

TRABAJO EFECTUADO POR:

JUAN CARLOS ARCE

Técnico de la Seguridad Social

ACCÉSIT PREMIO *ESTUDIOS FINANCIEROS* 1996

Sumario:

- I. Introducción y justificación de este estudio.
 - 1. Un mismo fundamento y dos tipos de extinción.
 - 2. Indefinición y alta filosofía.

- II. El despido por causa económica objetiva. Concepto y características propias.
 - 1. La prueba de la necesidad. Dificultad de una prueba de futuro.
 - 1.1. Quiebra de la necesidad y suficiencia de lo razonable.
 - 2. La prueba de contrario: una ruptura de la conexión.

3. Situación negativa. Concepto.
4. Control judicial y concreto trabajador afectado.

III. El despido por causa económica objetiva. Forma y efectos.

1. Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.
 - 1.1. Finalidad.
 - 1.2. Expresión de la fecha.
2. Puesta a disposición del trabajador de la indemnización legalmente establecida.
 - 2.1. Concepto.
 - 2.2. Percepción y firma.
 - 2.3. Error en la cuantía.
 - 2.4. Excepción al requisito de puesta a disposición.
3. El plazo de preaviso y la licencia horaria.
4. Obligación de entregar copia del escrito de preaviso a los representantes legales para su conocimiento. Una redacción legal confusa.
5. Subsanción.
6. Crítica de la nulidad por defectos de forma.

IV. Impugnación del despido por causa económica. Solución del conflicto.

1. Solución extrajudicial.
2. Solución judicial.
 - 2.1. Caducidad.
 - 2.2. Calificación del despido.
 - 2.3. Salarios de tramitación.
 - 2.4. La nulidad.

V. Ejecución provisional de la sentencia.

1. Ejecución provisional de la sentencia que declara el despido improcedente.
2. Ejecución provisional de las sentencias que declaran la nulidad del despido.

Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN DE ESTE ESTUDIO

El artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) señala que el contrato de trabajo podrá extinguirse «cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto a que se refiere este apartado». Esta novedad de la reforma de 1994 es una de las claves del arco de la flexibilización de la extinción del contrato que lleva a cabo la Ley 11/1994.

1. Un mismo fundamento y dos tipos de extinción.

La remisión que el artículo 52 c) ET hace al artículo 51.1 ET en cuanto a las causas que provocan la necesidad de amortizar puestos de trabajo es, en realidad y rigurosamente, una remisión a las causas mismas del despido colectivo: «económicas, técnicas, organizativas o de producción». Por tanto, esta extinción contemplada en el artículo 52 c) no es más que un despido colectivo que no llega a serlo por razón exclusiva del número de trabajadores afectados. Así, el despido (1) que autoriza este último artículo guarda una íntima relación con el despido colectivo que autoriza el artículo 51. Ambos se fundan en las mismas causas y se diferencian tan sólo en el número de trabajadores afectados y en el procedimiento. Mientras que el colectivo mantiene el requisito de la autorización laboral y la apertura de un período de consultas, el despido contemplado en el artículo 52 c) se lleva a cabo por la sola voluntad resolutoria del empleador, aunque también pueda afectar a una pluralidad de trabajadores.

(1) A lo largo de este estudio usamos el término «despido» en un sentido amplio, incluyendo en su concepto las extinciones del contrato de trabajo. Es cierto que existe, en puridad, un criterio diferenciador entre la extinción y el despido y que el ET elude llamar despido a la extinción contemplada en el artículo 52. Sin embargo, la acepción ha ganado fuerza general y el matiz no es realmente apreciado en el lenguaje común. Valga por tanto la convención que aquí se establece y valgan, en adelante, ambos términos, para referirnos indistintamente a la decisión del empresario de dar por terminada una relación laboral con base en las causas económicas del artículo 52 c) ET.

2. Indefinición y alta filosofía.

Las causas del artículo 51.1 ET, esto es, las causas del artículo 52 c) ET, no están definidas en la ley. Lo que la norma establece son, en realidad, los efectos que tales causas producen. Ello provoca que no exista forma legal de conocer la concurrencia de la causa si no se estudia su existencia mediante la presencia de su efecto. Este sistema de conocimiento no es, desde luego, el más idóneo en Derecho, acaso sí en la filosofía, pero no en el terreno seguro del Derecho. Dicho de otro modo, el legislador, cuando establece las causas que autorizan la extinción, les da un nombre. Pero tal denominación -«económicas, técnicas, organizativas o de producción»- no encierra realmente una definición. Por ello, sin duda, el legislador añade: «Se entenderá que concurren las causas a que se refiere el presente artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa...». Esto es tanto como decir que existe la causa de despido cuando el despido mismo produce unos efectos que, por lo demás, siguen siendo indeterminados. «*Superar una situación negativa*» es la consecuencia del despido y si esta consecuencia se produce, existe la causa. Por más que parezca que en estas líneas hemos abandonado el Derecho Laboral para introducirnos en la filosofía fenomenológica alemana, es lo cierto que el juego combinado de los artículos 52 c) ET y 51.1 ET vienen a establecer que se está en presencia de una causa de extinción de la relación laboral cuando se pueda anticipar razonablemente que va a producirse un hecho que se define como efecto de dicha causa. Por ello se impone la necesidad de realizar un estudio como el presente, que delimite hasta donde sea posible los problemas que tales referencias legales han suscitado, y siguen suscitando, con especial atención a los pronunciamientos judiciales sobre la materia.

II. EL DESPIDO POR CAUSA ECONÓMICA OBJETIVA. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS PROPIAS

Ya se ha dicho que, dentro de las causas objetivas que el artículo 52 c) ET señala, se encuentran las económicas, que por remisión al artículo 51.1 ET se entiende que concurren cuando el despido contribuye a superar una situación económica negativa de la empresa. Dos son los elementos fundamentales que se dan cita en esta aproximación legal a la existencia de la causa. Por un lado, la expresión «*contribuir a superar*» y, por otro, el concepto «*situación económica negativa*», si bien, el propio artículo 52 c) establece, además, la «*necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo*».

Contribuir es aportar. Así, pues, la medida extintiva debe, en efecto, ayudar a superar la situación negativa, descartándose, por tanto, aquellas extinciones que empeoren la situación o sean ino cuas. Pero, además, la ley usa el verbo «superar» y no usa, muy significativamente, el de «mejorar». La distinción no es sólo un ejercicio de semántica, sino el dato revelador de que la medida extintiva cabe sólo cuando forma parte de una verdadera voluntad de refluotamiento de la empresa, no como una sola medida aislada que simplemente paliará o retrasará la crisis completa. De hecho, la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994 señala que la finalidad de la reforma es proteger el empleo existente

y fomentar la creación de nuevo empleo y no la de destruir el que existe por lo que, como advierte la sentencia del *TSJ del País Vasco* de 4 de abril de 1995, «no caben interpretaciones amplias en una materia que supone, por su propia naturaleza, la pérdida de puestos de trabajo».

1. La prueba de la necesidad. Dificultad de una prueba de futuro.

La necesidad objetiva de amortizar puestos de trabajo no puede entenderse más que con arreglo a su propia definición, esto es, resulta necesario lo que es imprescindible, no lo que es simplemente útil o conveniente. Por ello, lo que el despido objetivo persigue no es en rigor la extinción de la relación laboral, sino que ésta sería, más bien, la consecuencia de otra necesidad anterior: la desaparición del puesto de trabajo. Esta idea impide, por tanto, la posterior contratación de otro u otros trabajadores, aun con salarios más bajos, para ocupar el puesto de trabajo del despedido. Lo contrario, como han puesto de manifiesto algunas sentencias, entre ellas la de 27 de junio del *TSJ de Castilla La Mancha* equivaldría a «amortizar al trabajador». Sin embargo, la desaparición del puesto de trabajo no exige, necesariamente, la desaparición de las funciones que dicho puesto tenía asignadas. La sentencia del *TSJ de Castilla y León* de 29 de noviembre de 1994, entre otras, señala que «lo que exige el artículo 52 c) es la necesidad objetivamente acreditada de amortizar un puesto de trabajo, no la desaparición de funciones, que pueden ser realizadas por otros trabajadores». En este mismo sentido ya venían pronunciándose los tribunales con anterioridad a la reforma. Tal es el criterio, por vía de ejemplo, de la sentencia del *Tribunal Supremo* de 17 de abril de 1986.

1.1. Quiebra de la necesidad y suficiencia de lo razonable.

Uno de los problemas que enfrenta este tipo de extinciones de la relación laboral es precisamente la prueba de esa necesidad, que, por supuesto, incumbe al empleador que adopta la decisión de despedir. Piénsese que la situación negativa de la empresa es, en realidad, un hecho a la postre constatable, en tanto que la contribución del despido a superar la situación negativa es una mera previsión sobre la que no es posible fundar certidumbre alguna. Por tanto, la prueba de que el despido contribuirá a superar la situación negativa es una prueba de futuro que no puede ser sostenida previamente a la realización de los supuestos efectos de la medida extintiva. Ningún empresario -en rigor, absolutamente nadie- podrá probar que la amortización del puesto de trabajo contribuye a superar la situación negativa. Podrá probarse, eso sí, que existe una expectativa razonable de que vaya a ser así. Pero el efecto de la amortización aún no se ha producido cuando se enjuicia la medida extintiva. En este sentido, la sentencia del *TSJ de Cataluña* de 16 de mayo de 1995, señala que «la prosperidad de la extinción contractual a que se refiere el artículo 52 c) en relación con el 51 ET, cuando se trate de causas económicas exige la concurrencia de dos requisitos:

- a) Existencia de una situación negativa.
- b) Que la medida adoptada contribuya a superarla.

