar un puesto de trabajo, el del trabajador excedente, sin atenerse en absoluto al procedimiento para tal modo de extinción del contrato exigido, con el resultado, por tal inobservancia de procedimiento, de su nulidad, como ya se dejó dicho (sobre este punto, M. ALONSO OLEA y M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, pág. 428).

De ser la respuesta afirmativa, sus consecuencias (respecto de las que conviene recordar su carácter indisponible), serían entonces las de la «readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir» [que es compatible con una readmisión *ad cautelam* (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 9-6-1997, R.A. 4692)].

Entendiéndose además que «el límite del artículo 56. 5 del Estatuto de los Trabajadores se refiere a los supuestos en que el despido es declarado improcedente y a los salarios devengados con anterioridad a la sentencia que realiza esta declaración; no se aplica pues a los supuestos de despido nulo ni a los salarios devengados durante la fase de ejecución» (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 21-5-1991, R.A. 3920).

Es polémica la naturaleza de aquellos salarios de tramitación (sobre esa polémica, con conclusión favorable a su naturaleza indemnizatoria, *vid.* J. HERVÁS, «Doctrina jurisprudencial sobre el concepto y la naturaleza jurídica de los salarios de tramitación», *AL* núm. 10 de 1992).

Una determinada doctrina jurisprudencial ha señalado que «la figura de los salarios de tramitación o salarios de trámite tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria, pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el de no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la sustanciación del proceso correspondiente; por ello si el trabajador de que se trate, ha trabajado para otra empresa en todo o en parte de ese lapso de tiempo y ha cobrado la pertinente remuneración, es obvio que, en cuanto al montante de ésta, no ha existido perjuicio alguno; y si no hay perjuicio no puede haber tampoco resarcimiento» (SSTS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 13-5-1991, R.A. 3097; 2-12-1992, R.A. 10050 y 19-5-1994, R.A. 4284; los califica de «obligación de naturaleza salarial», a los efectos del artículo 42.2 del ET, la STS, de la misma Sala, de 22-1-1988, R.A. 37).

Sin embargo, otra jurisprudencia, que consideramos más acertada, considera que aquellos salarios carecen de la consideración de indemnización (SSTS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 13-5-1991, R.A. 3907; 7-7-1994, R.A. 6351; y, Sala 3.<sup>a</sup>, de 4-7-1995, R.A. 5534; 24-2-1995, R.A. 3443; 21-2-1997, R.A. 732; 25-2-1997, R.A. 1222; 4-7-1997, R.A. 5547; 24-10-1997, R.A. 7063), y así «los salarios de tramitación suponen la reconstrucción de la relación jurídica laboral, rota por el empresario, que debe efectuarse abonando la retribución que el trabajador dejó de percibir por haber sido privado injustamente de realizar su trabajo» (STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 4-7-1995, R.A. 5534).

Otras consecuencias pueden predicarse del acto extintivo o despido del trabajador excedente, tanto si atiende a la autorizada opinión según la que «tiene poco sentido, si alguno, que siendo improcedente el despido disciplinario por vicio de forma, (...), sea nulo por esto mismo el despido por cau-

sas objetivas (...por lo que debe corregirse) entendiendo que en los despidos objetivos como en los disciplinarios, en que se haya incurrido en vicio de forma, son improcedentes y no nulos» (M. ALONSO OLEA y M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, pág. 428), como si se considera como una modalidad singular de despido, que únicamente podría ser calificado de improcedente.

Estimado como improcedente el despido, las consecuencias son las propias de tal declaración (arts. 56 del ET, 110 a 113 y 276 a 284 de la LPL), en las que no procede entrar, dado el propósito del presente trabajo. Únicamente conviene detenerse en la naturaleza misma de la indemnización por despido (no pareciendo admisible el «despido libre sin indemnización», según la STC 20/1994, de 27 de enero; BJC núm. 155) y, en su caso, de la complementaria del artículo 279.2 b) de la LPL.

Se indica en la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 23-10-1990, R.A. 7709, «el ordenamiento laboral, en su regulación del despido y con respecto al que merezca la calificación de improcedente (...) consagra un régimen específico de resarcimiento, opcional entre la readmisión y la indemnización en metálico, fijando esta última de manera objetiva y tasada, según los términos del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, que contiene determinadas reglas, cuya aplicación produce exacta cuantificación de aquella, sin que el Juzgador pueda valorar de otro modo los daños y perjuicios causados por dicho despido improcedente, incrementando o disminuyendo la cantidad que resulta del baremo establecido».

Precisando aquella sentencia lo siguiente: «Sistema que, como declara la Sentencia de la Sala de 18 de julio de 1985, puede unas veces beneficiar y otras perjudicar al trabajador, quien, por una parte, se halla liberado de acreditar los daños y perjuicios sufridos, pues su existencia se encuentra amparada con presunción *iuris et de iure*, y, de otra, queda privado de acreditar que los daños y perjuicios que sufre alcanzan dimensión económica superior a la que resulta de las precisas reglas de valoración que contiene dicho artículo 56».

Continuando la meritada resolución jurisprudencial, «no es legalmente posible, por tanto, en función de un despido improcedente traer a colación la variedad de perjuicios causados, para pretender un incremento de la indemnización que la Ley marca o para cifrar otra ajena a aquélla, pues dichos perjuicios, en toda su variedad, son considerados por el artículo 56 cuando establece las reglas para su cuantificación».

Admitiendo, empero, la sentencia citada un supuesto excepcional de incremento de la indemnización, esto es, «sólo si el régimen legal hubiera sido mejorado por Convenio Colectivo cabría el incremento de la indemnización (Sentencia de la Sala de 28 de julio de 1989)». La doctrina expuesta reitera y consolida la de la misma Sala manifestada en sus Sentencias de 12 y 22-7-1982 (RR.AA. 4020 y 4067), 13-4 y 18-7-1985 (R.A. 3809) y 14-11-1987 (R.A. 7003), y es seguida por la de 7-2-1991 (R.A. 814).

La resolución judicial que resuelve sobre la indemnización tasada del despido «agota» las «indemnizaciones de perjuicios que de la extinción del contrato dimanen» (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 16-7-1990, R.A. 6407).

Precisándose aquellos perjuicios de la siguiente manera, «en nuestro ordenamiento laboral la indemnización es consecuencia del daño producido rigiendo el principio de indemnización tasada en los perjuicios causados por despido improcedente, que no son sólo los materiales (pérdida de salario y puesto de trabajo) sino otros de naturaleza inmateral (pérdidas de oportunidades de ejercitar la actividad profesional, de prestigio e imagen en el mercado de trabajo), perjuicios producidos por la extinción del contrato de trabajo sin causa, con independencia de la naturaleza del contrato que deben ser indemnizados» (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 30-3-1995, R.A. 2352).

Y que, en posición más matizada, discrepante con la manifestada en los párrafos anteriores, tanto la indemnización en sentido estricto, como los salarios de tramitación, «son indemnizaciones tasadas previamente establecidas por la Ley que responden a su condición de resarcimientos debidos por la pérdida del empleo, que carecen del valor de restitución en integridad que a veces se ha pretendido atribuirles, pues se trata de una compensación de contenido tasado y previamente fijado por la Ley, sin que le sean aplicables los criterios civiles de cuantificación del daño, ni exigible la necesidad de probanza de los daños y perjuicios» (SSTS, Salas 6.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, de 9-4 y 14-12-1984, RR.AA. 2057 y 6386; 18-7-1985, R.A. 3809; 11-3-1986, R.A. 1300 y 7-12-1990, R.A. 9760).

Se insiste en la naturaleza de la indemnización, diferenciándola de la correspondiente a los salarios de tramitación. Efectivamente se destaca que «los salarios de tramitación tienen naturaleza jurídica diferente a la indemnización por despido (...) y es que el pago de los salarios de tramitación es mera consecuencia de la subsistencia de la relación laboral (...). Distinta es la indemnización por despido, ya que esta presupone, además de la improcedencia de aquél, la extinción de la relación laboral» (SSTS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 24-2-1995, R.A. 3443; 4-6-1996, R.A. 5265 y 7-10-1997, R.A. 7042).

Son «compensaciones o indemnizaciones tasadas, previamente fijadas por la Ley, (...), que no *restitutio in integrum*; y permanecen inalterables como tales indemnizaciones», por lo que no procede tomar en consideración los incrementos salariales posteriores al despido, según la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 7-12-1990, R.A. 9760, (que lo aplica tanto a la indemnización como a los salarios de tramitación, habida cuenta de la posición sobre el tema, ya expuesta de la Sala). En lo que no está de acuerdo el Voto Particular efectuado a la misma.

La naturaleza de la indemnización y su carácter tasado determina que no se deba, y se produzca un enriquecimiento injustificado de quien la recibe, si en la instancia o en trámite de recurso se declara la inexistencia de relación laboral (STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 13-11-1996, R.A. 7921).

