

EJECUCIÓN DEFINITIVA DE CONDENA SOLIDARIA EN DESPIDO IMPROCEDENTE. PUNTOS CONFLICTIVOS

ALBERT SORIGUERA SERRA
Secretario Judicial Titular de Barcelona



Este trabajo ha obtenido el 1.º **Premio Estudios Financieros 2007** en la Modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Luis Enrique DE LA VILLA GIL, doña María Milagros CALVO IBARLUCEA, don Juan CALVENTE MENÉNDEZ, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO, don ANTONIO SEMPERE NAVARRO y don Jesús MERCADER UGUINA

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto:

EL trabajo que hemos escogido es eminentemente práctico, para que pueda ser aplicado a la realidad diaria de los Juzgados de lo Social. Se trata de los problemas que pueden darse en la ejecución definitiva de las sentencias por despido improcedente, con condena solidaria, es decir, no en el supuesto normal en que se condena solamente a una empresa, sino en los casos en que, además de esta, se condena a otras personas –físicas o jurídicas–, ya sea cuando concurre el denominado «grupo de empresas», o cuando se condena al administrador o al socio mayoritario, o, a todos a la vez, o, por último, cuando, además, se declara la existencia de «cesión ilegal». Debemos constatar, por un lado, que no hemos encontrado ninguna resolución que aborde el problema con seriedad y en profundidad, a lo sumo han puesto un «parche» para salir, del paso, y, por otro, sorprendentemente, tampoco los defensores de las partes han planteado el tema. Se trata de examinar, a lo largo de este trabajo, los numerosos problemas que pueden suscitarse en estas ejecuciones. El desarrollo podemos sintetizarlo así:

1. Una introducción en la que se afirma que los Tribunales (al contrario que los Juzgados de Instancia, que son los que tienen que ejecutar y enfrentarse muchas veces con la oposición de los condenados) están alejados de la realidad, por cuanto no tienen delante al justiciable y dictan una resolución más de «laboratorio», no se preguntan, muchas veces, si los pronunciamientos de sus resoluciones son ejecutables en la realidad. Se apoya esta afirmación en el estudio de tres Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, difícilmente ejecutables.

2. En el desarrollo del tema, se analiza la problemática de la ejecución de referencia, poniéndose de relieve cuáles –entendemos– son: los requisitos para declarar cuál

.../...

.../...

es la opción válida –readmisión o indemnización– de entre las que han podido efectuar las distintas condenadas; los parámetros que deben darse para la Ejecución Parcial distinguiéndola de la Total; y los parámetros para resolver la problemática relación única/readmisión. Continuando con un examen de numerosas sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia para fijarnos si resuelven correctamente el tema, y siguiendo con un examen de las partes condenadas solidariamente en relación con las distintas modalidades que pueden darse (grupo de empresas, condena de administradores o socios, etc.). Por último, haremos una breve referencia al despido improcedente con opción del trabajador por Convenio Colectivo.

3. En las conclusiones se efectuará una propuesta de dos modelos de Fallo, uno para despido improcedente con condena solidaria, y otro, cuando, además, se declara la existencia de cesión ilegal; con especial cuidado en poner todos los pronunciamientos para que dichos Fallos puedan ejecutarse sin dificultades.

Finalmente, poner de relieve que el trabajo no solo va dirigido a los Magistrados, sino también a los abogados laboristas, pues si toman en consideración estos modelos de Fallos, les servirá para adecuar correctamente los suplicos de las demandas, logrando, correlativamente, una correcta congruencia con tales Fallos.

Palabras clave: ejecución, despido improcedente, condena solidaria, cesión legal y readmisión.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Despido improcedente. Las ejecuciones total y parcial. La firmeza de los cuatro parámetros. La excepción. los quinto y sexto parámetros: la problemática de la relación única y la readmisión.
 1. Las Ejecuciones Total y Parcial. La firmeza de los cuatro parámetros. La excepción.
 2. Los quinto y sexto parámetros: la problemática de la relación única y la readmisión.
 3. Comentario de sentencias sobre los efectos de las posibles opciones.
 4. Comentario de resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la posibilidad de ejecución parcial.
 5. Examen de las distintas partes condenadas solidariamente en relación con las distintas modalidades que pueden darse.
 6. Despido improcedente y opción del trabajador por Convenio Colectivo.
- III. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Al examinar las bases y demás aspectos de la Convocatoria del **Premio Estudios Financieros**, lo que quizá hemos encontrado de más interés es que lo que se tomaría en mayor consideración es la aplicación práctica de los trabajos que se presenten. El presente estudio, como se verá posteriormente, está enfocado, casi en todos sus aspectos, en si cuando estamos ante una Sentencia –o Resolución– Judicial condenatoria es posible ejecutarla perfectamente, a la vista de los distintos pronunciamientos, o si es de imposible Ejecución, o cuando menos no están claros estos pronunciamientos y ofrecen serias dudas sobre tal Ejecución.

