

EXTINCIÓN ILEGAL EN PERIODO DE PRUEBA: ¿HAY OPCIÓN DE READMISIÓN? ¿HASTA CUÁNDO LLEGAN LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN? *

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social
Magistrado*

PAZ VIVES USANO

*Profesora de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Centro Universitario Luis Vives. CEU*

Extracto:

CONTRATOS de duración determinada. Despido improcedente por nulidad del periodo de prueba. Los salarios de tramitación sólo alcanzan hasta el momento en que dicho contrato debió extinguirse por alguna de las causas legales o pactadas que válidamente producen su extinción. En los contratos temporales, cuya duración ya ha vencido en el momento de dictarse la sentencia, la obligación de optar se convierte en una obligación única de indemnizar.

Palabras clave: periodo de prueba, despido improcedente, derecho de opción y limitación de los salarios de tramitación.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 322, enero 2010 o en *Normacef Socio-Laboral*.

ILLEGAL DISMISSAL DURING A PROBATIONARY PERIOD. IS READMISSION AN OPTION? WHICH IS THE EXTENTION OF THE PAYMENT OF SALARIES TO EMPLOYEES PENDING PROCEEDING?

JESÚS GONZÁLEZ VELASCO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social
Magistrado*

PAZ VIVES USANO

*Profesora de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social.
Centro Universitario Luis Vives. CEU*

Abstract:

FIXED-TERM contracts. Unfair dismissal by an invalid probationary period. Payment of salaries to employees pending proceeding in court do only extent to the moment in which a particular agreement should have been terminated by the existence of any legal or agreed causes that validly produce extinction. On temporary contracts, whose duration has already expired at the time of pronouncing a sentence, the obligation to choose becomes a unique obligation to compensate.

Keywords: probationary period, unfair dismissal, right of option and salaries to employees pending proceeding in court.

Sumario

- I. El significado de la obligación alternativa en caso de despido y su aplicación al periodo de prueba.
- II. La conclusión del plazo de los salarios de tramitación.

I. EL SIGNIFICADO DE LA OBLIGACIÓN ALTERNATIVA EN CASO DE DESPIDO Y SU APLICACIÓN AL PERIODO DE PRUEBA

Es evidente de toda evidencia que en el artículo 56.1 a) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET), se establece una obligación alternativa, en el sentido del artículo 1.131 del Código Civil (CC), de manera que el empresario, por lo general, o el trabajador en particular, elige que se cumpla una sola de las dos prestaciones que en la sentencia se expresan.

Pero claro, si la empresa ha desaparecido, cesado o cerrado [art. 284 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL)], o el trabajador fallece antes de dictarse sentencia, o en algunos cuantos supuestos más que se pueden enumerar, no es posible elegir la readmisión.

Es entonces cuando se tiene que concretar el efecto de la pérdida de una de las prestaciones, en el bien entendido de que el deudor no puede elegir la prestación imposible (art. 1.132.2 CC), porque sólo una de ellas es realizable, de manera que el deudor pierde el derecho de opción (art. 1.134 CC) y la obligación deja de ser alternativa.

Si en el caso de un contrato de trabajo se extingue el mismo por desistimiento propio del periodo de prueba, **¿se puede estimar que la extinción del contrato por desistimiento, cuando el periodo de prueba era nulo, es un caso fortuito?**

Si no es caso fortuito (art. 1.136.1.ª CC), porque la extinción del contrato carecía de causa legal, dada la nulidad del periodo de prueba, **entonces la sentencia no puede dejar de ofrecer la obligación alternativa ni el empresario deudor tiene derecho a dar por cumplida la obligación cumpliendo únicamente la otra prestación, esto es, la indemnización, si el derecho acción correspondía al trabajador.**

Si, por el contrario, el empresario actuó negligente o dolosamente, imponiendo un segundo periodo de prueba, cuando ya el trabajador había desempeñado las mismas funciones en un contrato anterior, como es el caso de la Sentencia de 23-07-2009, **si se viene a decir –como hace la jurisprudencia– que el despido siempre extingue inmediatamente el contrato**, el desistimiento empresarial, en caso de periodo de prueba nulo, constituye un despido culposo. Si ese despido extintivo tiene como consecuencia, al ser anterior a la fecha la sentencia, que no se pueda imponer al empresario, ni siquiera alternativamente, la obligación de readmitir, especialmente en los casos en que la opción corresponda al trabajador, se debe **considerar si el importe de la indemnización del artículo 56.1 a) de la LET es el equivalente al «precio» de la prestación que, por culpa empresarial, hubiera desaparecido (art. 1.136.2.ª CC)**. Seguramente, en términos de estricta legalidad, partiendo de lo dispuesto en el artículo 179.2 b) de la LPL, la respuesta deba ser afirmativa. Pero se ha llegado a poner en funcionamiento esa consecuencia *per saltum*, por medio de un atajo, manifiestamente irregular.