#### 4.4. La indemnización por morosidad en el cumplimiento de la obligación empresarial de proceder al reingreso del trabajador excedente voluntario.

«Existe jurisprudencia consolidada y uniforme, sentada en interpretación de los artículos 46.5 del Estatuto de los Trabajadores y 1.101 del Código Civil conforme a la cual queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, efectivamente causados y debidamente acreditados, el empresario

que incurriera en mora en el cumplimiento de la obligación que tuviera en orden a proceder al reintegro del trabajador excedente voluntario, titular del correlativo derecho, que dedujera petición al respecto» (STS, Sala 4.ª, de 21-1-1997, R.A. 623).

La «satisfacción del derecho, (...), no puede limitarse a la reincorporación a la empresa, sin más, puesto que la demora en realizarse impuesta por la injusta negativa empresarial, puede haber producido al trabajador -y, normalmente, así habrá sido- unos perjuicios económicos cuya reparación puede ser exigida por éste, siempre que pruebe su existencia» (STS, Sala 4.ª, de 27-10-1988, R.A. 8167). Porque «la mora supone retraso culpable (...que) normalmente no impide un eventual y posterior cumplimiento de la obligación, mas el así realizado será tardío, generando perjuicios que deben ser resarcidos (art. 1.101 del Código Civil)» (STS, Sala 4.ª, de 5-11-1990, R.A. 8548).

Efectivamente es un derecho indubitado del trabajador excedente voluntario el del reintegro al servicio activo, derecho que es preferente, si bien está condicionado tanto al transcurso del plazo para el que la excedencia fue concedida («no es injustificado negar el reintegro para antes de que transcurra el tiempo para el que la excedencia se concedió», como indican M. ALONSO OLEA y M.ª E. CASAS BAAMODE, *opus cit.*, pág. 401), como a la existencia de vacante en la plantilla, de «igual o similar categoría». Derecho al que se corresponde la correlativa obligación del empresario de acceder al reintegro tempestivamente solicitado.

«Esta obligación, cuando mediara dicha petición y concurriera el requisito indicado, ha de ser atendida por el empresario con inmediatez, por lo que, de no hacerlo, habrá de entenderse que incurre en mora, tal como resulta de lo dispuesto por el artículo 1.100 del Código Civil, precepto que precisa el momento desde que opera, refiriéndolo a aquel en que fuera exigido, judicial o extra-judicialmente, el cumplimiento de la correspondiente obligación» (STS, Sala 4.ª, de 21-1-1997, R.A. 623).

La «obligación indemnizatoria, como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil, ha sido reiteradamente declarada» por la jurisprudencia (SSTS, Sala 4.ª, de 22-6-1985, R.A. 3448; 11-3-1986, R.A. 1299; 19-4-1986, R.A. 2207; 24-1-1987, R.A. 123; 4-10-1988, R.A. 7522; 11-12-1989, R.A. 9529; 17-7-1990, R.A. 6114, etc.).

La jurisprudencia con un criterio discutible, ha venido entendiendo que «la indemnización (...) debe ser cifrada, normalmente y salvo la demostración de hechos impeditivos, en el importe de los salarios que se hubieran devengado, de haber sido atendida oportunamente la referida petición» (STS, Sala 4.ª, de 21-1-1997, R.A. 623), pues «el perjuicio para la trabajadora viene determinado (...) precisamente por la no percepción del salario, de tal modo que el lucro cesante equivale al salario dejado de percibir. Y eso significa que los perjuicios aparecen perfectamente justificados a la vista del módulo salarial» (STS, Sala 4.ª, de 17-7-1990, R.A. 6415).

Según la jurisprudencia la cuantificación «obviamente, ha de ser la correspondiente a los salarios que, indebidamente, dejó de percibir (el trabajador), en cuanto ganancia dejada de obtener, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.106 del Código Civil» (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 27-10-1988, R.A. 8167, que recoge la doctrina sentada por las de la misma Sala de 22-6-1985, R.A. 3448; 13-2 y 19-4-1986, RR.AA. 756 y 2207, y 24-1-1987, R.A. 123).

Sin que proceda el incremento del 10%, argumentando para ello la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 18-5-1987, (R.A. 3727) que aquel incremento, al que le otorga unas consecuencias «en cierto modo sancionadoras», tiene por finalidad la protección del salario no satisfecho y no una indemnización de daños y perjuicios «pese a ser idéntica la cuantía».

Bien que «cuando la reclamación de daños y perjuicios se contrae a período en que actúa la mora, mas ésta sigue con posterioridad a aquélla, nada impide una subsiguiente petición en orden a la reparación de los después causados, sin que la sentencia que resolviera la primera extendiera sus efectos de cosa juzgada para (...la) segunda reclamación» (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 5-11-1990, R.A. 8548).

Evidencia cuantificadora del daño que no parece de recibo, pues la morosidad obliga al deudor moroso a la indemnización de los daños y perjuicios, artículo 1.101 del Código Civil, que se sigan del tardío cumplimiento, y que comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, artículo 1.106 del Código Civil, según las reglas de la responsabilidad civil contractual.

No sólo se trata de lucro cesante, sino también del daño emergente, por lo que pueden traerse a colación, bien que sólo ejemplificativamente, los daños de naturaleza inmaterial indicados en relación con el despido, esto es, las pérdidas de oportunidades de ejercitar la actividad profesional, o de prestigio e imagen en el mercado de trabajo, que también deberán ser indemnizados.

La jurisprudencia, anclada en esa limitada apreciación de los daños y perjuicios indemnizables, limitados a los salarios dejados de percibir, resolvió contradictoriamente la cuestión del comienzo del *dies a quo* para el cálculo de aquella indemnización.

Efectivamente una determinada doctrina, (SSTS, Salas 6.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, de 17-10-1984, R.A. 5289; 28-2-1989, R.A. 960; 19-4-1986, R.A. 2207; 26-6-1990, R.A. 5523, y 14-3-1995, R.A. 2170), entendía lo siguiente, según el resumen de la última de las sentencias citadas:

- «1) Se presume que la reincorporación tardía del trabajador excedente da lugar a una indemnización de daños y perjuicios;
- 2) La cuantía de la indemnización se cifra en principio en los salarios dejados de percibir a causa de la conducta de incumplimiento de la empresa desde la conciliación o reclamación administrativa previas a la reclamación judicial, o desde esta última fecha si por una u otra razón no se ha interpuesto antes;

- 3) Corresponde al trabajador la acreditación de daños y perjuicios que considere se han producido; y
- 4) Corresponde al empresario la acreditación de los hechos impositivos de las indemnizaciones reclamadas».

Otra jurisprudencia (SSTS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 11-12-1989, R.A. 9529; 17-7-1990, R.A. 6415; 21-2-1992, R.A. 1047; 14-5-1993, R.A. 4098 y 17-10-1995, R.A. 7774), venía manteniendo una posición muy diferente. En términos de la última de las sentencias citadas:

«(Establecido) que la empresa tenía la obligación de readmitir al trabajador cuando se ha producido la primera vacante de su categoría siempre que sea posterior a su inicial solicitud de reingreso (...) habiendo incumplido la empresa tal obligación por causa a ella imputable en ese momento, es a partir del mismo cuando se inicia el *dies a quo* para el cómputo de la indemnización por lucro cesante prevista en los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil; y no a partir de la presentación de la papeleta de conciliación previa».

En unificación de aquella contradictoria jurisprudencia resuelve la indicada STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 21-1-1997 (R.A. 623), que precisa la genérica conclusión antes aludida en los siguientes términos:

- 1) «A tenor del mencionado artículo 1.100 no parece dudoso que, en supuestos en que a la fecha de petición del reingreso existiera vacante idónea disponible, tal momento habría de serlo en la indicada fecha, dado que en ella ya era exigible la obligación y la petición evidentemente constituía interpelación eficaz».
- 2) Pero si «la vacante se produjo con posterioridad a la fecha en que fue presentada la petición de reingreso (...) la indicada fecha no debería actuar como *dies a quo* en tanto que en la misma no estaba cumplida la *conditio iuris* a la que la ley subordina el nacimiento de la obligación empresarial (...) haciendo necesaria interpelación posterior al cumplimiento de la referida *conditio iuris*, cual sería la papeleta de conciliación o la reclamación previa, intentada como trámite para la evitación del proceso».

Explicando la meritada resolución judicial la solución adoptada de la siguiente manera:

«Porque la petición de reingreso efectuada en momento en que no existe vacante idónea disponible, aun cuando ciertamente demuestra la voluntad del excedente para el que finaliza el período que abarca esta situación de que quede alzada la suspensión que pesa sobre su contrato de trabajo, no constituye, sin embargo, interpelación eficaz para cons-

tutuir a su empresario en mora, dado que en tal momento el derecho al reingreso no es aún exigible, por lo cual dicha interpelación no debe generar los efectos resarcitorios que derivan de lo dispuesto en el citado artículo 1.100 en relación con el artículo 1.101, también del Código Civil».