Quizá parecerá exagerado lo que acabamos de apuntar, pero este autor, a lo largo de todos estos años, como Secretario Judicial se ha encontrado «de todo», e incluso podemos decir que esta problemática en la Ejecución es directamente proporcional a cuanto mayor es la Superioridad del Órgano Judicial. Podría ser que tuviera su lógica, porque los Juzgados de instancia son «la infantería» de los Órganos Judiciales, los que tienen que ejecutar materialmente las Resoluciones y en consecuencia son los que tienen que «dar la cara» y muchas veces enfrentarse con el condenado. Por tanto, podría parecer que los Órganos de Segunda Instancia (en nuestro caso de suplicación) y los de Tercera o Última Instancia (casación) están en una burbuja, alejados de la realidad, y esta burbuja es directa y proporcionalmente mayor, cuanto mayor es la Superioridad del Órgano en cuestión. En los Tribunales se hace una labor más de «laboratorio», porque están, como hemos dicho, sin contacto directo con las partes.

No se nos oculta que para algunos puristas estas afirmaciones son absurdas o aberrantes, pero con unos ejemplos quedará acreditado lo que decimos.

Estas Resoluciones de imposible o de difícil Ejecución, podemos dividir las en dos modalidades: la primera se refiere a que cuando consultamos una Sentencia de la Superioridad que, cuando tenemos un caso análogo, deberíamos seguir casi obligadamente –si es del TSJ que nos corresponde desde el punto de vista de la competencia funcional– o preceptivamente –si es del TS–, ¿qué ocurre si tiene una doctrina tan defectuosa que no puede aplicarse?; la segunda se refiere al supuesto en que tenemos un asunto concreto en que nos piden la Ejecución, pero que es imposible por sus pronunciamientos.

Vamos a poner tres ejemplos:

1. El primer ejemplo, que parece muy simple, pero no lo es, como se verá, va referido a cuándo se tienen que computar los 10 días que, según el artículo 276 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), concede al empresario que ha optado por la readmisión, para requerir de reanudación de servicios al trabajador. El precepto parece muy claro, ya que dice que el empresario «deberá comunicar

por escrito al trabajador, **dentro de los diez días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia** la fecha de su reincorporación al trabajo». Veamos qué dice la Jurisprudencia.

* STS de 23-11-98 P. Sr. Sampedro Corral (RJ 1998\10019), afirma que «(debe entenderse, lógicamente, que **el plazo se inicia a partir de la firmeza de la sentencia para el empleador**)».

* STS de 22-03-01 P. Sr. González Peña (RJ 2001\7794). Dice: «La literalidad del precepto al indicar que el empresario "deberá comunicar por escrito al trabajador, dentro de los 10 días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia, la fecha de reincorporación al trabajo..." es lo suficientemente clara para fijar el día inicial, sin posibilidad de distinguir entre una admisión expresa o tácita».

* STS de 22-06-01 P. Sr. González Peña (ED 2001/31244), entiende sobre el plazo de 10 días que el requerimiento «**ha de hacerlo dentro de los 5 primeros días desde la notificación de la sentencia y sin esperar la firmeza de la misma si fuere la de instancia**», añadiendo que «**la Sala no desconoce la expresión utilizada en la sentencia de 23 de noviembre de 1998, recurso 634/98 es una afirmación que no es vinculante y está realizada a mayor abundamiento**».

* STS de 15-03-04 P. Sr. Gullón Rodríguez (ED 2004/40555), se remite a la anterior y en el mismo sentido, al igual que las SSTSJ de Andalucía/Málaga de 07-02-03 P. Sr. Vela Torres (ED 2003/44967), y de Madrid de 12-02-98 P. Sr. Rodríguez Estevan (ED 1998/5663).

Por tanto, ¿es posible empezar a computar los 10 días que el artículo 276 de la LPL otorga al empresario para que requiera al trabajador de reanudación de servicios, a partir de la notificación de la Sentencia, si con este requerimiento se empieza a ejecutar definitivamente la Sentencia; qué ocurre si, por ejemplo, el empresario recurre la Sentencia en suplicación?