Si, por el contrario, se estima que el despido extintivo es sólo el legal, como deriva del artículo 54 de la LET, por no citar otras cuantas disposiciones, se habría debido **analizar primero la causa de la que deriva el desistimiento empresarial en el presente caso, esto es, la nulidad del periodo de prueba y, sólo después, considerar la eficacia que puede darse a la declaración de voluntad empresarial**. Si ese desistimiento carece de apoyo jurídico, difícilmente puede estimarse que el empresario tenga que conseguir necesariamente su propósito extintivo inmediato, dado que no ha utilizado los mecanismos legales que autorizan la extinción contractual.

Desde esta perspectiva, el contrato habría llegado vivo al momento de **dictarse la sentencia, en la que se definiría la calidad y validez del periodo de prueba y el significado y efecto del desistimiento empresarial, con la consecuencia de tener el juzgador toda la libertad de decisión, sin venir limitado por una preconstituida extinción automática del contrato.**

Pero, si no se acepta este planteamiento, y se comparte el criterio general jurisprudencial, expresivo de que todo despido empresarial extingue per se el contrato, podría plantearse la duda de **si la doctrina expresada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23-07-2009, estaría impidiendo, inexorablemente, la incorporación de la readmisión en el fallo de toda sentencia relativa a la impugnación de cese en periodo de prueba, al margen de la validez o nulidad o irregularidad de dicha cláusula contractual**. Se podría llegar algo más lejos, según la misma lógica de esta sentencia, para **preguntarse por el mecanismo jurídico en función del cual se puede imponer una reconstrucción –meramente procesal– del contrato de trabajo**, al único objeto de llevar al fallo de la sentencia la obligación alternativa a que se refiere al artículo 56.1 a) de la LET.

En todo caso, quede constancia de que, en la Sentencia citada de 23-07-2009, el desistimiento empresarial ejercitado dentro de un periodo de prueba nulo tiene como efecto la pérdida de la obligación de readmitir, quedando como único efecto el de la indemnización. Del mismo modo que se

declara con las extinciones de contratos temporales (SSTS de 29-01-1997, 14-04-1997, 22-04-1998 y otras posteriores), sin que se pueda afirmar muchas veces, a priori, si el contrato es temporal, y si es regular o irregular, legal o fraudulento, único y aislado o un eslabón de una cadena, pues las consecuencias que derivan de esta limitada tipología y son manifiestamente distintas.

II. LA CONCLUSIÓN DEL PLAZO DE LOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Es doctrina jurisprudencial reiterada que, en los casos de los contratos temporales, tras la declaración de la improcedencia del despido, **los salarios de tramitación sólo alcanzan hasta el momento en que dicho contrato debió de extinguirse por alguna de las causas legales o pactadas que válidamente producen su extinción**¹ (SSTS de 29-01-1997, 14-04-1997, 22-04-1998 y 19-09-2000).

En el caso de la STS de 23-07-2009, se parte de que el contrato en el que se incluyó la clausura del periodo de prueba era de tipo temporal, esto es, en 7-06-2007 el demandante suscribe con la EMPRESA PÚBLICA DE SERVICIOS AGRARIOS GALEGOS, S.A. un **contrato de duración determinada, identificado como «dispositivo de prevención, vigilancia y defensa contra incendios-año 2007»**, por lo que, siguiendo esta doctrina jurisprudencial, la sentencia decide **los salarios de tramitación que deberá soportar la misma demandada, fijándolos desde la fecha del despido y hasta el 7-10-2007, fecha en que debió finalizar el contrato temporal**.

Seguramente se haya de aceptar, sin discusión, el planteamiento general, como punto de partida del estudio de la duración de los salarios de tramitación, no obstante lo cual, se detecta un **cierro tono de automaticidad en la extinción de los contratos temporales**. Quiero decir que los contratos temporales son evidentemente llamados a su extinción, no a su perduración, pero ante tal extinción no es el derecho español de carácter automático sino que, por el contrario, **requieren de una denuncia imprescindible y, en algunos casos, cuando el contrato tenga una duración por un tiempo superior a un año, de un preaviso [art. 49.1 c) 3 y 4 LET]**.