Y añadiendo que «la petición de reingreso, aun cuando en función de la buena fe y lealtad recíproca, debe dar lugar a que el empresario proporcione al trabajador que recaba información la de las vicisitudes de su plantilla que le afecten -información que también puede obtener de la representación unitaria o sindical- no ha de producir, sin embargo, un desplazamiento de la responsabilidad en la gestión del propio interés que exima al trabajador de efectuar interpelación que fuera apta para generar la mora, por realizarse cuando la obligación es exigible el incluir ofrecimiento de puesta a disposición para la prestación de servicios, eludiendo con esto último lo que dispone el último párrafo del (...) artículo 1.100 con relación a las obligaciones recíprocas».

La conclusión a la que llega la STS a la que se acaba de aludir, para cuando no existiera plaza vacante idónea a la fecha en que el trabajador solicita la reincorporación, ha sido objeto de una seria crítica en el Voto Particular que a la misma efectúan cinco Magistrados de la Sala.

Entienden los Magistrados discrepantes que «el trabajador excedente cumple con su obligación una vez que preavisa al empleador que, finalizado el período de excedencia, quiere volver a ocupar vacante de igual o similar categoría a la plaza que abandonó con motivo de la excedencia, dejando así, manifiesta y expresamente declarada su voluntad de reingreso "desde el mismo momento" en que la vacante exista, "sin que por lo tanto puedan exigírsele actos reiterativos de esta declaración de voluntad, firmemente exteriorizada, de reincorporación a la vacante que "hubiera" o se "produjera", es decir que "hubiera" en el momento del preaviso o se "produjera" después».

Afirman aquellos Magistrados que «es, de contrario, el empleador -deudor de trabajo, desde que se ha cumplido la condición de existencia de vacante- quien incumple una obligación prefijada legalmente, por lo que, incluso aunque se considerase que el "preaviso" no equivale a "intimación", habría de estimar la pretensión del trabajador, por aplicación de lo establecido en el artículo 1.100, apartado 1.º, del Código Civil, (...), sí que habría que considerar que esta comunicación -que evita la extinción del contrato de trabajo- comporte, legalmente, la obligación del empleador de llamarle al trabajo cuando se cumpla la condición de existencia de la vacante en el organigrama de la empresa».

Por ello entienden que la actitud del empresario incumpliendo su obligación, «fronteriza con el dolo», determinaría que, por aplicación del artículo 1.100 apartado segundo 1.º del Código Civil, la fecha que debe tomarse de referencia, es la de la existencia de la vacante, («el derecho expectante o sometido a condición de existencia de vacante, se convirtió en puro y exigible desde que ésta tuvo lugar»).

Según el Voto Particular «vincular el efecto indemnizatorio del incumplimiento del empleador a la fecha de la reclamación del trabajador, supone primar y favorecer la transgresión e incumplimiento de la obligación asumida. Conductas irregulares o exorbitantes del trabajador respecto al resarcimiento pueden ser examinadas y corregidas a través de otras instituciones jurídicas, pero la concreción de perjuicios, no puede desconocer que el incumplimiento de la obligación de que derivan, sólo es imputable al deudor empresario».

En el que se advierte de lo siguiente: «No debe confundirse incumplimiento de la obligación con sus consecuencias resarcitorias», y de que siendo el empresario el único incumplidor «no se debe "endosar" al trabajador ninguna clase de incumplimiento inicial de aquella obligación contraída por el empleador de reintegrar al trabajador en la primera plaza idónea vacante que se produzca».

Así como de que «otra cuestión diferente, aunque con causa en el incumplimiento, es el alcance y extensión de la indemnización. Esta hipotética demora o tardanza en el ejercicio de la acción por el trabajador pudiera, en su caso, tener repercusión en el estricto campo indemnizatorio, pero este resarcimiento, constituye otro problema que ha de resolverse, bajo los principios de que es el Tribunal quien tiene la facultad para apreciar, como cuestión de hecho, (...), y aplicando incluso, el principio neutralizador o compensatorio de culpas».

#### IV. INDEMNIZACIONES DERIVADAS DE LA NULIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO

##### 1. El contrato de trabajo nulo y anulable. Aspectos generales.

La nulidad del contrato de trabajo puede ser absoluta o radical, «entendiéndose entonces como negocio nulo, aquel cuya ineficacia es intrínseca, es decir, cuya carencia de efectos negociables ocurre sin necesidad de previa impugnación del negocio» [F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid 1985 (reimpresión), pág. 471], son los inexistentes, imperfectos y prohibidos, cuya nulidad e ineficacia definitiva, determina su carácter no confirmable. Frente a esa categoría está la de los negocios anulables, cuando se incide en los supuestos del artículo 1.301 del Código Civil, son contratos con eficacia «claudicante» no *ipso iure* como en los nulos absolutamente (*vid.* F. DE CASTRO, *opus cit.*, págs. 475, 498 y 504-509).

La terminología empleada en la normativa reguladora no es feliz, «es muy imprecisa, por eso se ha discutido si cuando en dichos artículos se habla de nulidad, ha de entenderse la misma como de inexistencia contractual, de nulidad *ab radice* o de simple anulabilidad. Dicha cuestión, ya prácticamente ha sido solventada por la doctrina y por una casi constante jurisprudencia de esta Sala» (STS, Sala 1.ª, de 27-2-1997, R.A. 1332).

El contrato de trabajo que incida en alguno de los vicios determinantes de aquellas nulidades sigue el régimen establecido con carácter general en nuestro Derecho (para un estudio completo de los elementos esenciales y accidentales del contrato de trabajo en M. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo*, Barcelona 1987, págs. 367 a 399) bien que con algunas especialidades cuando concurre el error *in personam* o en las cualidades personales del trabajador, así como con especiales modos de extinguir semejante relación jurídica (*Vid.* M. ALONSO OLEA y M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, págs. 198-199).

## 2. El contrato de trabajo parcialmente nulo.

En la nulidad parcial del contrato de trabajo se «acoge con toda amplitud y como regla general el principio de subsistencia del contrato» (M. ALONSO OLEA y M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, págs. 200-201; F. DE CASTRO, *opus cit.*, págs. 494-495; siendo ejemplo de ello la STS, Sala 6.<sup>a</sup>, de 24-10-1978, R.A. 3789).

## 3. La nulidad absoluta del contrato de trabajo.

Donde es peculiar el régimen del contrato de trabajo es en la nulidad absoluta. Según una importante doctrina «frente a la regla clásica de que "lo que es nulo no produce ningún efecto" la legislación laboral establece que la nulidad del contrato de trabajo sólo surge efectos *ex nunc*, esto es, desde el momento de su declaración hacia el futuro, y no *ex tunc*, es decir, hacia el pasado (...). Evidentemente, es cierto que se está ante una relación extracontractual, (...). Pero la extracontractualidad de la relación no conduce sin más a negar su carácter jurídico y a conceptuarla como una relación de hecho; si la relación de trabajo fundada en un contrato nulo recibe eficacia jurídica hacia el pasado (confirmándose los efectos producidos y los derechos pendientes) es porque así lo quiere la Ley, basándose en "razones de equidad y motivos prácticos"» (A. MONTOYA MELGAR, *opus cit.*, pág. 275).

Otra importante doctrina entiende que lo que se diseña legalmente en el artículo 9.º 2 del Estatuto de los Trabajadores es una «indemnización que evite el enriquecimiento sin causa de la otra parte, que ya ha hecho suyos los frutos del trabajo prestado; se aminoran o desaparecen así los efectos típicos de la nulidad o invalidez» (M. ALONSO OLEA y M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.* pág. 199).

Ciertamente parece que se estaría ante una «*condictio* de prestación, que se da cuando el desplazamiento patrimonial o el enriquecimiento (la obtención del lucro, en definitiva) se ha producido en virtud de -o por la vía de- una prestación» (L. DÍEZ-PICAZO, *La doctrina del enriquecimiento injustificado*, Madrid 1987, págs. 98-99).

Se dan los elementos requeridos por aquella teoría del enriquecimiento, esto es, «un aumento patrimonial ocurrido conscientemente y (...) una actividad o comportamiento realizado con la finalidad de ejecutar un plan jurídico-obligatorio» (L. DÍEZ-PICAZO, *opus cit.*, pág. 99), y admitido que «en el caso de las condiciones por prestación existe un principio general implícito que impone que los desplazamientos patrimoniales sólo sean jurídicamente definitivos y eficaces cuando obedezcan a prestaciones enderezadas a la consecución de finalidades lícitas, reales y existentes» (L. DÍEZ-PICAZO, *opus cit.*, pág. 113), no cabe duda que el empresario se ha enriquecido injustamente con la prestación del trabajador.