La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 2000 pretende regular la ejecución de títulos ejecutivos en todos sus aspectos, pero, lamentablemente, nada dice sobre el requisito fundamental que debe reunir una Sentencia para que pueda ejecutarse definitivamente, esto es, que haya adquirido **firmeza**. La LEC de 1881, sin tantas pretensiones como la actual, en su artículo 919, dice con claridad meridiana: «Luego que sea **firme** una sentencia se procederá a su ejecución». En la LPL, el artículo 235.1 –que es la norma general– y está enclavado en el Libro IV («De la ejecución de las sentencias»), Título Primero («De la ejecución definitiva»), Capítulo Primero («Disposiciones de carácter general») dice: «Las sentencias **firmes** se llevarán a efecto en la forma prevenida en la LEC para la ejecución de las sentencias dictadas en los juicios verbales»; y si nos concretamos en los despidos, el artículo 276, aquí comentado, está enclavado en el mismo Libro IV, Título I, Capítulo III denominado «De la ejecución de sentencias **firmes** de despido». Por todo lo argumentado, debemos concluir, sin que quepa duda alguna, que en la ejecución definitiva de Sentencias, estas deben haber adquirido **firmeza**.

Pero no hagamos caso de las anteriores argumentaciones y sigamos la doctrina de las Resoluciones que hemos citado. Supongamos que tenemos una Sentencia que declara la improcedencia del despido, el empresario opta por la readmisión y al propio tiempo recurre en suplicación; entonces –según el criterio de las SSTSJ– el empresario ya tiene que requerir al trabajador la reanudación de sus servicios, a partir de los 10 días siguientes a la notificación de la Sentencia; por ello, si la readmi-

sión es incorrecta o no se produce, o el trabajador no cumplimenta el requerimiento, ¿es que el trabajador o el empresario –depende de quién incumpla con sus obligaciones– ya pueden pedir la ejecución definitiva de la Sentencia? O sea, si es el trabajador, ¿ya empiezan a correrle –después de estos 10– los 20 días del artículo 277 para ejecutar la Sentencia? Pero no olvidemos que la Sentencia no es firme, por cuanto está pendiente de resolución de recurso de suplicación. Y la cosa puede complicarse más porque cualquiera de las partes puede pedir la ejecución provisional de la Sentencia (arts. 295 y ss. de la LPL), y entonces, si se concede, tendremos, por un lado, una ejecución provisional y, por otro, una ejecución definitiva –de una Sentencia no firme, no lo olvidemos– y entretanto, el recurso de suplicación contra la Sentencia sigue su curso. Vemos que pueden producirse una confusión y una inseguridad jurídica descomunales, y que según sea el sentido de la Resolución resolviendo la suplicación, por ejemplo que revoque la de instancia, podría tener que decretarse la nulidad de actuaciones de la ejecución definitiva, ya que, tampoco olvidemos, la ejecución provisional es autónoma sea cual sea el resultado del recurso de suplicación.

Y aún no hemos terminado con estas convulsiones. Si el único que recurre es el trabajador, por ejemplo porque entiende que su salario es mayor, entonces, podría pedirse la Ejecución Parcial, porque una parte de la Sentencia es firme; entonces, ¿esta solicitud de Ejecución Parcial se convierte en preceptiva, para que no le prescriba la ejecución?, o la Ejecución Parcial, ¿la tiene que pedir el empresario? Y no olvidemos que el artículo 240 de la LPL dice que: «Podrá ejecutarse parcialmente la sentencia...», es decir, que se utiliza la expresión «podrá» en condicional y no «deberá» en imperativo.

En fin, debemos entender que la única explicación posible es que el legislador que redactó el artículo 276 de la LPL incurrió en un lamentable error de redacción, y que **la única solución posible es entender que los 10 días empiezan a correr desde la firmeza de la Sentencia.**

2. El segundo ejemplo lo encontramos en la STS de 18-10-00 P. Sr. García Sánchez (ED 2000/33449), que viene a decir en síntesis –citando las anteriores SSTS de 13-06-89 (ED 1989/6028) y de 12-12-86 (ED 1986/8235), que: «En definitiva, conforme a la citada Jurisprudencia el trabajador que, como el demandante en el caso, se encuentra en situación de IT (anterior i.l.t.) cuando había de ser requerido para incorporarse al trabajo y no lo fue, no pierde los salarios de tramitación ni ve caducada su acción en los términos que previene el artículo 277 de la LPL, a menos que deje transcurrir los plazos allí establecidos, pero **cuyo cómputo se iniciará a partir del momento en que sea dado médicamente de alta para el trabajo** pues antes no le sería posible incorporarse a él».