El primero de los requisitos es un hecho pretérito y presente. Como tal, susceptible de prueba plena y su carga incumbe al empresario cuando la medida es cuestionada judicialmente. El segundo requisito ya no es un hecho. Es una previsión de futuro. Sobre una previsión no puede exigirse la misma contundencia en la prueba que respecto de hechos pretéritos. Bastará acreditar la existencia de una razonable expectativa de que la amortización de los puestos de trabajo contribuirá a superar la situación negativa».

El anterior pronunciamiento judicial es, en realidad, la forzada consecuencia de lo que se dijo en la introducción de este estudio. Se acreditará la causa cuando pueda ponerse de manifiesto que los efectos del despido contribuyen a superar las consecuencias de una situación negativa de la empresa. La dificultad probatoria y la difícil constatación de esos efectos antes de producirse -que es realmente lo que revela la existencia de la causa- no puede salvarse sino mediante la interpretación de que la necesidad de amortizar existe si el despido sirve razonablemente al fin que persigue. Por tanto, la expresión legal «necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo» pierde contundencia y fuerza para pasar a ser, en realidad, una fórmula que en la práctica viene a significar «razonabilidad».

Sobre la razonabilidad de que el despido sirva al fin que lo autoriza, se pronuncia claramente la sentencia del *TSJ de Castilla y León* de 7 de febrero de 1995, cuando señala que «...dicha explotación sigue una trayectoria descendente en sus resultados desde 1992, que ha arrastrado los resultados totales de las restantes actividades de la empresa, por lo que el despido del actor, uno de los tres empleados que últimamente atendían dicha explotación, ha de calificarse de medida objetivamente concausal para neutralizar al menos en parte tales resultados sin que pueda exigirse para su adecuación a la norma habilitante que tal eficacia sea decisiva o superadora *per se* de la situación deficitaria, ya que tal relevancia no la exige la norma, bastando que razonablemente contribuya a tal fin, pues exigir conexión causal adecuada, supondría hacer inoperante la norma, ya que difícilmente la sola minoración de los costes salariales que el despido supone, podrá garantizar la refluación de empresas deficitarias si sobre ellas inciden factores externos como son los que condicionan el mercado ganadero (...) pero lo que sí permitirá es la subsistencia de la granja y con ella de los restantes puestos de trabajo, fin perseguido por el legislador, sin que sea exigible que haya de mantenerse a toda costa dicho puesto, siendo soportado por el conjunto de la empresa, con el riesgo de hacer desaparecer todos ellos».

2. La prueba de contrario: una ruptura de la conexión.

Si el trabajador afectado por la medida extintiva impugna el despido en vía jurisdiccional mediante la impugnación misma de la causa (aparte las denuncias formales que pueda invocar), sólo podrá basarse en:

- a) Negar la situación de crisis.
- b) Admitirla, pero negar que el despido contribuya a superarla.

Cualquiera de estas dos actitudes, tomadas una a una o conjuntamente, se encaminan, precisamente, a poner de manifiesto, a revelar en sede judicial que la amortización del puesto de trabajo no es objetivamente necesaria. El trabajador que impugna así su despido deberá argumentar su demanda mediante la impugnación misma de las cuentas de la empresa que son, en realidad, la prueba fundamental que el empresario articula para acreditar su decisión resolutoria. Ello implica que el trabajador, para no resultar afectado por un desequilibrio en las posiciones procesales, debe tener acceso a los datos contables de la empresa, muy probablemente, o, en la mayor parte de los casos, elaborados en el interior de la propia empresa. La defensa del trabajador, por tanto, ha de construirse sobre unos datos económicos que, en principio, le son ajenos y que desconoce. Es preciso señalar que la imagen fiel de la situación de una empresa se transmite al mundo jurídico y mercantil a través de la información financiera que proporcionan sus libros mercantiles y que, en función de la actividad, del tamaño, de las dimensiones de la empresa, será necesario acudir al análisis conjunto del balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la declaración del Impuesto de Sociedades, la memoria económica y, en los casos en que se trate de una sociedad anónima, también al informe de gestión. Naturalmente, a tales documentos mercantiles cabe asignarles el valor probatorio que les concede el artículo 31 del Código de Comercio, que, a su vez, remite al 1.228 del Código Civil. Pero, desde luego, el valor probatorio no será otro que el que los propios tribunales les concedan, haciendo prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad.

Bien es cierto que el trabajador que no se aquieta al despido puede promover demanda y hacer uso de las posibilidades que establece el artículo 77 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) en lo relativo al examen de libros y cuentas necesario para fundamentar su demanda. Sin embargo, en la medida en que es ese estado de cuentas lo que la empresa emplea para acreditar la situación negativa o de crisis por la que atraviesa, es lo cierto que su impugnación será difícil. Lo que el trabajador normalmente planteará no es que la crisis no exista, sino que su despido, la amortización de su concreto puesto de trabajo, no es objetivamente necesario para superar la crisis. Sólo la ruptura del vínculo de conexión entre su despido y la mejora de la situación podrá evidenciar falta de causa legítima para la extinción del contrato de trabajo. En este punto, vuelve a surgir la valoración de un hecho futuro sobre el que, lógicamente, no es posible exigir una acreditación completa. Se trata, nuevamente, de considerar si la medida extintiva producirá aquellos efectos que, de verificarse realmente, revelarían la existencia de la causa de despido. En este sentido, la sentencia del *TSJ de Castilla La Mancha* de 27 de octubre de 1995 señala que «la prueba de la conexión entre la causa y la medida adoptada sólo será posible por la vía de acreditar que la medida contribuye a salvar la situación económica negativa». Si se tiene en cuenta que la amortización de uno o más puestos de trabajo no revela, en términos generales, que la medida contribuya automáticamente a mejorar o superar la situación negativa de la empresa, sino que se inscribirá, normalmente, como una actuación que, «razonablemente» puede mejorar la situación, queda claro que para la prueba de su necesidad puede bastar la idea de que dicha amortización está «encaminada» a mejorar la situación, esto es, a conseguir los fines de la ley. Así se ha pronunciado, entre otras, la sentencia del *TSJ de la Rioja* de 21 de abril de 1995. Por su parte, la sentencia del *Tribunal Superior de Castilla La Mancha* de 27 de junio de 1995 añade que «el empresario no tiene que aportar una prueba absoluta de vinculación automática entre medidas y fines, sino sólo una conexión de razonabilidad».

3. Situación negativa. Concepto.

Lo que la ley pretende es hacer posible uno o varios despidos, atendidas las circunstancias de la empresa, para garantizar, precisamente, la supervivencia de la empresa y, por ello, el mantenimiento del resto de los puestos de trabajo y la actividad productiva misma. Por tal motivo, la ley exige que la empresa se encuentre en una situación económica negativa. Naturalmente, esta expresión legal no puede ser entendida más que a la luz de la existencia de pérdidas que, además, no sean previsiblemente coyunturales, sino que se hayan instalado en el resultado empresarial con vocación de permanencia y amenacen a la empresa misma. Por tanto, deben excluirse del concepto las situaciones transitorias y las que supongan disminución de los beneficios empresariales. La disminución de los beneficios empresariales, las pérdidas de cuota de mercado, la no consecución de los objetivos, incluso la recesión constatada, no están amparadas por la norma. La ley no pretende asegurar al empresario un nivel concreto de beneficios ni proteger el lucro empresarial. La ley busca la permanencia de la empresa y su competitividad, exigiendo, precisamente, que la situación protegible sea la «negativa», esto es, que se haya entrado en una senda de pérdidas de difícil o imposible recuperación si no se procede a la amortización de puestos de trabajo. Así, la sentencia del *TSJ de Cataluña* de 30 de junio de 1995 señala que, respecto a la causa económica, «debe ponerse el acento en un punto de equidistancia entre aquella situación asimilable a la protección del lucro empresarial en el que la medida se intentaría justificar por una transitoria disminución de beneficios o pérdidas esporádicas -posición no asumible porque no demuestra por ella misma que la extinción del contrato de trabajo mejore la competitividad y, por tanto, la conservación o creación de empleo- y por otra parte una situación de crisis importante (que a menudo imposibilita ya cualquier reflotamiento), pues, entre ambos extremos pueden registrarse situaciones intermedias, en principio aptas y bastantes para una extinción objetiva del contrato si se demuestra la seriedad y entidad de la situación de carácter económico negativo...». Por su parte, la sentencia del *TSJ de Andalucía* de 5 de julio de 1995 establece que la disminución de beneficios «no es situación económica negativa». En este mismo sentido, la sentencia del *TSJ de Cantabria* de 5 de diciembre de 1994, señala que «no se está ante una situación económica negativa cuando no se han producido pérdidas sino beneficios inferiores a anteriores ejercicios. No sólo ha de acreditarse el riesgo de subsistencia de la empresa y la relación de causalidad entre tal riesgo y el mantenimiento o la amortización del puesto de trabajo, sino la incidencia de esta última medida sobre el nivel de empleo».

4. Control judicial y concreto trabajador afectado.

La labor enjuiciadora de la jurisdicción laboral en la apreciación de la existencia de la causa económica de despido es un elemento de capital importancia. Piénsese que, según se ha dicho, en el centro de ese juicio se encuentra la vinculación entre la medida extintiva y la superación de la situación económica negativa. Siendo ello así, cabe preguntarse si el juez, admitiendo que la amortización de un puesto de trabajo incide en la disminución de los costes laborales de la empresa, puede, sin embargo, estimar que no concurre causa de despido porque la empresa puede realizar otros actos normales de gestión que producirían el mismo efecto que el despido.