El enriquecimiento injusto, conviene precisar, «figura jurídica de antigua raigambre en nuestro Derecho (...) es una creación totalmente jurisprudencial, que a través de numerosas sentencias, (...) ha construido dicha figura como una atribución patrimonial sin causa y que debe reunir ineludiblemente los siguientes requisitos:

- a) Un enriquecimiento por parte de una persona, representado por un aumento de su patrimonio o una no disminución del mismo,
- b) Un empobrecimiento de otra persona, como consecuencia de lo anterior, constituido por un daño positivo o por un lucro cesante,
- c) La inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de este principio de derecho» (STS, Sala 1.ª, de 25-9-1997, R.A. 6440).

El enriquecimiento injusto al que venimos aludiendo se limita a la remuneración por el trabajo que ya se hubiere prestado, siempre que no hubiera sido ya satisfecha. Lo cual supone que no se extiende a las utilidades derivadas para el empresario del trabajo prestado. Esto es una consecuencia inherente a la ajenidad del contrato de trabajo («la ajenidad refiere a la "utilidad patrimonial del trabajo"», M. ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid 1994, pág. 51).

Lo cual tiene consecuencias importantes, pues posibilita afirmar el enriquecimiento de quien percibe remuneraciones, en base a un aparente contrato de trabajo, que se declara nulo, sin ser trabajador, excluyendo el enriquecimiento injustificado del trabajador en todo caso por las remuneraciones percibidas [«trabajo por cuenta ajena es aquel del que en todo caso se deriva para el trabajador un salario al quedar los resultados (los frutos) transferidos a la empresa», T. SALA FRANCO y otros, *Derecho del Trabajo*, Valencia 1997, pág. 219].

El enriquecimiento injusto explica además otra consecuencia que se produce en el ámbito laboral. Como al contrato de trabajo nulo, efectuada la prestación por el trabajador, siempre se le asocia el efecto del enriquecimiento injusto, es preciso el ejercicio de la acción de nulidad, se trata de uno

de esos supuestos en que el ejercicio de la acción de nulidad «es inevitable», pues la prestación misma del trabajo genera una «apariencia de validez», lo que no excluye que la acción siga siendo meramente declarativa (como indica F. DE CASTRO, *opus cit.*, pág. 475), debiendo ejercitarse también la acción de enriquecimiento injustificado.

Acción de enriquecimiento injustificado, «*condictio* de prestación» que, en este caso, habida cuenta de la determinación legal del límite del enriquecimiento, tiene efectos semejantes a la restitutoria [vid. F. DE CASTRO, *opus cit.*, págs. 481 y 484, que indica: «quien recibe algo indebidamente, por ello mismo (art. 1.895), y por la declaración de nulidad (art. 1.303), tiene la obligación de restituir»].

Lo expuesto en los párrafos que anteceden explica la afirmación, efectuada por la doctrina laboralista, de que «se deja a las partes el ejercicio de la acción de nulidad» (M. ALONSO OLEA y M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, pág. 136).

Debe resaltarse el paralelismo de las acciones de nulidad y de enriquecimiento injustificado con las acciones de nulidad y de restitución, así como la autonomía y la compatibilidad entre aquellas acciones y la de responsabilidad por los daños y perjuicios que se hubieren causado al trabajador (Vid. L. ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, Madrid 1994, pág. 126 y sigts., bien que, como indica en la pág. 118, «la anulación provoca una acción de restitución que, a efectos prácticos, se puede confundir con una acción de responsabilidad»).

Un supuesto ya clásico de nulidad radical o absoluta es el de los contratos de trabajo concluidos por extranjeros, que carecen de los preceptivos permisos de residencia y trabajo o los tienen caducados. El contrato de trabajo es nulo, con las consecuencias antes señaladas (SSTS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 14-5 y 1-9-1986, RR.AA. 3359 y 7218; 9 y 13-1-1987, RR.AA. 285 y 421; 6-5-1988, R.A. 4069, 9-5-1988, R.A. 4074; 10-4 y 18-7-1989, RR.AA. 2832 y 5932 y 5-3-1990, R.A. 1861; Sala 4.<sup>a</sup>, de 11-11-1996, R.A. 7935). Si el permiso o la prórroga se han solicitado, la nulidad del contrato se producirá desde que aquél o aquélla fueren denegados (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 15-3-1989, R.A. 2414).

Excepción a lo dispuesto en el artículo 9.º 2 del Estatuto de los Trabajadores son los contratos de trabajo nulos por ilicitud de la causa o por ser su objeto la prestación de servicios contrarios a las leyes o a la moral, [la alusión de la causa ilícita o torpe en los arts. 1.305 y 1.306 del Código Civil, no los excluye de la sanción de nulidad absoluta (vid. F. DE CASTRO, *opus cit.*, pág. 500). «Supuestos ambos en que, conforme al del Código Civil, artículos 1.305 y 1.306, (...), se sanciona la torpeza de quien ha prestado los servicios negando la acción de repetición o de enriquecimiento» (M. ALONSO OLEA y M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, pág. 200)].

Como indica la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 25-3-1991, (R.A. 1898), «lo prohibido, según las normas de libertad sindical (...) son las decisiones unilaterales del empleador en perjuicio de los derechos sindicales del trabajador, pero la tutela efectiva de estos derechos fundamentales no puede alcanzar, obviamente, a quien trata de prevalerse de su condición de Presidente del Comité de Empresa para

obtener un aprovechamiento personal, pues en otro caso se produciría la paradoja de que, quien participó voluntariamente y libremente en un acto -que se considera atentatorio a la libertad sindical- obtuviera un título que le facultara a pedir una indemnización, olvidando la "compensación" del artículo 1.306 del Código Civil en el supuesto de que exista "causa torpe" por ambos contratantes».

Tampoco debe considerarse existente el enriquecimiento en los supuestos, no poco frecuentes, de simulación absoluta de contrato de trabajo. «Con la simulación absoluta no se crea sino una apariencia negocial (...), el negocio jurídico carece de causa (...), por lo que adolece de la falta del elemento esencial del negocio jurídico, que expresa el núm. 3 del artículo 1.261 del Código Civil» (STS, Sala 1.ª, de 21-10-1997, R.A. 7178 y la abundante jurisprudencia que en ella se cita).

Y el enriquecimiento injustificado se vincula con la equidad, lo que no es posible efectuar en el supuesto de simulación absoluta, al tratarse de un negocio carente de causa (pues como indica la STS, Sala 1.ª, de 25-9-1997, R.A. 6440, «tanto se entienda la equidad como un concepto de derecho natural, como una manifestación del principio de igualdad, o como moderación de la norma jurídica o como manera de solucionar contiendas judiciales; es el *substratum* o fundamento de la figura jurídica constituida por el enriquecimiento injusto»).

Los efectos propios de la nulidad absoluta excluyen cualquier posible referencia al despido. Pero la previsión legal de una determinada indemnización para el supuesto de nulidad del contrato y su explicación a través de la teoría del enriquecimiento injustificado no determinan que sin haber existido prestación de trabajo, no pueda deducirse ninguna otra responsabilidad por daños derivados del negocio nulo o que aquel resarcimiento por el enriquecimiento injusto habido excluya la posibilidad de cualquier otra indemnización por daños y perjuicios, ex artículo 1.902 del Código Civil, que, en todo caso, había de limitarse al «interés negativo».

Indica la STS, Sala 4.ª, de 17-7-1990, (R.A. 6416), que el actor «no puede plantear como lesión resarcible la pérdida de un puesto de trabajo que le fue atribuido irregularmente. El daño indemnizable no surge de esta pérdida, que es una consecuencia de la nulidad y que no implica privación de ningún derecho. Por el contrario, (...), la obligación de indemnizar habría de vincularse a la propia contratación en la medida en que ésta hubiera originado determinados perjuicios -como la realización de gastos o el cese en un empleo anterior-». Fundamentando el deber de indemnizar en *culpa in contrahendo* por parte del empresario (sobre la *culpa in contrahendo*, H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Barcelona 1987, pág. 72).

Ciertamente en el negocio nulo «la ineficacia se refiere a los propios efectos negociales y no se ha de entender como si lo nulo no hubiere existido. El negocio nulo, como acto, puede originar responsabilidad por daños» (F. DE CASTRO, *opus cit.*, pág. 479).

Supuesto singular es el contemplado en la STS, Sala 6.ª, de 2-10-1984, (R.A. 5213), referido a la conclusión de un contrato de trabajo por cuenta de una futura entidad mercantil, según la sentencia se concluyó «a nombre» de tal inexistente entidad. La sentencia trata el asunto como un con-

trato de trabajo celebrado por persona a designar, lo cual no es irreprochable, pues el contrato debió ser considerado nulo (no cabía tener al «representante» por empresario y contraparte, habida cuenta de la inexistencia de la entidad mercantil, la cual además nunca llegó a constituirse; *vid.* M. ALBALADEJO, *Derecho Civil*, T. I, vol. 2.º, Madrid 1991, págs. 446-447).