Si no hemos comprendido mal, los 10 días a los que se refiere el artículo 276 de la LPL deben empezar a computarse a partir del Alta médica, pues entonces el trabajador ya es apto para reanudar sus servicios. En principio parece una doctrina correcta, pero el problema apareció respecto de un procedimiento concreto del Juzgado en asunto parecido en que se pidió la Ejecución de la Sentencia, pues, ¿qué ocurre si el empresario ignora cuál es la fecha de Alta del trabajador? Veamos previamente: ¿cómo tendría que actuar el trabajador, que estaba en IT cuando se le da de Alta médica? Del artículo 2, números 2 y 3 del Real Decreto 575/1997, que regula determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por IT, y de los artículos 2.2, 3.2 y 4.2 Segundo, de la Orden de 19-06-07 que desarrolla el anterior Real Decreto, se desprende, con toda claridad, que el trabajador tiene que llevar a la empresa los partes de Baja y de Confirmación a los

tres días de su entrega, y el parte de Alta a las 24 horas. ¿Qué ocurre si el trabajador incumple esta obligación? Y pensemos que a pesar de que el trabajador ha sido despedido, si el empresario opta por la readmisión, el contrato revive como si no se hubiera roto, y el trabajador, si bien recupera todos sus derechos, también debe cumplir con sus obligaciones. A los efectos del cómputo de 10 días, si aplicáramos literalmente la referida STS de 18-10-00, la empresa quedaría en total indefensión, por cuanto no tiene forma alguna de enterarse del Alta si no es por el trámite referido. Entonces, parece que lo más justo y equitativo es que el cómputo de 10 días empiece a contar a partir de cuando la empresa tiene cabal y exacto conocimiento de este Alta, tesis que adoptó el Juzgado y que fue ratificada por STSJ de Catalunya en varias Sentencias que, por cierto, respecto del plazo del artículo 276 de la LPL entiende que «la comunicación debe hacerse "dentro de los 10 días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia"» (debe entenderse, lógicamente, que el plazo se inicia a partir de la **firmeza** de la sentencia para el empleador) [STSJ de Catalunya de 20-06-06 (Rec. n.º 1025/06)]. Vemos pues, como otra STS no puede aplicarse en la realidad.

3. Por último, el tercer ejemplo se trata de un asunto que también se ha ventilado en el Juzgado. En la demanda se solicita una declaración de derecho y el pago de una cantidad para cada uno de los 29 trabajadores actores, con una petición subsidiaria también con reclamación de cantidades que, asimismo, se relacionan; la Sentencia de instancia estima la reclamación subsidiaria y recoge en el Fallo la relación de cantidades reclamadas que se conceden; el TSJ desestima la demanda en suplicación; el TS resolviendo casación en u.d., en Sentencia de fecha 27-11-06 P. Sr. Gullón Rodríguez (Rec. núm. 3134/05) (ED 2006/353384), en su Fallo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la parte actora, casando y anulando la STSJ, «debemos declarar y declaramos que las horas de trabajo realizadas como guardias de presencia física habrán de ser consideradas como tiempo de trabajo, y en su virtud deberán ser retribuidas de conformidad con la cuantía establecida en el Convenio Colectivo en cuanto no superen la jornada laboral ordinaria de 40 horas en cómputo semanal o de 1.826,27 horas en cómputo anual, pero habrán de ser remuneradas con el valor de la hora ordinaria de trabajo las que superen el indicado límite legal. Sin costas».

Curiosamente, la STS de 27-11-06 P. Sr. García Sánchez (rec. 4919/05, ED 2006/364906), es decir, de la misma fecha y en que el objeto del procedimiento es exactamente igual que la Sentencia anterior, dice en su Fallo: «En consecuencia, revocamos la Sentencia del Juzgado, acordando, en su lugar, la íntegra estimación de la demanda, por lo que declaramos el derecho de los trabajadores a los que tal demanda se refiere a que las horas de trabajo consistentes en guardias de presencia física sean consideradas como de trabajo efectivo y, por lo tanto, se les retribuyan conforme al valor de la hora ordinaria, abonando, en consecuencia, las diferencias generadas durante el año 2002 a cada uno de los actores en las siguientes cuantías (salvo error u omisión): A don Juan, 8.699,40 euros; a doña Lidia, 6.469,18 euros; a doña Ángeles, 7.438,86 euros; a don Luís Pedro, 10.099,83 euros; a don Daniel, 7.700,05 euros; a doña Remedios, 9.031,68 euros; a don Plácido, 9.055,05 euros, y a don Jesús Carlos, 6.441,22 euros. Sin costas.»