En realidad, el juez no puede sustituir al empresario mediante la valoración de la medida más idónea para asegurar la pervivencia de la empresa. Sería absurdo que el juez admitiera que concurre la causa de despido, que se producirá el efecto perseguido y que, por tanto, la resolución extintiva es acertada y, sin embargo, declarar simultáneamente la ilicitud del despido a través de una elaboración intelectual o mercantil sobre lo adecuado que sería adoptar otras medidas antes que el despido. Así, no parece que sea competencia de la decisión judicial valorar si el empresario, antes de acudir al despido, podría idear un sistema de replotamiento de la empresa que incluyera la ampliación de capital o la adquisición de maquinaria, o la sustitución de determinados servicios ubicados en un centro de gasto para reordenarlos conjuntamente con otros distintos reduciendo así el coste de los primeros.

La sentencia del *TSJ de Galicia* de 28 de julio de 1995 señala en este sentido, con acierto, que «existe en la nueva regulación un margen de discrecionalidad empresarial basado en los principios de oportunidad y conveniencia. Quiere decirse que la revisión judicial del ejercicio de estas facultades por el empresario no puede llegar a suplantarlas hasta el punto de alcanzar el modo en que aquél debe dirigir su empresa». Así, pues, resulta claro que el control judicial no puede alcanzar la oportunidad de la medida extintiva, privando de efectividad la causa legal, cuando se considere que otras medidas pueden producir igualmente la superación de la situación negativa de la empresa.

Otra cosa distinta es que el órgano judicial pueda exigir que el despido sea la única medida adecuada de entre las que integran el ámbito normal de gestión de la empresa, de manera que la adopción de estas otras pueda, efectivamente, evitar el despido. Pero téngase en cuenta que nos referimos a medidas de *gestión normal*, no a aquellas otras que se encuentran dentro del ámbito de decisión del propio empresario. Es decir, el juez podrá negar la licitud del despido si encuentra que se están llevando temerariamente determinadas acciones, pero no podrá negar la licitud con base en que, a su propio juicio, el empresario podría, por ejemplo, intentar el concierto de determinados créditos, que son decisiones que exceden los actos de gestión normal.

En este sentido, entre otras muchas, la sentencia del *TSJ de Cataluña*, de 10 de octubre de 1995, en la que se establece que «el juicio que se exige al juzgador no puede llegar al extremo de declarar su ilicitud elucubrando sobre lo adecuado que serían otras medidas y menos aún si entre ellas se encuentra la adquisición de elementos industriales, pues naturalmente que toda inversión en maquinaria contribuirá a que la empresa sea más competitiva, pero esta decisión comporta la asunción de un riesgo importante, por lo que no puede ofrecerse por el órgano judicial como alternativa de futuro que haga improcedentes los despidos».

Por otra parte, también dentro del ámbito de decisión intransferible del empresario se encuentra la *elección del concreto trabajador afectado* por la medida extintiva. La adecuación de la conducta extintiva de la empresa a los mandatos legales no pasa por la justificación de que la elección del trabajador despedido deba ser razonada. Basta, por tanto, con que la empresa acredite la concurrencia de la causa, quedando dentro de la potestad empresarial el precisar de cuál de los trabajadores que ocupan los puestos amortizables puede prescindir. No puede olvidarse que el contrato de trabajo goza de la nota de las obligaciones establecidas *intuitu personae*, por lo que en modo alguno puede ser reprochable que el empresario pueda preferir a uno u otro trabajador en función de determinadas circunstancias legítimas como la calidad de la prestación, que es un elemento no discrimi-

natorio ante la necesidad de amortización de un puesto de trabajo. La sentencia del *TSJ de Cataluña* de 13 de septiembre de 1994 señala que «no viniendo establecido el orden de preferencia por norma convencional, debe ser respetada la decisión del empleador como una manifestación del poder de dirección y control de la actividad empresarial que el artículo 20 ET reconoce a su favor, cuando no se demuestra que esta decisión obedece a causa torpe, fraudulenta o discriminatoria».

Desde nuestro punto de vista teórico, si las causas del despido son, como se ve, de índole económica, y las funciones que realizan los trabajadores susceptibles de ser despedidos son idénticas y de la misma calidad, posiblemente habría que llegar a la conclusión de que quien ha de cesar es el trabajador que signifique una mayor carga económica, con independencia del carácter temporal o fijo de su relación laboral con la empresa.

No obstante lo anterior, es preciso recordar que el propio artículo 52 c) señala que los representantes legales de los trabajadores tendrán preferencia de permanencia en la empresa. En este sentido, la elección entre dos trabajadores de los cuales uno de ellos es representante legal, queda impuesta al empleador por ministerio de la ley. Así, la sentencia del *TSJ de Galicia* de 21 de julio de 1995, considerando un supuesto de despido objetivo, llega incluso a ratificar en suplicación la nulidad de un despido efectuado sobre quien se presentaba como candidato a las elecciones y no había, por tanto, adquirido aún la condición de representante.

III. EL DESPIDO POR CAUSA ECONÓMICA OBJETIVA. FORMA Y EFECTOS

El artículo 53 ET establece la forma y los efectos de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. La adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo que autoriza el artículo 52 c) ET exige el cumplimiento de determinados requisitos, cuales son la comunicación escrita al trabajador con expresión de la causa, la puesta a disposición del trabajador de la indemnización legalmente establecida y la concesión de un plazo de preaviso.

1. Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.

1.1. Finalidad.

La exigencia de comunicación escrita tiene como finalidad que el trabajador reciba la información que afecta a la extinción de su contrato de trabajo de manera que pueda tener ocasión de oponerse al despido y de reaccionar contra el mismo (2). La ley sólo exige que se exprese la causa, pero, como es lógico, no bastaría a la finalidad pretendida de permitir al trabajador la articulación y prepa-

(2) El fin específico de la comunicación escrita es que el trabajador tenga conocimiento fehaciente de la decisión empresarial y que pueda reaccionar a tiempo frente a la misma si cree que a él le asiste el derecho. (STSJ Navarra de 10-11-1995).

ración de su demanda que esa comunicación se limitara a expresar la causa simplemente. Por supuesto, cuando la ley dice causa, está diciendo en realidad que lo que el empleador debe señalar son los hechos que motivan el despido. De otro modo, la comunicación escrita no aseguraría los fines garantistas para los que se ha establecido. Así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Más recientemente, tras la reforma de 1994, el *TSJ de Castilla La Mancha* en sentencia de 27 de junio de 1995, viene a señalar: «La cita escueta de la causa produciría, sin duda, clara indefensión al trabajador, similar a la que se produce en los despidos disciplinarios si la carta se limita a recoger una de las causas enumeradas en el artículo 54. Y conocido de todos es el reproche jurisprudencial en tales casos». De ahí que el Tribunal Supremo haya declarado que debe entenderse que «la expresión causa utilizada en este precepto equivale a hechos, a los que se refiere el artículo 55, una y otra determinantes, en definitiva, de la garantía que la ley otorga al trabajador para que, si impugna el despido, lo haga con conocimiento de los hechos que se le imputan».

Más que imputaciones, propias del despido disciplinario, debe hablarse de razones objetivas, lo que obliga a exigir que el contenido de la carta sea inequívoco. Así, para mayor abundamiento, entre otras, puede señalarse la sentencia del *TSJ de Cantabria* de 1 de junio de 1995, en la que se dice que «la exigencia de expresión de la causa en la carta de despido es más ostensible en este tipo de despidos al carecer de relación con la conducta del trabajador y serle por tanto desconocida».

No sólo la expresión de los hechos es una norma en favor del trabajador, sino que también opera en relación con las posibles actuaciones del empleador en sede judicial, porque el artículo 105.2 de la LPL establece que para justificar el despido, al demandado no se le admitirá en juicio otros motivos de oposición a la demanda que los que figuren en la carta de despido, por lo que el empresario que quiera mantener firme su decisión extintiva ante la posible impugnación del despido habrá de concretar los hechos que lo justifican precisamente en esa comunicación escrita. El contenido de la carta de despido, por tanto, debe referirse a los hechos que motivan la decisión empresarial con la claridad suficiente como para que el trabajador pueda argumentar su defensa en la demanda (3). Pero esa claridad no exige que el empresario ponga a disposición del trabajador, en ese acto, toda la documentación sobre la que basa los hechos. Es decir, no se trata de que el trabajador pueda someter a examen la realidad exacta de la causa o de los hechos en que se funda el despido, sino de que pueda conocer cuáles son, dejando para un momento posterior la prueba de su realidad. Así, no es preciso que el empresario, al señalar los hechos, deba incorporar a la comunicación el balance detallado de la empresa o toda la cuenta anual de resultados. Pero sí es necesario, en cambio, que contenga la expresión de cuál es la situación de la empresa y de la conexión entre el despido y su contribución a mejorar la situación negativa (4).

(3) Es nula la comunicación que se limita a aludir genéricamente a razones de carácter económico graves sin manifestar las pérdidas sufridas ni contener ninguna indicación acerca de la relación entre tales pérdidas y la supresión del puesto (*STSJ Cantabria* de 1-6-1995).

Por contra, la *STSJ de Cataluña* de 20 de septiembre de 1995, considera que no es preciso que en la carta se expresen las cifras de pérdidas.