La Sala, en aquella sentencia, entendió que el demandado (el «representante») debía «responder de las obligaciones asumidas, fundamentalmente ofrecer un centro de trabajo a los actores; y no habiéndolo hecho así es claro que éstos no pueden prestar los servicios convenidos, por lo cual el demandado viene obligado al resarcimiento de daños y perjuicios».

#### 4. La anulabilidad del contrato de trabajo.

Diferente a la nulidad absoluta es la anulabilidad del contrato de trabajo, que se contrae a los supuestos del artículo 1.301 del Código Civil. Al ser el contrato de trabajo un negocio jurídico bilateral, la asunción de los «derechos y obligaciones contenidas en él, exige el consentimiento libremente prestado y concurrente de los contratantes» (STSJ del País Vasco de 11-11-1997).

Bien entendido que el contrato de trabajo contrariando la prohibición de trabajar de los menores que establece el artículo 6.º del ET es radicalmente nulo (T. SALA FRANCO y otros, *opus cit.*, pág. 323).

Punto en el que ha de tomarse en consideración que el estudio de la capacidad en el ámbito laboral «no puede hacerse al margen de las categorías del derecho común» (J. MONTALVO CORREA, *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Madrid 1975, pág. 260).

Debiendo precisarse que «siendo el de trabajo un contrato *intuitu personae* (...) lo invalida el error *in personam* propio, error en cuanto a la identidad, conforme al Código Civil, artículo 1.266 (...y que) el error en cuanto a las calidades personales, en cambio, sólo es invalidante si las mismas son razonablemente exigibles, y efectivamente exigidas, para el trabajo a prestar» (M. ALONSO OLEA y M.ª E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, pág. 198).

El negocio anulable «es plenamente eficaz, pero, por haberse celebrado con determinados defectos, está amenazado de destrucción, con la que se borrarían retroactivamente los efectos producidos (...) mientras no se impugna es un negocio válido» (M. ALBALADEJO, *opus cit.*, pág. 472-473).

La anulación tiene eficacia retroactiva, pero admite limitaciones, singularmente cuando éstas se basan en la buena fe (*vid.* F. DE CASTRO, *opus cit.*, pág. 508), debiéndose conceptuar el artículo 9.º 2 del ET como un supuesto de limitación de aquella retroactividad para los contratos de tra-

bajo anulables, en estos supuestos la eficacia de la acción, declarativa, de anulación es *ex nunc*, y los salarios son debidos como tales y en esa condición (como indica A. MONTOYA MELGAR, *opus cit.*, pág. 275).

Además «cuando la invalidez existe y es oponible, puede perjudicar a quien confió en la validez (...) en tal caso (...) debe aplicarse el artículo 1.902 (...en el ámbito del contrato de trabajo se aplicará el límite antes citado del artículo 9.º 2 del ET, pero sí podrá aplicarse el artículo 1.902 del Código Civil, para otros daños y perjuicios), habiendo lugar a la indemnización del perjudicado cuando:

- 1.º La apariencia de validez permita razonablemente confiar en ella y efectivamente se haya confiado.
- 2.º La defraudación de aquella confianza, como consecuencia de la invalidez, produzca un perjuicio, y
- 3.º Tal invalidez se haya ocasionado por conducta culpable» (M. ALBALADEJO, *opus cit.*, págs. 483-484; con precisión para la concurrencia de dolo vicio, L. ROJO AJURIA, *opus cit.*, pág. 121).

Aquella indemnización «alcanzará sólo al llamado "interés negativo" o "interés de confianza" (...). Éste se obtendría de comparar la situación provocada por la invalidez con la que existiría si hubiese validez y se cumplieren los efectos del negocio; aquél resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada, si no se hubiese celebrado el negocio o hubiese conocido desde un principio su invalidez, con la situación actual en que tal parte se encuentra» (M. ALBALADEJO, *opus cit.*, pág. 484).

La pérdida del empleo y la situación de desempleo ha de tomarse en consideración al objeto de calcular la indemnización en el supuesto de vicio determinante de anulabilidad (aun cuando pueda considerarse dudoso para los supuestos de nulidad absoluta).

## **V. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO DE «COM-PROMISO DE RELACIÓN LABORAL»**

### **1. El «compromiso de relación laboral».**

El estudio de la promesa de contrato ha de realizarse desde los patrones comunes de los tratos preliminares, el precontrato, y la oferta de contrato. La vaguedad de aquella expresión debe reconducirse con precisión a alguna de las citadas situaciones jurídicas.

Ciertamente la promesa unilateral como categoría autónoma, generadora de obligaciones, no cabe en el ámbito del contrato de trabajo, por más que históricamente hubiera tenido cabida en determinados aspectos relativos al cumplimiento de una relación laboral preexistente, así en las SSTs de 6-6-1908 y 27-6-1914 (*vid.* P. SALVADOR, «Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una justa causa», *RDP*, julio-agosto 1978, págs. 673-674).

Se indica que no existe despido sino «un incumplimiento que da lugar a la acción de resarcimiento de daños y perjuicios del artículo 1.102 del Código Civil (...pues) lo concertado entre las partes, más que un contrato de trabajo perfecto y completo lo fue de un convenio preparatorio y de ensayo que permitía variarlo o desistirlo (...) pero que en último extremo supondría un incumplimiento de contrato (...con) la correspondiente acción de daños y perjuicios» (STS, Sala 6.ª, de 3-1-1967, R.A. 300).

## 2. Tratos preliminares.

Ciertamente en el *iter* formativo del contrato de trabajo ha de considerarse «si ha existido un verdadero contrato entre las partes o si por el contrario se trataba de gestiones encaminadas a realizarlo sin que éste llegara a existir», de tal manera que si lo único que hubiera existido fuera «negociación y contactos que en ningún caso implicaron la emisión de un verdadero y propio consentimiento», no puede alegarse incumplimiento contractual «ni reclamación de daños y perjuicios que traen causa exclusivamente del incumplimiento inexistente» (STS, Sala 1.ª, de 10-6-1996, R.A. 4754; sobre tratos previos o preliminares *vid.* A. MONTOYA MELGAR, *opus cit.*, pág. 303).

Lo que no excluye que «si no ha habido precontrato de trabajo, pero sí actividad o actitud de la que surgiera la creencia razonable de que iba a haberlo, se genera la responsabilidad aquiliana del Código Civil, artículo 1.902, si los requisitos de éste se dan» (M. ALONSO OLEA y M.ª E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, pág. 211).

## 3. El precontrato de trabajo.

Distinto es el supuesto del precontrato de trabajo y tal figura debe admitirse tal como afirma la STS, Sala 4.ª, de 15-3-1991, R.A. 4167.

Efectivamente, según aquella resolución jurisprudencial, «aunque no contiene el Estatuto una regulación del precontrato de trabajo, la posibilidad de concertarlo debe ser admitida. El silencio de dicha norma ha de ser suplido, a tenor del artículo 4.º 3 del Código Civil, por lo previsto en las disposiciones de éste, que, en su artículo 1.255 y concordantes, admite una amplia libertad contractual que permite que las partes se comprometan a un ulterior otorgamiento de contrato, mediante una oferta en tal sentido aceptada».

Como indica la STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 25-6-1993 (R.A. 5384): «La doctrina científica viene estudiando la figura del contrato preliminar bajo dos puntos de vista, el que pudiera calificarse de tradicional, entendiéndose que el precontrato es un contrato en sí mismo, por virtud del cual las partes quedan obligadas a celebrar en un momento posterior un nuevo contrato». Según esa posición más tradicional, añade la misma sentencia: «Esta obligación de contratar cuyo objeto consiste en la futura prestación de un nuevo consentimiento contractual, en esencia es una obligación de hacer, o más concretamente, una prestación de emitir en el futuro una declaración de voluntad; acto estrictamente personal y no coercible directamente, debiendo su incumplimiento traducirse en una indemnización de daños y perjuicios». Continúa la misma resolución jurisdiccional: «La otra posición doctrinal más moderna, entiende, que el precontrato es ya un contrato completo, y al no tratarse de una obligación de contratar en el futuro se contrae más bien una obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo, fijándose en el mismo unas líneas directrices, o unos criterios básicos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior». Por ello, precisa la sentencia: «Se afirma por los defensores de esta teoría, que en el precontrato existe ya todo el contrato principal o definitivo, pero en germen, en síntesis, debiendo contener sus líneas básicas y todos los requisitos exigidos para la validez del llamado contrato futuro», llegándose a la conclusión de que cabe el cumplimiento forzoso del precontrato y que en el mismo «puede sustituirse la voluntad del obligado por la del Juez, circunscribiéndose el derecho a la indemnización para el supuesto en que el contrato no se pueda cumplir» (participaba ya en la posición señalada como más moderna la STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 13-12-1989, R.A. 8824).