La ausencia del periodo de preaviso puede ser sustituida mediante una indemnización igual al importe del salario correspondiente a los días no preavisados (art. 8.3.2 del RD 2720/1998, de 18-12), y como se dispone también para el caso de las extinciones objetivas (art. 53.4 LET).

¹ Lo que hace que, trasladada dicha doctrina al supuesto de autos, el contrato de interinidad que celebró la empresa recurrente con su trabajadora haya de estimarse extinguido el día en que desapareció la causa justificativa del mismo, la causa de la sustitución de la titular por la interina, y por lo tanto extensibles tan sólo hasta ese día los salarios de tramitación; fundamentalmente porque en el año 1998 en que se produjo tanto la contratación como el despido de la trabajadora como interina para sustituir a otra que se hallaba de baja por maternidad, ya regía el Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre, en cuyo artículo 4.2 b) se dispone (despejando así las dudas que creó el Real Decreto 2104/1984, de 21 de noviembre, al que vino a sustituir) que la duración del contrato de interinidad «será la del tiempo durante el cual subsista el derecho del trabajador sustituido a reserva de puesto de trabajo...», que en el caso de autos sólo alcanzaba hasta la fecha en que la trabajadora en situación de baja por maternidad fuera dada de baja, como así lo fue el 12 de julio. Y, como puede apreciarse, esta disposición reglamentaria no hace depender la extinción del contrato de interinaje de la reincorporación del titular sino del mero cese del derecho a la reserva de plaza del trabajador interinado, tal como esta Sala ya ha aceptado y admitido, como puede apreciarse en SSTS 20-01-1997 o la más reciente de 24-01-2000.

Pero lo que no puede evitarse al empresario, si quiere extinguir el contado temporal, es la obligación de denunciarlo, **sin que quepa una denuncia desconfigurada, esto es, declarada inicialmente al constituir el contrato de trabajo o en cualquier momento de la dinámica del mismo.** Es exigencia del Real Decreto 2720/1998, de 18-12, que los contratos de duración determinada se extingan **previa denuncia de cualquiera de las partes, señalándose como causas las siguientes: la realización de la obra o servicio en el contrato para obra; la expiración del tiempo convenido en el contrato eventual por circunstancias de la producción; la reincorporación del trabajador sustituido, o el vencimiento del plazo legal o convencional establecido para la reincorporación, o la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo, o, finalmente, el transcurso de un plazo de tres meses en los procesos de selección promoción para la provisión definitiva de un puesto de trabajo en las Admisiones Públicas, todo ello para los contratos de interinidad (art. 8.1).**

La consecuencia de la falta de **denuncia coetánea con la causa que permite la extensión del contrato temporal**, como se ha dicho, hace que se entiendan prolongados los contratos tácitamente, bien hasta la conclusión de la duración máxima o bien tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación (art. 8.2).

Si se estima que el contrato temporal de interinidad, por ejemplo, en el que se ha producido el despido declarado improcedente, se extingue necesaria y automáticamente con el vencimiento del plazo convencional establecido para la reincorporación del sustituido, se está aceptando como válida la denuncia, la declaración de despido, cualquiera que sea el momento en que éste haya tenido lugar. Si se acepta la validez del despido como denuncia del contrato temporal, **se está ofreciendo al primero, cuando es improcedente, el significado y valor de una denuncia procedente.** En caso de que esta doctrina sea compartida, se deberá **revisar la contextualización de la denuncia con la causa de extinción del contrato temporal. No es baladí que la denuncia deba ser coetánea con la llegada de la causa extintiva. Antes bien, lo contrario debería llevar a la supresión de la exigencia de la denuncia o a la aceptación generalizada de la validez de ésta dentro del clausulado general de los diversos tipos de contratos temporales.**

No obstante, y por razones de seguridad jurídica, se ha de insistir en que en la STS de 23-07-2009 se acepta la validez del desistimiento en un periodo de prueba nulo, como denuncia presunta del contrato temporal.

Seguramente haría falta una reflexión adicional para intentar argumentar, más eficazmente, en la línea del **fortalecimiento de la exigencia de la denuncia, no en un sentido meramente formal, sino como derecho material del trabajador que ve que se va a extinguir su contrato, que se respeta la bilateralidad de la relación jurídica en la que, quien extingue lo comunica así y cuando procede al que espera una noticia, en el momento relevante y tenso, para la extinción o la prórroga o la transformación de su contrato.**