(4) Por otra parte, el trabajador puede hacer uso de lo dispuesto en el artículo 77 LPL respecto al examen de los documentos que sean imprescindibles para fundamentar su demanda. De ese modo, podrá acceder al examen de los libros y datos contables de la empresa para determinar la realidad de la situación de crisis que es causa de su despido. Sin embargo, el ejercicio de la posibilidad que ofrece el artículo 77 no es garantía bastante para un trabajador que debe articular su

1.2. Expresión de la fecha.

En cuanto a la expresión de la fecha de efectos del despido en la comunicación escrita, nada dice la ley. Es cierto que, como alguna doctrina ha señalado, el hecho de que se establezca un plazo de preaviso suple la determinación de la fecha en la comunicación del despido (5). Sin embargo, el plazo de preaviso puede ser sustituido por una indemnización y, en los casos en los que así se produzca, será difícil determinar la fecha exacta de los efectos y, por consiguiente, cuándo se inicia el plazo de caducidad de la acción del despido. Al no ser un requisito expresamente exigido por la ley, cabe su ausencia. Sin embargo, es claro que si se produce esta omisión, ello no puede aprovechar al empleador en la determinación de la caducidad de la acción, pues no debe favorecer la duda sobre los efectos, precisamente, a quien la produjo con la omisión de su señalamiento concreto. En todo caso, abundante jurisprudencia señala que una de las finalidades de la carta de despido, entre otras, es la de que el trabajador conozca el día a partir del cual se inicia el cómputo de la caducidad de su acción, por lo que si existe un claro propósito de que el despido se lleve a efecto de modo inmediato o existe una conducta inequívoca del empresario que señale la fecha de efectos, no será precisa su determinación en la carta, en la medida en que, en esos casos, resulta conocido el día en que se inicia el cómputo de la caducidad.

2. Puesta a disposición del trabajador de la indemnización legalmente establecida.

El artículo 53.1 b) señala que, simultáneamente a la comunicación escrita, debe ponerse a disposición del trabajador la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

2.1. Concepto.

Poner a disposición es una expresión clara y terminante. Significa que el trabajador, simultáneamente a la notificación escrita del despido, pueda disponer de la indemnización, esto es, llevarla a su poder con carácter inmediato. La sentencia del *Tribunal Supremo* de 29 de abril de 1988 es muy expresiva del concepto de puesta a disposición. Señala que sólo puede entenderse cumplido este requisito si «en el mismo acto en que el trabajador se sabe despedido y sin solución de continuidad, sin precisión de otro trámite ni de cualquier quehacer complementario, él dispone efectiva-

demanda dentro de un plazo de caducidad relativamente breve cuando es preciso explorar datos de carácter técnico o mercantil. Ni siquiera la posibilidad del artículo 78 de la propia LPL salvará este inconveniente porque, como se sabe, la práctica de la prueba anticipada se realizará después de haber sido presentada la demanda y, por consiguiente, el examen de la documentación no servirá para fundamentar la pretensión inicial. Sobre este aspecto procesal, *vid.* DESDENTADO BONETE, Aurelio, «La extinción del contrato de trabajo por causas... despido colectivo y despido objetivo» AAVV *Análisis de los aspectos básicos de la reforma del ET y de la LPL. Estudios de Jurisprudencia* (Colex) núm 11, mayo 1994.

(5) ALMANSA PASTOR, José Manuel, *Comentarios a las leyes laborales*. Tomo X. Vol. I. Edersa.

mente del importe dinerario a que asciende la indemnización que la Ley le confiere». En este mismo sentido, la sentencia de 14 de julio de 1995 del *TSJ de Cataluña* precisa que es cierto que «si bien la puesta a disposición de la indemnización no puede confundirse con la exigencia de su entrega efectiva, tampoco lo es menos que aquella deberá contener todas las previsiones para su inmediata realización, debiendo la correspondiente carta cuantificar su importe para cumplido conocimiento del trabajador y precisar el lugar o modo en que puede hacerse efectiva». Añade después esa misma sentencia que «lo que resulta insoslayable es que tal puesta a disposición responda a una realidad y no a una mera alegación en la carta, siendo definitorio para distinguir lo uno de lo otro el que el trabajador pueda, sin más requisito posterior que su personal decisión, hacer efectiva la suma dineraria, lo que es tanto como predicar la necesidad de que su percepción no quede condicionada a ninguna otra finalidad distinta de la mera y simple firma que acredite el recibo de la cantidad». Con tales expresiones jurisprudenciales, repetidas en el mismo sentido por otras resoluciones judiciales, queda definitivamente expresado el concepto de puesta a disposición. Algunas otras sentencias abundan en la materia al contemplar supuestos en los que tal requisito no se entiende cumplido. Así, no es puesta a disposición la entrega de la indemnización que se somete a plazos (6), ni se pone a disposición la indemnización cuando se realiza una simple oferta nominal (7).

2.2. Percepción y firma.

Por contra, el trabajador no puede con su actitud desvirtuar el propósito empresarial de poner a su disposición la cantidad indemnizatoria correspondiente. Así, existe puesta a disposición si el empleador adopta las medidas adecuadas para ello pero el trabajador se niega a recibir la cantidad (8). No puede el trabajador provocar una infracción formal que el empresario tiene voluntad de cumplir. Por eso, la negativa a recibir la indemnización, no alterará el hecho mismo de que dicha indemnización se puso efectivamente a su disposición. Si en el acto de la entrega o de la puesta a disposición se pasa a la firma del trabajador un recibo que acredite la percepción, esta actitud no supone quiebra del requisito formal de puesta a disposición. Pero si, además o en su lugar, se pretende que para obtener la indemnización, el trabajador debe firmar un finiquito, con los efectos que tal fórmula produce sobre las posteriores reclamaciones de cantidades, hay que pensar que se está condicionando la entrega de la indemnización y, en ese sentido, no se está cumpliendo exactamente la obligación incondicionada de puesta a disposición del trabajador de la indemnización correspondiente.

El artículo 121.2 de la LPL señala que la percepción por parte del trabajador de la indemnización ofrecida no enerva el ejercicio de la acción de despido ni supone conformidad con la decisión empresarial. No obstante, dicha percepción, si se somete a la firma de un documento, para que pueda ser entendida como auténtica puesta a disposición, deberá ser un documento simple sin otra función que la de servir de recibo de cantidad.

(6) STSJ Cataluña de 14 de julio de 1995.

(7) STSJ Cataluña de 19 de julio de 1994.

(8) STSJ de Madrid de 22 diciembre de 1989.

Como se ha dicho, el hecho de que el trabajador acepte la cantidad que se pone a su disposición y la reciba no significa que se aquiete ni al acto extintivo ni a posteriores reclamaciones sobre la cuantía exacta de la indemnización. Recibir la indemnización que se pone a su disposición es el correlato de la obligación de entrega del empresario. Pero en modo alguno prejuzga en contra del trabajador que aceptar el percibo de la misma sea aceptar el despido ni su indemnización. Posteriormente, el trabajador que impugne el despido jurisdiccionalmente, podrá pretender legítimamente combatir la decisión extintiva o la cuantía indemnizatoria que se le haya entregado.

2.3. Error en la cuantía.

Si el empleador pone a disposición del trabajador una indemnización que no es la legalmente establecida, incumple el requisito formal de puesta a disposición. Así, si la cuantía indemnizatoria que se entrega es inferior a la que corresponde, el empleador no puede pretender que se entienda cubierto el requisito de forma, por cuanto lo que el artículo 53 ET exige es, claramente, la puesta a disposición de la indemnización de «veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades». Ahora bien, el artículo 122.5 de la LPL señala a este respecto que no procederá la declaración de nulidad del despido cuando haya existido un error excusable en el cálculo de la indemnización puesta a disposición del trabajador. Es lógico que el error excusable no provoque efectos de nulidad del acto. Pero la determinación de cuándo el error en la cuantía resulta excusable y cuándo es inexcusable no debería ser muy complicado. Piénsese que la dicción legal está referida a una indemnización que se determina por días de salario en función del tiempo de servicios. Por tanto, no cabe otro error que el que derive del cálculo -error aritmético, poco probable-, el que derive de los parámetros intervinientes en el cálculo -años de servicio, antigüedad, etc.-, o el que provenga de la determinación real del salario, esto es, de los conceptos salariales incluíbles en la indemnización. El error en los parámetros o en el cálculo no es fácilmente excusable, salvo supuestos muy concretos y poco frecuentes, aunque, como es sabido, la buena fe se presume, salvo prueba en contrario. En el orden de la determinación de los parámetros resulta especialmente relevante la distinción, largamente mantenida por la jurisprudencia, entre la antigüedad y los años de servicio, que, como se sabe, no son la misma cosa. La sentencia del *Tribunal Supremo* de 8 de marzo de 1993, entre otras muchas, señala que la mayor antigüedad reconocida opera sobre la retribución, pero no sobre la cuantificación de la indemnización por despido, salvo pacto o disposición en contra.

Por otra parte, resulta evidente, como consecuencia de cuanto se lleva dicho, que la cuantificación de la indemnización debe figurar en la carta de despido. Se han señalado más arriba las condiciones de simultaneidad y de inmediatez que exige el concepto de puesta a disposición. Por ello la ausencia de precisión de la cuantía indemnizatoria en la carta de despido exigiría una operación posterior, cual es el cálculo de la indemnización. Esa necesidad de cálculo posterior quiebra la exigencia formal de puesta a disposición y así lo ha entendido la jurisprudencia. La ausencia de expre-

sión de la cuantía invalida formalmente el despido. La sentencia del *TSJ de Murcia* de 28 de julio de 1995 establece que «esa simultaneidad desaparece cuando, tras la entrega de la carta, se hace preciso, al no haberse fijado en ella la indemnización, una operación posterior como es la cuantificación de su importe» (9).

2.4. Excepción al requisito de puesta a disposición.

El segundo párrafo del artículo 53 b) ET, señala una excepción al requisito formal de puesta a disposición del trabajador de la indemnización correspondiente. Establece la norma que, cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52 c) ET, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

No en todos los casos es posible este aplazamiento de la puesta a disposición, sino sólo cuando como consecuencia de la situación negativa de la empresa no se pueda poner a disposición del trabajador la cifra indemnizatoria. Por tanto, la excepción no es automática por razón de la naturaleza del despido y de la vía legal por la que tenga lugar, sino como consecuencia de la situación real de la empresa. Ello exige, por tanto, que el empleador acredite, si se impugna el despido jurisdiccionalmente que, en efecto, la situación negativa le impidió cumplir el requisito. Si esa circunstancia no constara después acreditada y el empresario sí pudo, por tanto, poner la indemnización a disposición del trabajador, es preciso entender que no se cumplieron los requisitos a los que estaba obligado y, en consecuencia, el despido será nulo.