La jurisprudencia laboral se mantiene en la doctrina más tradicional, indicando que «el precontrato, debe contener los datos esenciales del contrato al que se ordena y las bases necesarias para determinar todos los elementos del futuro pacto y así su incumplimiento no significa que el Juez deba constreñir a la prestación de un consentimiento futuro y que por inejecutable ha de traducirse en la indemnización de daños y perjuicios» (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 23-5-1988, R.A. 4271).

En el caso resuelto por la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 15-3-1991, R.A. 4167, se indicó:

- «a) El ofrecimiento de incorporación al Instituto para trabajar en el mismo, efectuado por quien tiene facultades para representar, (...), constituye un acuerdo válido, que obliga a su cumplimiento a tenor del artículo 1.254 y concordantes del Código Civil, susceptible de ser calificado de precontrato;
- b) Existe incumplimiento del mismo en cuanto la Fundación se aparta de lo convenido negándose a la ratificación del contrato por causa no imputable al trabajador;
- c) Existe también una relación de causalidad entre dicho incumplimiento y los daños y perjuicios causados al trabajador consistente en su traslado con su familia y enseres a (...);

- d) Ha cuantificado el juzgador de instancia estos daños y perjuicios en las sumas (...) indicadas».

Como indica la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 23-10-1986, (R.A. 5889), «el contrato preliminar no se puede identificar con el de celebración posterior... ni engendra otra obligación que la de prestar a éste el consentimiento por quienes a ello se ligaran y cuyo incumplimiento si se da (...) podrá producir el efecto de resarcimiento de perjuicios, que deberán ser acreditados tanto en su existencia como en su cuantía (...) y no (...) una resolución de contrato que no llegó a nacer con la indemnización señalada para el despido improcedente».

Tiene razón la sentencia que se acaba de referir en que no procede aludir a un despido por el incumplimiento de un precontrato, pero no se plantea (bien que tampoco se pidió), la posibilidad de sustituir la voluntad del empresario rebelde al cumplimiento. Consecuentemente entiende la Sala que en caso de incumplimiento del precontrato se debe la indemnización de daños y perjuicios pertinente (del mismo parecer son M. ALONSO OLEA y M.<sup>a</sup> E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, pág. 210).

Sin embargo, la solución acertada es la acorde con la doctrina más moderna, antes citada, por lo que la voluntad del empresario rebelde ha de entenderse que puede ser sustituida por el Juez de lo Social y la negativa posterior del citado empresario a incorporar al trabajador a la organización empresarial, debe considerarse constitutiva de un despido, expreso o tácito, con las consecuencias inherentes al mismo, y que en definitiva se puede resolver, a criterio del empresario (salvo supuestos excepcionales), en una indemnización de daños y perjuicios.

Cuando se produce un procedimiento de selección de una Administración Pública, «es lo cierto que (...) no resulta que quedara concluido un contrato originador de una específica relación laboral entre las partes, pero sí que ya existía una relación jurídica prenegocial equivalente a un precontrato de trabajo, que participa de la naturaleza laboral, modalidad posible en nuestro derecho, originador de culpa *in contrahendo*, caso de incumplimiento» (Auto del TS, Sala de Conflictos de Competencia, de 16-12-1994, R.A. 10589, en el mismo sentido el de la misma Sala de 15-12-1994, R.A. 10590).

La circunstancia de que la mayoría de los empresarios sean personas jurídicas, más concretamente sociedades capitalistas, determina que no sea frecuente que devenga imposible el cumplimiento del contrato por circunstancias afectantes al empresario, habida cuenta de la naturaleza del contrato de trabajo, no obstante lo cual sí ha de considerarse la cuestión de la posible ilegalidad sobrevenida del contrato, lo que no es infrecuente en el ámbito laboral (*vid.* L. DÍEZ-PICAZO, «La muerte y la incapacidad sobrevenida del oferente», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, T. IV, Madrid 1996, pág. 486 y sigs.).

## VI. EL *ITER* CONTRACTUAL. CONSECUENCIAS EN ORDEN A LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑOS Y PERJUICIOS. LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN EL CONTRATO DE TRABAJO SOMETIDO A CONDICIÓN

### 1. La formación sucesiva del contrato de trabajo. Consecuencias indemnizatorias.

El *iter* contractual, del que eventualmente pueden formar parte tanto los tratos preliminares como el precontrato (como indica la STS, Sala 4.ª, de 23-5-1988, R.A. 4271), se entiende finalizado cuando se produce la concurrencia de la oferta y la aceptación.

«Desde el momento mismo en que las partes -empresario y trabajador- consienten en obligarse, quedan obligados. Y su obligación, así creada, se extiende, desde entonces «no sólo al cumplimiento de lo pactado (...) sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley» (M. ALONSO GARCÍA, *opus cit.*, págs. 406-407).

Lo cual no tiene que ocurrir instantáneamente sino que puede acontecer sucesivamente.

Efectivamente, «la publicación de una convocatoria de concurso para la cobertura de determinadas plazas de oficial de mantenimiento en la que pueden participar personas ajenas a la compañía, supone para éstos una oferta de contrato de trabajo, que desde el momento en que es conocida por quienes pudieran estar interesados, queda perfeccionada, pues contiene todos los elementos necesarios para un futuro contrato (los que constan en el anuncio están regulados por el Convenio Colectivo y demás normativa aplicable) y sólo requiere la aceptación de la otra parte» (STSJ de Madrid de 23-3-1992, R.A. 1633).

Incluso en el caso en que la conclusión del contrato estuviese sometida a condición, esto es, en que «no basta su simple declaración de voluntad, manifestada en la solicitud de participar en el concurso», sino que es preciso cumplir las condiciones exigidas por la convocatoria para acreditar su idoneidad respecto del puesto de trabajo», cuando aquéllas se hubieren cumplido «se entiende que el contrato quedó perfecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.261 del Código Civil y están facultados para exigir su cumplimiento según lo dispuesto en los artículos 1.258 y 1.278 del mismo cuerpo legal, ya que lo contrario supondría dejar la validez del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, contraviniendo lo establecido en el artículo 1.251 del Código Civil» (STSJ de Madrid de 23-3-1992, R.A. 1633).

### 2. Indemnizaciones de daños y perjuicios en el contrato de trabajo sometido a condición.

El cese del trabajador en el supuesto en el que se hubiera cumplido la condición ha de calificarse de despido, con las consecuencias inherentes al mismo, cuestión sólo en parte diferente es la negativa del empresario a la conclusión del contrato de trabajo por entender que no se ha cumplido

la condición, en tal caso podrá discutirse tal extremo, pero una vez declarado que se ha producido la condición, y ésta es suspensiva, el contrato es perfecto, como indica la sentencia últimamente citada, y el cese ha de calificarse de despido.

Bien que de la misma naturaleza del contrato de trabajo resulten reservas en orden a la eficacia retroactiva que, con carácter general, nuestro ordenamiento atribuye al cumplimiento de la condición, «hasta el punto de tener que aceptarse justamente lo contrario» (M. ALONSO GARCÍA, *opus cit.*, pág. 394).

El sometimiento del contrato de trabajo a condición resolutoria parecería posible, siempre que no se tratase de la fijación de un término, directa o indirectamente, pues las modalidades de contratos de duración determinada y temporales están legalmente tasadas.

La posibilidad de establecer condiciones resolutorias en los contratos de trabajo, contraría la «estabilidad en el empleo», principio que ha venido constituyendo, en una perspectiva histórica, la razón de ser de todo el Derecho del Trabajo (L.E. DE LA VILLA y M.C. PALOMEQUE, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Madrid 1977, pág. 794 y sigts., e *Introducción a la Economía del Trabajo*, Vol. I, Madrid 1982, pág. 767 y sigts.).

La circunstancia que acabamos de citar determina que aquellas condiciones deban tenerse por no puestas en cuanto contrarias a Derecho (*vid.* M. ALONSO GARCÍA, *opus cit.*, pág. 393), y si se pretendiese la resolución del contrato en base a una tal condición, habría de calificarse de despido.

## VII. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR CESE DEL TRABAJADOR QUE CONCLUYÓ UN CONTRATO DE TRABAJO QUE NO FUE EJECUTADO

Supuesto singular, en el que «se está, (...), ante un contrato de trabajo ya celebrado, pero cuya ejecución no ha tenido lugar» (G. BARREIRO GONZÁLEZ, «Contrato de trabajo celebrado y no ejecutado. Cese del trabajador e inexistencia del despido», *La Ley* de 28-1-1992, pág. 3).

Indica, de manera poco clara, la STS de 21-2-1991, R.A. 859, que «en los supuestos de rescisión unilateral del contrato de trabajo por voluntad del empresario», cabe diferenciar «los casos de despido de los de incumplimiento contractual, admitiendo la existencia de unos u otros según sean las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos».