Algunos problemas interpretativos suscita esta excepción que se comenta. En primer lugar, si el empleador, efectivamente imposibilitado para cumplir el requisito, por ello mismo, lo hace constar en la carta de despido pero omite cuantificar la indemnización, habrá que pensar que omite el requisito de determinar la cuantía en la comunicación escrita. Porque a lo que autoriza la excepción legal es a no poner a disposición la indemnización, no a no señalarla ni determinarla. Esta omisión priva al trabajador de un elemento clave en la impugnación del despido. Se puede pensar que es riguroso exigir que un empleador incapaz de indemnizar determine el montante en la carta de despido, pero no puede ser de otra manera, a nuestro juicio, pues no es posible conocer si se puede o no abonar una cantidad sin saber de qué cantidad concreta se trata. Por tanto, parece evidente que el juicio sobre la posibilidad de indemnizar es posterior al conocimiento de la cuantía indemnizatoria. Y si esa cifra se conoce y es su monto lo que impide el abono, debe hacerse expresión de la misma en la comunicación escrita del despido.

(9) La jurisprudencia en este sentido es amplísima y unánime. Por vía de ejemplo, la STS de 20 de noviembre de 1982.

Otro problema interpretativo de esta excepción es el que deriva del momento en el que es exigible el abono de la indemnización. Señala la ley que el trabajador podrá exigir su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva. En principio, la decisión es efectiva desde que se comunica. Otra cosa es que los efectos reales del despido tengan lugar una vez transcurrido el plazo de preaviso. Y otra cosa es, también, el efecto y la calificación que el despido tenga después de su enjuiciamiento jurisdiccional. Por tanto, es opinable que el trabajador pueda exigir el abono, bien el último día señalado para asistir al trabajo, esto es, el día en que el despido se hace efectivo, o bien el día en que se dicte sentencia sobre la impugnación del despido. Esta última posibilidad no parece defendible porque, en el fondo, en cualquier caso con excepción legal o sin ella, la sentencia es título siempre para el percibo de la indemnización. Por tanto, el abono es efectivamente exigible el día en que el despido se constituye en impedimento para asistir al trabajo.

3. El plazo de preaviso y la licencia horaria.

El artículo 53.1 c) ET exige la concesión de un período de preaviso de treinta días desde la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. Añade el artículo 53.4 ET que la no concesión del preaviso no anulará la extinción, si bien el empresario estará obligado a abonar los salarios correspondientes a dicho período (10). El período indemnizable no es exactamente el de treinta días en todos los casos, porque el empleador ha podido dar preaviso, aunque inferior al plazo legal establecido. En ese caso, la indemnización es la correspondiente al tiempo que se recorta del plazo. Es decir, el período de preaviso comienza a contarse desde la comunicación del despido al trabajador. Pero si el empresario quiere dar efectos anticipados a la fecha de efectos del mismo, acortando el tiempo entre esa notificación y el día de efectos del despido, la consecuencia es que deberá indemnizar al trabajador con el importe de los salarios correspondientes al tiempo que falte para cubrir el período de treinta días.

Si el empresario opta por no conceder plazo de preaviso o por reducirlo, compensando esa omisión total o parcial con el abono de los salarios correspondientes, es claro que esa indemnización supletoria no es preciso que sea puesta a disposición del trabajador en el momento mismo de realizarse la comunicación escrita del despido. Por tanto, la falta de puesta a disposición del trabajador de los salarios correspondientes al preaviso no supone incumplimiento formal del acto extintivo. No se deduce de la redacción legal del artículo 53.4 ET ni se deduce tampoco de lo dispuesto en el artículo 122.2 LPL. Antes bien, lo que queda manifiestamente claro en el artículo 123.1 LPL es que tras la sentencia, en los casos en que se impugne el despido, el empleador vendrá obligado a ajustar las diferencias que pudieran existir entre la indemnización que ya se hubiera percibido y la

(10) El artículo 122.3 LPL establece, asimismo, que no procederá la declaración de nulidad por haberse omitido el plazo de preaviso.

que legalmente corresponda, así como al abono de los salarios del período de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido. Precepto que confirma que la sustitución indemnizatoria del preaviso no es preciso ponerla a disposición del trabajador (11).

Por otra parte, es claro que durante el plazo de preaviso, la relación laboral subsiste y, por tanto, cabe que en ese plazo se pueda producir sobre el trabajador un despido disciplinario que sería independiente del despido objetivo. En ese caso, por virtud de lo establecido en el artículo 53.3 ET, es posible acumular autos de despido objetivo y disciplinario (12).

El período de preaviso lleva aparejada otra obligación legal más, según establece el artículo 53.2 ET. Señala la norma citada que durante el período de preaviso el trabajador, o su representante legal, si se trata de un disminuido que lo tuviera, tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo. Lo que caracteriza esta institución es la posibilidad de suspender por seis horas semanales la prestación de trabajo, sin que correlativamente quede suspendida la obligación de retribución. Este supuesto se articula con el fin expreso, determinado en el propio artículo 53.2, de que el trabajador afectado de despido objetivo pueda buscar un nuevo empleo. No es preciso decir que no habrá licencia si no hay preaviso. Pero sí es preciso, sin embargo, detenerse en algunos puntos concretos de esta norma. Así, esas seis horas semanales, su concreción exacta, el momento de su uso ¿es decisión del empresario o del trabajador? Nada dice la ley al respecto. Nada se opone a que el empleador, por tanto, exija que se empleen en una franja horaria determinada o las determine previamente en la propia carta de despido. Sin embargo, a pesar de que nada se opone a ello, la finalidad misma de la norma hace considerar que ese planteamiento, si no está plenamente justificado y no se basa en causas de patente necesidad, es un ejercicio abusivo del poder de dirección del empresario, porque lo que pretende la norma es dejar libertad al trabajador para que pueda buscar otro empleo, por lo que la determinación de los mejores momentos para hacerlo corresponde al propio trabajador. Lo que sí es preciso, sin embargo, es que el trabajador avise previamente al empresario de cuáles serán las horas que va a disfrutar, de modo que éste pueda organizar la producción del mejor modo y conozca de antemano las horas en que se va a producir la ausencia. De hecho, la falta de ese aviso previo del trabajador al empresario puede ser perfectamente sancionable (13).

Sobre si puede o no el trabajador usar esas horas para actividad distinta a la de buscar empleo, no parece que la norma lo autorice (14). Piénsese que se trata de una suspensión de la obligación de trabajar que no altera la correspondiente de retribuir. El empleador corre con la carga de retribuir una actividad que no se presta por razón de un imperativo legal que se fundamenta solamente en la

(11) En este mismo sentido la jurisprudencia, valga por todas la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 29 de noviembre de 1994, en la que se señala que la indemnización compensatoria de la no concesión del preaviso no es preciso adjuntarla a la comunicación escrita del despido ni consignarla tampoco.

(12) Así lo hace la STSJ de Andalucía de 18 de octubre de 1994 (Ar. 3938).

(13) STCT de 18 de enero de 1984 (Ar. 350).

(14) El uso del permiso ha de dirigirse efectivamente a la búsqueda de empleo, señala la STCT de 25 enero de 1989.

búsqueda de empleo. Si esa fundamentación se quiebra porque el trabajador no invierte en ello su tiempo de ausencia retribuida, está frustrando la finalidad de la norma. Sin embargo, ello es pura teoría, porque, en realidad, como no puede ser de otro modo, el precepto no exige justificación alguna del uso que se haga de esa licencia. De hecho, en algunos casos, será absolutamente imposible la búsqueda de empleo, como ocurre con los trabajadores nocturnos, que saldrían a buscar un nuevo trabajo en mitad de la noche.

Si el trabajador se niega a hacer uso de la licencia, permaneciendo ocupado en su lugar de trabajo, estaría igualmente quebrando la finalidad de la norma. No parece que el empresario pueda prohibirle la prestación de trabajo durante seis horas semanales para hacer así efectivo su derecho. Pero, desde luego, debe quedar acreditado ante el trabajador que el trabajo que realiza durante ese tiempo no es querido por el empresario ni aceptado por el mismo y que se trata de una prestación que no tendrá contraprestación. Lo contrario supondría seis horas semanales de trabajo por encima de la jornada ordinaria -reducida legalmente en seis horas- y si el empresario lo acepta, deberá retribuirlos.

Otro punto que merece destacarse respecto a la licencia de seis horas semanales es el relativo a la que puede disfrutar el representante de un disminuido. Si el representante trabaja en la misma empresa, no parece que puedan plantearse problemas. Pero si no es así, resulta aventurado suponer que el empresario del representante, que no ha tomado decisión extintiva alguna, deba correr con la carga de retribuir la ausencia de su trabajador porque está ocupado en buscar empleo a otro trabajador despedido por otra empresa. Algún sector de la doctrina, por ello, sostiene que esta prevención legal sólo es posible si el representante es trabajador del empleador que despide. Otro sector de la doctrina, en cambio, no hace restricciones y afirma que aunque el representante trabaje con otro empresario, podrá hacer uso de la licencia. Sin embargo, nuestro juicio coincide con la primera de las posturas señaladas, siguiendo a ALONSO OLEA. Piénsese que el representante puede ser funcionario, o puede ser autónomo, naturalmente, para quienes las prevenciones legales no tendrían el sentido que la ley les da.

4. Obligación de entregar copia del escrito de preaviso a los representantes legales para su conocimiento. Una redacción legal confusa.