En el caso objeto de la Sentencia de 21-2-1991, citada, la Sala entendió que se había producido «un incumplimiento contractual, al no haberse consumado o ejecutado el contrato laboral concertado entre las partes, pues la prestación de servicios no se inició ni se hizo efectiva en ningún momento». Consecuentemente consideró que aquel incumplimiento había originado «evidentes perjuicios al actor, al ser el contrato, luego incumplido, la causa por la que éste cesó voluntariamente en la empresa en la que venía trabajando con anterioridad».

Con más confusión en la STS, Sala 6.<sup>a</sup>, de 3-1-1967, (R.A. 300), se indica respecto del contrato de trabajo que «su rescisión o falta de ejecución por parte del demandado no supone un despido, sino un incumplimiento que da lugar a la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios (...) pues no todo incumplimiento de contrato de trabajo tiene que ser necesariamente calificada de despido».

Como se indica en la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 17-11-1987, R.A. 8007, «superada ya la llamada doctrina "relacionista" que entiende que las obligaciones de las partes no derivan del contrato sino del hecho de la ejecución del trabajo o de la incorporación a la empresa, se afirma la idea de que el contrato de trabajo es un contrato consensual, un negocio jurídico dirigido a crear un vínculo obligacional entre los contratantes, que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades, por el mero consentimiento de trabajador y empresario, de lo que se infiere que el contrato y la relación de trabajo no son términos antagónicos, sino complementarios, siendo el contrato el origen y la relación el contenido».

Sin embargo la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 30-4-1991 (R.A. 3396), no se mantiene en la misma línea y no obstante reconocer que «existía un contrato, y un contrato cuyo carácter consensual no se discute», afirma que por no haber el trabajador prestado sus servicios para la empresa «es preciso concluir que no tuvo el actor en ningún momento relación laboral con alguna de las empresas demandadas».

Afirmándose en la sentencia que acaba de citarse que «ese contrato sólo concedía acción en principio, para exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la parte contraria, supuesto el cumplimiento de las propias. Es decir, y por lo que al trabajador se refiere, a la ocupación efectiva, a la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida y a las demás obligaciones del empresario que como derechos del trabajador se establecen en (...) del ET» (STS de 30-4-1991, R.A. 3396).

De negarse el empresario al cumplimiento de aquellas obligaciones, tal actitud debiera calificarse de despido, expreso o tácito, que resulta ser una forma de extinción del contrato de trabajo, genérica (el despido «no es más que una resolución contractual», según la STC 27/1993, de 25-1, BJC núm. 142, que no se confunde ni se limita al disciplinario. Calificarlo constituye un problema estrictamente valorativo («aplicar determinadas valoraciones jurídicas a unos hechos concretos», en términos de la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 18-3-1991, R.A. 1870).

La circunstancia de que se trate de una resolución unilateral del contrato de trabajo, y que no necesite ser causal (admitiéndose jurisprudencialmente el denominado despido libre, STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 9-4-1990, R.A. 3498), significa que el empresario puede llevar a efecto cualquier resolución inmotivada del contrato de trabajo, sin que a la postre pueda imponérsele el cumplimiento del contrato por el trabajador, salvo los supuestos del despido nulo o de representantes de los trabajadores o sindicales y aquellos otros en los que por Convenio Colectivo tenga el trabajador el derecho de opción.

No obstante la opción jurisprudencial parece otra y anclada en la teoría reduccionista, no califica estas extinciones unilaterales del empresario de despidos, resultando de esta manera «resoluciones contractuales atípicas», pues no entrando en la categoría, ya de por sí anómala, del despido, no entran, desde luego, en la de resolución de las obligaciones bilaterales del artículo 1.124 del Código Civil (*vid.* T. OGAYAR AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral*, Pamplona 1983, pág. 64 y sigts.), literalmente se deja en manos de una de las partes contratantes la disponibilidad del vínculo contractual.

Ha de concluirse, por no poderse considerar que aquella doctrina admite la ruptura de la teoría general en materia de contratos y obligaciones, que la jurisprudencia presupone, para estos casos, implícito en el contrato de trabajo, un pacto por el que el trabajador concede al empresario la disponibilidad sobre el contrato en tanto no se inicia la prestación del trabajo, bien que con las consecuencias indemnizatorias por daños y perjuicios que resulten pertinentes, conforme a la regulación general de los mismos (comprendidos del *damnum emergens* y del *lucrum cessans*).

Al no estar los daños legalmente tasados ni poderse aplicar las previsiones indemnizatorias del despido analógicamente, ni prevenirse otras consecuencias negativas para el trabajador, vinculadas ineludiblemente a la ruptura del vínculo contractual, «es imprescindible que se justifique la existencia real de los daños y perjuicios alegados (...) y cuando éstos se refieren a la ganancia que se haya dejado de obtener, (...), debe probarse que realmente se han dejado de obtener y por tanto no han de ser dudosos ni contingentes, debiendo ser, por otra parte, consecuencia necesaria del incumplimiento» (T. OGAYAR AYLLÓN, *opus cit.*, pág. 112).

## VIII. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS POR LA FALTA DE EJECUCIÓN COMPLETA DE UN CONTRATO DE TRABAJO

En aquellas relaciones laborales (especiales) en las que la relación laboral es, necesariamente, de duración limitada en el tiempo, en las que el contrato de trabajo se concierta, en todo caso, necesariamente, por tiempo cierto, se plantea la posible indemnización de daños y perjuicios por la falta de ejecución total del contrato.

Efectivamente como indica la STS, Sala 4.ª, de 19-7-1990, (R.A. 6437), «es cierto que el artículo 1.124 del Código Civil, al que se remite el artículo 10.4 del Real Decreto 1435/1985 (Artistas) en los supuestos de incumplimiento que conlleve la inexecución del contrato, establece que el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución, con el resarcimiento de los daños y el abono de los intereses en ambos casos, y que, según el artículo 1.106 del mismo Código, la indemnización comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor».

La cuestión se centra en el montante de aquellos daños y perjuicios, pudiéndose cuestionar si se han de fijar precisamente en los salarios que se hubieran percibido si efectivamente se hubiere ejecutado el contrato. Tema que requiere acudir a la doctrina general existente respecto de las obligaciones recíprocas.

Ha de recordarse que la alusión del artículo 1.124 del Código Civil a «resarcimiento de daños y abono de intereses», se ha equiparado, por una reiterada jurisprudencia a indemnización de daños y perjuicios, en una interpretación concorde con el artículo 1.101 del Código Civil.

Según la STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 19-7-1990, antes citada, «en este tipo de obligaciones el valor objetivo de cada prestación no coincide con el interés de la parte que ha de recibirla, pues ésta queda a su vez exonerada de la que debía realizar en cumplimiento de sus obligaciones, lo que disminuye aquel valor en términos reales de interés dentro de la economía del contrato. Ello crea una especial dificultad en la determinación de los perjuicios en esos casos obligando a una ponderación a la vista de las circunstancias concurrentes en cada supuesto».

A ello se añade que «esos daños y perjuicios no son consecuencia necesaria del incumplimiento contractual, ni están ineludiblemente ligados a éste» (T. OGALLAR AYLLÓN, *opus cit.*, pág. 111). Ha de probarse la concurrencia de los mismos, tanto del *damnum emergens* como del *lucrum cessans*. Los daños han de ser reales y los perjuicios no pueden ser dudosos ni contingentes.

No pueden presumirse los daños y perjuicios causados en los salarios dejados de percibir, ni siquiera acreditando la imposibilidad o las dificultades para encontrar otro trabajo, pues «el que la demandante tuviera dificultades para encontrar un nuevo empleo en el período inicialmente contratado no equivale a que el perjuicio producido por la resolución haya de concretarse necesariamente en la retribución fijada en el contrato resuelto (...), debiendo señalarse además que el juzgador de instancia ha valorado sin duda la limitación del tiempo de presencia de la actora en el mercado de trabajo fijado como compensación a esa limitación la indemnización que se concreta en su fallo» (STS, Sala 4.<sup>a</sup>, de 19-7-1990, R.A. 6437).

## IX. INDEMNIZACIONES POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN SUPUESTOS ESPECÍFICOS

### 1. Daños psíquicos.

Imputada a la empresa responsabilidad por la agravación de la enfermedad psíquica de un trabajador temporal, por no darle ocupación efectiva, la STSJ de Madrid de 24-4-1996 (AL núm. 32, pág. 1.281), tras afirmar que «la declaración fáctica de la sentencia recurrida es correcta al precisar que no resulta acreditado que la empresa hubiera intentado perjudicar al trabajador durante el tiempo de vigencia del contrato; esta apreciación no hace más que descartar cualquier antecedente que,

derivando de la voluntad del empresario, hubiera sido causa generativa del mal psíquico que ahora acusa el actor y en el que se apoya la acción indemnizatoria de daños y perjuicios», resuelve lo siguiente:

«La acción de indemnización de daños y perjuicios, (...), exige que el mal grave que aqueja al demandante, según refleja la revisión fáctica efectuada por el mismo, tenga su causa en la conducta que la empresa observó en él. La aplicación del artículo 1.101 del Código Civil exige que se dé una clara relación de causalidad, pues aun no admitiendo que los síntomas se hubieran presentado antes del ingreso en la empresa, nada hace sospechar que los avatares de ésta incidieran en el mal padecido. La presencia de un *stress* laboral grave no es atribuible a la empresa con la que tenía concertado un contrato temporal, que, además concluyó en su día».

## 2. Denegación del reingreso a trabajador declarado no inválido.

En los supuestos de incapacidad temporal, seguidos de un procedimiento de invalidez, cuando aquél termina con declaración de inexistencia de aquella contingencia, el empresario está obligado a readmitir al trabajador en el puesto de trabajo, en otro caso le causa un evidente perjuicio.

Efectivamente, siendo los hechos que el trabajador se encontraba en incapacidad temporal, que el alta médica fue impugnada por el empresario, que el alta fue sustituida por propuesta de invalidez permanente, que la resolución administrativa declaró que el trabajador no se hallaba afecto de ningún grado de invalidez, y que el empresario se negó a readmitir al trabajador, se resolvió, (STS, Sala 4.ª, de 9-4-1990, R.A. 3437), lo siguiente:

- «a) Que si bien no se advertía en tal conducta empresarial "un propósito de cometer un abuso de derecho o un fraude de ley (...), sino la de desconocer los legítimos derechos del trabajador.
- b) Por ello resultaban "de aplicación (...) los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil, pues con su conducta pasiva de no readmitir al trabajador demandante en su puesto de trabajo le ha ocasionado un perjuicio".
- c) Que "con arreglo al (...) artículo 30 del Estatuto de los Trabajadores, debe cifrarse en el importe de los salarios dejados de percibir.
- d) Porque en el (...caso enjuiciado) quedó demostrado el perjuicio sufrido por el actor a consecuencia de la conducta observada por la empresa».

### 3. Retardo en el «nombramiento».

Cuando se produce un retraso en el «nombramiento» de un determinado trabajador «no cabe duda en la analogía con la situación del artículo 30 del ET que viene a particularizar el principio del artículo 1.102 del Código Civil sobre indemnización de daños y perjuicios (...) la reticencia del INSA-LUD causó perjuicio indudable al trabajador por lo que, no habiéndose acreditado que durante el tiempo reclamado el actor percibiera emolumento alguno, debe otorgársele la cantidad reclamada como "lucro cesante"» (STS, Sala 4.ª, de 26-1-1990, R.A. 222).

Justificando su decisión, la sentencia mencionada, en que «tal tipo de indemnización ha sido reconocida en supuesto de denegación indebida al reingreso de excedentes voluntarios y en ofertas de empleo, cuando contra lo previsto no se otorga un puesto de trabajo».

La STSJ de Madrid de 23-3-1992, R.A. 1633, ya citada, también puede traerse a colación por cuanto entiende que publicado un concurso para la cobertura de unas determinadas plazas de oficial de mantenimiento, el no proceder el empresario al nombramiento o contratación, una vez que el trabajador hubiere superado las pruebas establecidas en el concurso, es tanto como dejar en manos de una de las partes la disposición del vínculo contractual. Por la misma razón el retardo en aquel nombramiento o formalización del contrato haría al trabajador acreedor a una indemnización por los daños y perjuicios para él derivados de esa mora empresarial.

### 4. Denegación de jubilación anticipada.

Según la STS, Sala 4.ª, de 23-4-1992, (R.A. 2672), «el empleador ante la creencia de que el artículo 80 del Reglamento de empresa era ineficaz, no ha accedido a la petición de jubilación pretendida por los trabajadores con apoyo en dicho artículo, y no ha adoptado una mera actitud pasiva con ánimo dilatorio, sino que, inmediatamente después, ha interpuesto demanda de conflicto colectivo en solicitud de declaración judicial de carácter declarativo sobre la eficacia del precepto reglamentario, cumpliendo con su prestación, y accediendo, en consecuencia, a la petición de jubilación del demandante, tan pronto como la sentencia de instancia, recaída en aquel proceso, le fue adversa».

Continuando la indicada resolución judicial «así, pues, declarados probados tales hechos en el relato histórico (...), mal puede concluirse que concurra en el supuesto litigioso el tipo de incumplimiento legal (mora, contravención al tenor de la obligación), y el criterio de imputación (dolo o culpa) que constituyen presupuestos generadores de la obligación de indemnizar el daño».

La argumentación jurídica de la sentencia para denegar el derecho a la indemnización de daños y perjuicios pedida, pasó por la estimación de que el mero retardo en el cumplimiento de la obligación no equivale a mora, artículo 1.100 del Código Civil, sino que éste ha de ser culpable, o incluso grave (SSTS, Sala 1.ª, de 16-12-1968, R.A. 5862; 18-11-1983, R.A. 6488 y 9-6-1986, R.A. 3298).

## 5. Indemnización por acoso sexual.

Sin hacer cuestión de las posibles indemnizaciones derivadas de la comisión, por el empresario u otro trabajador/a, del delito de acoso sexual, regulado en el artículo 184 del Código Penal, nos limitamos a la violación por el empresario del derecho, «básico», de los trabajadores/as, al «respeto a su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas (...) de naturaleza sexual», artículo 4.º 2 e) del ET.

Tomando como punto de referencia la recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 27-11-1991, para el concepto mismo de acoso sexual (comportamientos basados en el sexo, contrarios a la dignidad del trabajador/a, cuando dicha conducta es indeseada, irrazonable y ofensiva, si la negativa de sometimiento a la misma tiene efectos sobre las condiciones de trabajo, o si tal conducta crea un entorno humillante, intimidatorio u hostil para quien es objeto de la misma) se trata de considerar si estando en presencia del mismo el trabajador/a tiene derecho a una indemnización.

Previo a ello se ha de destacar la competencia de los Jueces y Tribunales del Orden Social para conocer de tales cuestiones.

Efectivamente, como se indica en la STSJ de Galicia de 14-1-1998, «en la actualidad el vigente Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral en su artículo 181, ya recoge con toda claridad que "las demandas de tutela de los demás Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del Orden Jurisdiccional Social (...) lo que hace el artículo 2 de esta Ley (...) se tramitarán conforme a las disposiciones establecidas en este Capítulo"».

Y continúa: «precepto que obliga a que la tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas que se ejercen en el ámbito de las relaciones jurídico-laborales, sea ante los órganos del Orden Jurisdiccional Social, incluida la reparación de las consecuencias derivadas del acto lesivo, incluida la indemnización que procediera (art. 180 de la LPL), teniendo que ser parte demandada, la persona causante de la lesión, aun teniendo la condición de trabajador».

La violación de tal derecho del trabajador/a, siendo cometido el acoso sexual por el empresario o por otro trabajador/a, dependiente del mismo empresario, constituye a éste en responsable ante el trabajador/a que ha sufrido el acoso, bien como violación directa del contrato de trabajo, ex artículo 4.º 2 e) del ET, bien por la vía del artículo 1.903 del Código Civil (susceptible de aplicarse al ámbito de las infracciones contractuales) o incluso del artículo 1.902 del Código Civil.

De aquella violación contractual se pueden derivar daños y perjuicios para el trabajador/a, además de poder, aquel trabajador/a, solicitar la resolución del contrato de trabajo.

Si el trabajador pide al Juez de lo Social la resolución del contrato de trabajo, por el mismo se fijará la indemnización por los daños y perjuicios, de todo orden, que le hubieren sido causados, en la cuantía legalmente tasada (idéntica que para el despido declarado improcedente).

No obstante, se ha señalado que la limitación de los daños a la cuantía de tal indemnización tasada «debe ceder si, como ocurre en el acoso sexual, la resolución del contrato se sustentaba en un incumplimiento empresarial constitutivo de discriminación al trabajador» (J.F. LOUSADA AROCHENA, «La protección jurisdiccional en el orden social frente al acoso sexual en el trabajo», *Actualidad Aranzadi* de 16-1-1995 suplemento, pág. 3).

Propugnándose la existencia de dos indemnizaciones diferentes, la dimanante de la resolución del contrato de trabajo, y la referente a los daños y perjuicios derivados del acoso sexual para salvar el rigorismo de la indemnización tasada legalmente (J.F. LOUSADA AROCHENA, *opus cit.*, pág. 3).

Solución propuesta que no es de difícil viabilidad, a pesar de los términos del sistema jurídico positivo vigente. Puede plantearse la procedencia del ejercicio, primeramente, en una perspectiva cronológica, de la acción indemnizatoria por los daños y perjuicios, materiales y morales, causados y derivados del acoso sexual sufrido, y posteriormente el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 50 del ET con la correspondiente indemnización que se tasa por la ley.