Dice el artículo 53.1 c) que, en el supuesto contemplado en el artículo 52 c) -esto es, cuando el despido se funde en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción- «del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento». La doctrina ha interpretado de modo diverso esta norma (15). Vaya por delante que el preaviso al que la ley se refiere no tiene que existir necesariamente, pues ya se sabe que es omisible con sustitución indem-

(15) GOERLICH PESET considera que esta prescripción legal busca facilitar a los representantes de los trabajadores «el control de las extinciones *ex* artículo 52 c) ET para evitar eventuales elusiones del procedimiento de regulación del empleo en los casos de despido colectivo». *La extinción del contrato de trabajo*. Valencia, 1994.

nizatoria. Y, además, en los casos en que el preaviso exista, no hay razón para suponer que deba darse por escrito. Por tanto, el artículo 53.1 c), cuando habla del escrito de preaviso quiere referirse a la comunicación escrita del despido (16).

La omisión de este requisito, incluido entre los que recoge el artículo 53.1 ET, acarrea la nulidad del despido, precisamente por aplicación literal de lo dispuesto en el artículo 53.4 ET al señalar que cuando el empresario «no cumpliese los requisitos establecidos en el apartado 1», la decisión extintiva será nula. Entre los requisitos del número 1 del artículo 53 se encuentra la obligación de dar la copia a los representantes de los trabajadores. Sin embargo, existe un problema derivado de la redacción del artículo 122.2 LPL, en donde se establece que la decisión extintiva será nula cuando «a) no se hubieren cumplido las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de la causa». No cabe afirmar la nulidad por aplicación del artículo 53.4 y negarla por aplicación del artículo 122.2 a) LPL. La contradicción estaría servida si no fuera porque es la Ley 11/1995, de reforma del ET, la que introduce la novedad de la obligación de dar copia a los representantes de los trabajadores. Se advierte así claramente que, mientras que el legislador introdujo una novedad en el ET y se cuidó de señalar que su incumplimiento acarrearía nulidad, dejó inalterada la redacción del artículo 122.2 a) LPL, que mantuvo la redacción anterior. Una interpretación teleológica de la norma apoya cualquier tesis que afirme la declaración de nulidad en los casos en que falta la entrega de la copia a los representantes de los trabajadores. Sin embargo, en el momento presente, existen pronunciamientos judiciales divergentes sobre este punto.

5. Subsanación.

Cuando el empresario incumple los requisitos de forma establecidos en el artículo 53.1 ET, la consecuencia es la declaración de nulidad del despido por aplicación del artículo 53.4 ET. Ahora bien, el empresario que ha incumplido uno o varios de los requisitos formales, puede subsanarlos posteriormente, realizando un nuevo despido por los mismos hechos, corrigiendo en ese caso los vicios de forma en que había incurrido. Sin embargo, tal corrección de los vicios no supone en realidad una subsanación del despido, sino la concurrencia de un nuevo despido, esta vez libre de incumplimientos formales, con efectos desde su fecha. Así lo señala el artículo 53.4, al establecer que «la posterior observancia por el empresario de los requisitos incumplidos no constituirá, en ningún caso, subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo acuerdo de extinción con efectos desde su fecha».

Por su parte, VALDÉS DAL-RE entiende que en realidad, para cumplir la función de control «tendría que haberse ordenado la puesta en conocimiento de los representantes de los trabajadores no del escrito concediendo plazo de preaviso, sino de la comunicación del despido, que, al tener que expresar la causa, ya permite saber si en estas segundas extinciones concurre o no causa nueva». «Los despidos por causa económica». AAVV: *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid, 1994.

(16) Véase, *infra*, al hablar del inicio del plazo de caducidad de la acción de impugnación de la decisión extintiva, cómo la propia LPL, en su artículo 121.1, vuelve a referirse a un «escrito de preaviso».

Si el empresario intenta corregir los vicios de forma, deberá hacerlo antes de que el trabajador impugne jurisdiccionalmente el despido. No es posible proceder a un nuevo despido cuando está sustanciándose el enjuiciamiento de otro previo. En tal caso, el empresario habrá de esperar a que se produzca la resolución judicial y proceder entonces, si lo estima oportuno y a la vista de la declaración de nulidad del primero, a realizar un segundo despido. Ese nuevo despido puede tener lugar «una vez ultimada la readmisión a que obliga la nulidad del despido anterior y también en el momento de incorporación del trabajador», según STS de 8 de mayo de 1985.

6. Crítica de la nulidad por defectos de forma.

Resulta muy sorprendente que la reforma que lleva a cabo la Ley 11/1994 realice una redacción legal del número 4 del artículo 53 en la que se establezca que el incumplimiento de los requisitos de forma del 53.1 ET origina la nulidad de la decisión extintiva. Es criticable la solución legal de mantener los defectos de forma como determinantes de la nulidad del despido frente a la regla general del nuevo artículo 55.4 ET (17).

ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE señalan, a este respecto, que tiene «poco sentido, sí alguno, que siendo improcedente el despido disciplinario por vicio de forma sea nulo por esto mismo el despido por causas objetivas» (18).

En realidad, el texto de la ley provoca efectos diferentes y consecuencias bien distintas por la omisión de los requisitos formales según esa omisión o ese incumplimiento se produzca en la extinción por causas objetivas o en el despido disciplinario. No tiene sentido, a salvo que el legislador haya querido, por vía compensatoria, introducir mayores garantías en el despido objetivo que en el disciplinario, como consecuencia de considerarlo, en realidad, un despido colectivo menor, aunque desprovisto del rígido procedimiento formal del despido colectivo del artículo 51.1 ET. Pero ni siquiera esa sospecha sirve para reducir la crítica, por cuanto, en realidad, un despido objetivo implica la necesidad de amortizar un puesto de trabajo para salvar la situación negativa de una empresa y asegurar así el mantenimiento del resto de los puestos de trabajo, contribuyendo, como fin último a la competitividad de la empresa y al mantenimiento del empleo. Parece que la sanción de nulidad, por vicios de forma, obligaría al empresario a mantener un puesto de trabajo que pone a riesgo la viabilidad misma de toda la empresa.

(17) DESDENTADO BONETE, «Problemas de enjuiciamiento del despido colectivo y del despido objetivo». AAVV: Problemas procesales de la reforma laboral. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994.

(18) ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo* (Actualización a la decimotercera edición), Madrid, 1994.

IV. IMPUGNACIÓN DEL DESPIDO POR CAUSA ECONÓMICA. SOLUCIÓN DEL CONFLICTO (19)

Por supuesto, si el trabajador se aquieta a la decisión extintiva del empleador, el despido se produce y tiene plenos efectos, aunque esté viciado de defectos formales, por cuanto, en ese punto, la causa de despido, en realidad, estaría referida al mutuo acuerdo de las partes. Sin embargo, el trabajador puede impugnar la decisión empresarial, con el objetivo de defender su presencia en su puesto de trabajo o con la pretensión de obtener una indemnización mayor.

1. Solución extrajudicial.

En España, la tutela final de los derechos laborales suele llevarse a cabo en sede judicial. Esto, sin embargo, no es el resultado de una obligación constitucional o de un sistema legal que imponga la resolución de conflictos en vía jurisdiccional. En realidad, no existen en nuestro Derecho impedimentos de ningún tipo para establecer mecanismos de resolución al margen de la actividad judicial. Lo establecido en el artículo 117.3 de la Constitución, así como el mandato que contiene el artículo 24, acerca de la tutela judicial efectiva, no se opone a la búsqueda de soluciones de conflictos al margen de la sede judicial. De hecho, el propio *Tribunal Constitucional*, en sentencia 217/1991, de 14 de noviembre, ha señalado que los procedimientos extrajudiciales sirven tanto «para que las partes puedan resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto, que ve aliviada su carga de trabajo». En otros países, los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos laborales están más implantados. Así, en Alemania, Francia e Italia es precisa, como en España, una fase inicial previa a la demanda judicial que intente el acercamiento de posiciones y trate de evitar el litigio. En Bélgica, Holanda y Dinamarca, la solución extrajudicial es, realmente, una alternativa a los tribunales, no sólo un requisito previo.

En España, los intentos de potenciar los sistemas extrajudiciales no han llegado a ser demasiado efectivos. Hay que señalar, sin embargo, que diversas Comunidades Autónomas han hecho cuanto era posible para ampliar esa vía de solución. Así, el Tribunal Laboral de Conciliación, Mediación y Arbitraje de Cataluña, los Pactos para Resolución de Conflictos del País Vasco, el sistema AGA de Galicia y algún otro intento en la Comunidad Autónoma de Valencia. Pero, en realidad, estas instituciones no han servido más que para residenciar conflictos colectivos, con escasísima acogida de los conflictos individuales de trabajo. No obstante, la ley no sólo permite, sino que hace posible que los procedimientos extrajudiciales puedan ser utilizados en los conflictos individuales siempre que las partes se sometan a ellos, sometimiento que, a falta de otras previsiones legales, podrá hacerse en el momento de la firma del contrato, vigente el contrato o en el momento en el que el conflicto surja.

(19) La distinción entre conflictos jurídicos y conflictos de intereses -aun referida a los de naturaleza colectiva- es equívoca y con frecuencia el conflicto real está penetrado por notas de ambas clases.

En el momento de redacción de este estudio se encuentra en trámite de negociación y estudio un Acuerdo Nacional para el sometimiento de los conflictos laborales a procedimientos extrajudiciales de solución, sin que puedan adelantarse sus repercusiones ni la eficacia que tendrá, supuesta la firma del mismo.

2. Solución judicial (20).

El artículo 53.3 establece que contra el despido objetivo cabe impugnación como si se tratara de un despido disciplinario. En este mismo sentido, el artículo 120 LPL señala que «los procesos derivados de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, se ajustarán a las normas contenidas en el capítulo relativo a los procesos por despidos y sanciones sin perjuicio de las especialidades que se enuncian en los artículos siguientes». Son estas especialidades relativas al despido objetivo, naturalmente, atendido el contenido de nuestro estudio, las que iremos analizando seguidamente, aunque es preciso advertir que en ocasiones será preciso remitirnos al procedimiento general establecido para los procesos por despidos y sanciones.

2.1. Caducidad.

No hay en este punto especialidad sustancial respecto al régimen general de la caducidad para acciones de despido. Lo especial, en realidad, es que la LPL, en su artículo 121.1, establece literalmente que «el plazo para ejercitar la acción de impugnación de la decisión extintiva será de veinte días», esto es, señala la amplitud del plazo sin referirse a su carácter. No obstante esta omisión, el plazo señalado es, por supuesto, de caducidad a todos los efectos, según se deriva de lo que prescribe el artículo 103.1 LPL. Al ser un plazo de caducidad, no admite interrupciones aunque, desde luego, el cómputo del plazo admite suspensiones. De hecho, el intento de conciliación, así como la interposición de la reclamación previa, suspenden el plazo de caducidad. Si la reclamación previa o la conciliación no dieran el resultado que el trabajador pretende, se reinicia el cómputo del plazo, descontando los días transcurridos desde su inicio hasta la presentación de la reclamación o hasta que se presentó la papeleta de conciliación (arts. 65 y 73 LPL). El comienzo del cómputo se realiza a partir del día siguiente a la fecha de la extinción del contrato de trabajo. El trabajador, sin embargo, podrá anticipar el ejercicio de su acción a partir del momento en que reciba la comunicación empresarial de preaviso (art. 121.1 LPL) (21).

(20) No forma parte de la idea orientadora de este trabajo hacer un examen de las formas generales de la resolución de conflictos en sede judicial, sino revelar los aspectos de mayor interés que hayan podido suscitarse tras la reforma operada en 1994. Por ese motivo no detendremos nuestro estudio en la fase previa de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente.

(21) Vuelve a hablar la ley de un escrito de preaviso, siendo así que este escrito, en rigor, no existe sino el de la comunicación del despido -con o sin preaviso-. En este sentido, ya se ha advertido, *supra*, al hablar de lo preceptuado en el artículo 53.1 c) ET que también la norma estatutaria y no sólo en este punto la LPL se refiere a un escrito de preaviso.

El trabajador, por tanto, en cuanto sea inquietado en sus intereses puede llevar a efecto la impugnación del despido, aunque éste no se haya producido por razón de la existencia, cuando lo haya, del plazo de preaviso. Esta anticipación que la ley permite es, por tanto, sólo una posibilidad, sin que el trabajador tenga la obligación de iniciar los actos preparatorios de su demanda desde el momento mismo en que se siente inquietado en sus intereses. Así se ha pronunciado en sentencia de 8 de febrero de 1995, el *TSJ de Galicia*, al señalar que el cómputo se inicia desde el cese efectivo, no desde la recepción del preaviso, «en beneficio del trabajador (que no en su perjuicio)». En ese mismo sentido, la sentencia añade que «la posibilidad de accionar tras el preaviso y antes del cese resulta ser un beneficio para el trabajador y en forma alguna le puede obstar el ejercicio natural de la acción y que obviamente ha de tener lugar tras producirse la medida que se preavisa, esto es, el real cese en el trabajo».

2.2. Calificación del despido.

Intentados sin efecto los actos preprocesales que tienden a la evitación misma del proceso, el trabajador presentará demanda en la que habrá de constar su pretensión, que, en los casos del despido objetivo, no puede ser otra que la impugnación del despido con vistas a la declaración de nulidad o de improcedencia de la decisión extintiva adoptada por el empresario.

PROCEDENCIA

Es procedente el despido que, cumpliendo los requisitos formales establecidos en el artículo 53.1 ET, se produce con la concurrencia de la causa. El artículo 123 LPL dispone que si la sentencia estimase procedente la decisión extintiva del empresario, «se declarará extinguido el contrato de trabajo condenando al empresario, en su caso, a satisfacer al trabajador las diferencias que pudieran existir, tanto entre la indemnización que ya hubiese percibido y la que legalmente le corresponda, como las relativas a los salarios del período de preaviso, en los supuestos en que éste no se hubiera cumplido».

Conviene detenerse en esa redacción que se acaba de transcribir. Piénsese que el artículo 123.1 LPL viene a decir que el acto mismo del despido no produce efectos extintivos, ya que es la sentencia que estima procedente la decisión empresarial la que «declarará extinguido el contrato de trabajo...». Esta idea inadmisibles tiene su causa en la antigua redacción del artículo 55.5 ET. Sin embargo, al modificarse dicha redacción y ser sustituida por la que ahora figura en el mismo cuerpo legal como artículo 55.7, el ET establece, con razón, que el despido procedente «convalidará la extinción», viniendo así a significar que la sentencia no hace otra cosa que dar validez a una extinción que, por supuesto, se había producido ya con el acto mismo del despido. El legislador ha olvidado este aspecto de la regulación que, sin embargo, sí encuentra acomodo en el artículo 109 LPL en el que se establece que si el despido se estima procedente «se declarará convalidada la extinción del contrato».

Naturalmente, cuando el artículo 123 LPL se refiere a la declaración de procedencia y señala que se condenará al empresario a satisfacer las diferencias que resulten de la indemnización recibida y la que legalmente corresponda, está contemplando solamente el caso en el que el empresario hubiera padecido un error excusable en el cálculo de la indemnización, porque de otro modo, si el error es inexcusable o la indemnización es más corta de la que legalmente corresponde, no se habría cumplido el requisito de puesta a disposición de la indemnización y, por tanto, en virtud de lo que dispone el artículo 53.4 ET, el despido, por ese solo dato, habría de declararse nulo.

La indemnización, como se ha dicho más arriba, es la señalada en el artículo 53.1 b) ET, esto es, veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

IMPROCEDENCIA

Es improcedente el despido por causas objetivas cuando no concurre la causa invocada, o, mejor dicho, cuando dicha causa no resulta acreditada. Es muy importante poner de manifiesto que, a diferencia de lo que ocurre con el despido disciplinario, los defectos formales no acarrear la improcedencia del despido, sino su nulidad, como se verá más adelante. Por tanto, la improcedencia será declarada sólo en los casos en que la causa en la que se funda la decisión extintiva del empresario no resulte acreditada.

Si el despido objetivo es declarado improcedente, el empresario, además de abonar los salarios de tramitación correspondientes, podrá optar entre la readmisión y la indemnización, con abono de los salarios de tramitación (art. 123.2 LPL). Corresponderá la opción al trabajador si es representante legal o delegado sindical. La cuantía de la indemnización es la de cuarenta y cinco días por año de servicio con un tope de cuarenta y dos mensualidades. Por supuesto, de dicha cuantía se descontará la parte que el empresario entregó o puso a disposición del trabajador en el momento del preaviso (arts. 53.3 ET y 123 LPL).

La opción del empleador debe ejercitarse en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, aun cuando ésta sea recurrida (art. 110.3 LPL). Si no se realizara opción expresa se entiende que el empresario ha optado por la readmisión (art. 56.3 ET).

Bien por ejercicio expreso de la opción de readmisión o por el transcurso del plazo para optar sin que el empleador haya manifestado su decisión, la relación laboral se restablece en sus propios términos, con la obligación del empresario de abonar al trabajador el salario dejado de percibir entre la fecha del despido y la notificación de la sentencia, tiempo en el que el trabajador ha debido continuar en alta en la Seguridad Social con la obligación consiguiente de ingresar las cuotas correspondientes a dichos salarios.

Respecto de esto último, el artículo 56.1 establece que «el empresario deberá mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios a que se refiere el párrafo anterior», es decir, a los salarios de tramitación. Si el empresario debe mantener en alta al trabajador desde el momento en que se produce el despido hasta la notificación de la sentencia definitiva en la que se declara improcedente el despido, pero, por otra parte, la ley permite también cursar la baja del trabajador despedido, se produce una contradicción. En realidad, la solución es la de cursar la baja en la Seguridad Social y posteriormente, con la sentencia definitiva de despido que lo declara improcedente, tramitar el alta retroactiva y proceder a la cobertura de la cotización por el período en el que se han devengado los salarios de tramitación.

Cuando el despido se realiza sobre la persona de un representante de los trabajadores, la opción entre indemnización o readmisión corresponde al propio trabajador. Ejercida la opción, si lo hiciera por la readmisión, el empresario no podrá oponerse. El ejercicio de la opción puede ser igualmente expreso o tácito, entendiéndose que opta por la readmisión si no hiciese declaración expresa en uno u otro sentido. En los casos en que la resolución judicial que declara la improcedencia del despido fuera recurrida a instancia judicial superior, dicha sentencia recurrida se ejecutará provisionalmente, de acuerdo con el artículo 295 LPL, si se ha optado por la readmisión, lo que implica la obligación de prestar servicios en la empresa y de abonar los salarios correspondientes. Si, por el contrario, la opción es la indemnizatoria, el trabajador pasa a considerarse en la situación legal de desempleo.

Si la sentencia que resuelve el recurso modificara las cantidades señaladas en la recurrida, el sentido de la opción, que sirvió de base para la ejecución provisional de la sentencia recurrida, podrá cambiarse, si así interesa a quien deba ejercitarla. Si, como consecuencia del nuevo estado de cosas, se variase la opción ejercitada y se optase en esta ocasión por la readmisión, ésta tendrá efectos desde la fecha en que se ejerció la primera opción, lo que obliga a reajustar las cantidades satisfechas, tanto por la prestación del trabajo como por la percepción del desempleo. Si la sentencia que resuelve el recurso declarara la nulidad del despido, la opción ejercitada se tendrá por no hecha y si, por el contrario, la sentencia mantiene en sus términos la que se había recurrido, no podrá alterarse la opción que en su día se realizó para la ejecución provisional de la sentencia impugnada (arts. 111.2 y 112.2 LPL).

2.3. Salarios de tramitación.

En cuanto a los llamados salarios de tramitación, se calculan por la cuantía del que percibía el trabajador en el momento del despido. La jurisprudencia ha matizado esta regla señalando que la referencia para el cálculo de dichos salarios de tramitación no es automática sobre el salario percibido al momento del despido, sino que se tendrá en cuenta el que debía percibir el trabajador en caso de que el realmente percibido fuera inferior al que le correspondía (22). Los salarios de tra-

(22) STS de 25 de febrero de 1993.

mitación se reducen, por otra parte, cuando el trabajador ha percibido retribuciones por trabajos posteriores al despido y anteriores a la notificación de la sentencia. Si el empleador acredita la existencia de dichas percepciones, lo obtenido por el trabajador se descontará de lo debido por salarios de tramitación.

APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 56.2 ET

Si, por otra parte, el empresario ha reconocido la improcedencia del despido en el acto de conciliación, poniendo a disposición del trabajador la indemnización que corresponda, mediante consignación de dicha cantidad, sólo está obligado a abonar los salarios de tramitación que se devenguen hasta la fecha de la conciliación. El texto legal pretende con esto evitar los efectos perniciosos de una abusiva utilización de la negativa a la conciliación. Plantea el tema, sin embargo, algunos problemas.

La ley señala que deberá reconocerse la improcedencia del despido y ofrecerse la indemnización. No es así, en realidad. Debe ofrecerse la indemnización y los salarios de tramitación devengados hasta el momento. De otra manera, la oferta no sería completa. O, por contra, debe ofrecerse la readmisión y los salarios de tramitación. Pero, en cualquier caso, los salarios de tramitación deben ser incluidos en la oferta que realiza el empresario. Corresponde al empleador hacer una clara distinción en la cifra ofrecida sobre qué parte de ella corresponde a indemnización y qué parte cubre los salarios de trámite. Así se pronuncia la sentencia del *TSJ de Andalucía* de 26 de enero de 1996 en la que se señala que el ofrecimiento y la consignación debe concretar la cantidad que corresponde a cada concepto.

No es preciso detenerse en la consideración de que el ofrecimiento del empresario no condiciona la sentencia. El hecho de que el empresario reconozca la improcedencia para detener el curso de los salarios de tramitación y llegar de ese modo a una conciliación no prejuzga que el empresario, en realidad, esté manifestando que el despido carece de causa. La sentencia decidirá en su momento esa circunstancia. De hecho, el trabajador que rechaza el ofrecimiento no puede disponer de la consignación hecha y puede esperar, teóricamente, que el despido pueda ser finalmente declarado procedente.

2.4. La nulidad.

El artículo 53.4 ET señala que el despido será nulo cuando se hayan incumplido los requisitos del artículo 53.1 ET. La nulidad, en tal caso, se declarará de oficio por la autoridad judicial. El artículo 122, por su parte, señala que será nulo el despido cuando:

- a) No se hubiesen cumplido las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de la causa.
- b) No se hubiese puesto a disposición del trabajador la indemnización correspondiente, salvo en aquellos supuestos en los que dicho requisito no venga legalmente exigido.
- c) Resulte discriminatorio o contrario a los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, y
- d) Cuando se haya efectuado en fraude de ley eludiendo las normas establecidas para los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del artículo 51.1 ET.

El mismo artículo 122, en su número 3 advierte que no procederá la declaración de nulidad por haberse omitido el plazo de preaviso, o por haber existido error excusable en el cálculo de la indemnización puesta a disposición del trabajador.

El despido objetivo es nulo cuando, como se dijo, padezca defectos formales. Así, será nulo el despido en el que, a salvo los casos exceptuados, no se haya puesto a disposición del trabajador la indemnización legalmente establecida, lo que exige su cálculo. Esto es, la puesta a disposición de una cantidad inferior a la legalmente establecida, acarrea la nulidad del despido, a salvo que resulte acreditado que se trató de un error excusable del empresario. Será nulo también cuando no haya existido comunicación escrita o, habiéndola, no manifieste las causas del despido, entendidas, como hemos señalado antes, no como pura referencia a la norma legal, sino como exposición de los hechos que motivan el despido. No es nulo, sin embargo, el despido que haya omitido el preaviso, si bien el empresario, en este caso, deberá abonar al trabajador una cantidad equivalente al salario que corresponda al período de preaviso incumplido.

Otro tipo de nulidad es la que se produce por discriminación o violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Si se acreditara -dice el art. 108.3 LPL- que el móvil del despido obedece a alguna de las causas de discriminación o que el despido se produce con violación de derechos fundamentales y libertades públicas, el juez se pronunciará sobre la nulidad del despido.

Cuando se alega discriminación, es preciso tener en cuenta que el artículo 14 de la Constitución no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (23). El artículo 96 de la LPL señala que en aquellos procesos en que de las alega-

(23) STC de 27 de julio de 1981.

ciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo «corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad». Aquí, por tanto, se invierte la carga de la prueba. En este mismo sentido, el propio *Tribunal Constitucional* ha argumentado sobre la dificultad probatoria de la motivación antisindical. Así, ha señalado que no se trata de «situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, la no discriminación, pero sí de entender que es el empresario el que debe probar que el despido tachado de discriminatorio obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito antisindical».

Los efectos de la nulidad -sea cual sea el fundamento de la misma- son la condena del empresario, por un lado, a la readmisión inmediata del trabajador, de acuerdo con el artículo 55.6 ET y, por otro, al abono de los salarios de tramitación hasta que la readmisión se produzca, sin posibilidad de deducir de tal indemnización los salarios correspondientes al período de preaviso, según establece el artículo 123.2 LPL.

V. EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA

Las sentencias dictadas en proceso por despido objetivo son siempre recurribles en suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia y las que dictan estos tribunales son todavía impugnables ante el Tribunal Supremo por vía del recurso de casación para unificación de doctrina cuando en la sentencia que se recurre concurren los requisitos señalados en los artículos 216, 217 y 218 LPL. Esta posibilidad de las sentencias de despido de ser recurridas plantea el problema de la ejecución provisional. Una de las reformas de mayor calado que llevó a cabo la Ley 11/1994 fue, precisamente, en relación con la ejecución provisional al suprimirla en los casos de despido improcedente en el que se ha optado por la indemnización.

1. Ejecución provisional de la sentencia que declara el despido improcedente.

El artículo 111 LPL señala que si se ha optado por la readmisión, se aplica lo dispuesto en el artículo 295 LPL, esto es, se procede al abono al trabajador de la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad, durante toda la tramitación del recurso y, por tanto, continúa el trabajador prestando servicios en la empresa, a menos que el empleador prefiera realizar el abono sin compensación laboral. En cambio, si el empresario opta por la indemnización, el artículo 111 LPL establece que «no procederá la ejecución provisional de la sentencia, si bien durante la tramitación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario». Consecuencia de esta consideración del trabajador en situación de desempleo, es que, si tras la sentencia que resuelve el recurso, el empresario cambia el sentido de su opción y readmite, el período considerado en situación de desempleo se reconsidera y califica como de ocupación cotizada.

En los casos en que la opción corresponde al trabajador, son igualmente aplicables las mismas reglas, aunque invertidas, en el sentido de que quien puede variar el sentido de la opción tras la sentencia que resuelva el recurso es el propio trabajador, con las especialidades que, en ese caso, contiene el artículo 300 y 281 c), así como 112 LPL.

Por supuesto, si la sentencia que resuelve el recurso declara, finalmente, la nulidad del despido, la opción, correspondiera a quien correspondiera y fuera cual fuera su sentido, se tendrá por no hecha (arts. 111 y 112 LPL).

2. Ejecución provisional de las sentencias que declaran la nulidad del despido.

En estos casos, el artículo 112 LPL señala que la sentencia será siempre objeto de ejecución provisional en los términos establecidos en el artículo 295 LPL, esto es, en los términos descritos para el caso del despido improcedente en el que se opta por la readmisión.

Por lo que se refiere a la ejecución provisional de sentencias, como se ve, no hay especialidades referidas al despido objetivo que no sean de aplicación al régimen procesal de ejecución provisional general de las sentencias por despido. Sin embargo, el hecho de que la Ley 11/1994 haya introducido esa significativa supresión de la ejecución provisional en los casos de despido improcedente en el que se ha optado por la indemnización, era suficientemente interesante como para incorporarlo a este estudio, afectando, como afecta, al despido objetivo del que se viene hablando. Esta supresión, por otra parte, ha venido a evitar las consecuencias que se producían con la anterior legislación, con base en la cual era posible tener que abonar largos salarios de tramitación a causa de la dilación de los procesos y de los recursos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMANSA PASTOR, *Comentarios a las Leyes Laborales*, Edersa, 1983.
- ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, actualización a la 13.ª edición, Madrid, 1994.

- DESDENTADO BONETE, «Problemas de enjuiciamiento del despido colectivo y del despido objetivo», AAVV, «Problemas procesales de la reforma laboral», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994.
- DESDENTADO BONETE, «La extinción del contrato de trabajo por causas... despido colectivo y despido objetivo». AAVV, «Análisis de los aspectos básicos de la reforma del ET y de la LPL», *Estudios de Jurisprudencia*, (Colex) núm. 11, mayo 1994.
- GOERLICH PESET, *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia, 1994.
- GOERLICH PESET, *Comentarios a las Leyes Laborales*, Edersa.
- MARTÍN VALVERDE, *et alia*, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 1995.
- MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 15.ª edición, Tecnos, Madrid.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, *Comentarios a las Leyes Laborales*, Edersa.
- SALA FRANCO, *et alia*, *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- VALDÉS DAL-RE, «Los despidos por causa económica». AAVV. *La reforma del mercado de trabajo*, Lex Nova, 1994.