Ni en la primera Resolución de este Apartado ni en los Fundamentos de Derecho, ni –como hemos visto– en el Fallo, se hace mención alguna de cantidades, ni se remite a las cantidades de la demanda o de la Sentencia de instancia. Después de devolver las actuaciones al Juzgado de instancia, la parte actora solicitó la ejecución aportando con el escrito una relación de cantidades. El Juzgado

dictó Auto entendiendo que no se podía ejecutar, pues la acción sobre declaración de derecho y de reclamación de cantidades se había convertido por la STS en una acción meramente declarativa y, por tanto, parece que dicha Resolución incurrió en incongruencia por omisión de pronunciamientos. ¿Cuál puede ser la salida para que los actores puedan cobrar las cantidades? Pues una aclaración (art. 214 de la LEC) o una subsanación de omisiones o defectos (art. 215 de la LEC), no parece viable, por cuanto transcurrió con exceso el plazo de dos días. Quizá podría solicitarse que el propio TS declarase la nulidad de su Resolución, o si no es así acudir al TC, pero parece que por el momento se ha ocasionado un grave perjuicio a la parte actora.

Como hemos visto, la prueba de esta incongruencia es que la otra STS, de la misma fecha, que hemos visto, recoge perfectamente las cantidades que son objeto de reclamación, pudiendo observarse si han sido rebajadas algo respecto de las que figuran en la demanda.

A la vista de estos tres ejemplos, nos hemos planteado escoger para este trabajo el tema de la Ejecución de despido improcedente en condena solidaria, o sea, que la condena se produzca respecto de varias personas físicas o jurídicas, sobre qué ocurre en el caso de que varias condenadas puedan optar a la readmisión o a la indemnización, cuál de ellas será la opción válida, sobre si puede acordarse la Ejecución Parcial de Sentencia si una de las partes recurre, etc., pero dejando constancia de que no analizaremos la ejecución provisional, porque el trabajo tendría unas dimensiones desmesuradas. Aclaremos, asimismo, que abordamos el tema desde un único punto de vista: que las conclusiones a las que lleguemos sean aplicables a la práctica, a los asuntos que sustancian diariamente los Juzgados de lo Social que tengan encomendada la ejecución y, por ello, prácticamente no consultaremos manuales de autores doctrinales, sino que la base la tomaremos de la Jurisprudencia y de las Resoluciones ilustrativas de los TSJ, que analizaremos en profundidad.

El presente estudio concluirá con la propuesta de un modelo de Fallo de sentencia condenatoria solidaria de despido improcedente genérica, y otra en la que, además, se aprecia cesión ilegal del trabajador. El esfuerzo se justifica por la constatación, como se verá a lo largo del trabajo, de que quizá por la falta de precisión legal de la Ley en este ámbito, la casi totalidad de sentencias de este tipo estudiadas —y han sido muchas de ellas— presentan serias dificultades para su ejecución y en no pocos casos tal ejecución deviene en la práctica imposible.

Finalmente, efectuaremos tres observaciones: la primera, que en este trabajo no pretendemos simplemente criticar por criticar, pues ante todo, tenemos un gran respeto por cada uno de los Magistrados que emiten sus Resoluciones, pero sí intentamos colaborar aunque sea con nuestro humilde granito de arena, a que las Resoluciones condenatorias con pronunciamientos múltiples y complejos «sean más ejecutables», pues no en vano las SSTC 33/83 (RTC 1983/33) y 66/93 (RTC 1993/66), entre otras, dicen que «el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 de la CE comprende el de obtener la Ejecución de las Sentencias, ya que lo contrario equivaldría a convertir las decisiones judiciales en meras declaraciones de intenciones»; la segunda, que hemos tenido que seleccionar muchas SSTSJ porque en esta materia de despido —al igual que la de invalideces— nos encontramos con lo que el Magistrado Sr. DESDENTADO BONETE (Apuntes de clase, «Máster de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», 7.ª Edición, Años 2004-2006, de la «Universidad Pompeu Fabra») denomina «controversias de valoración casuística», es decir, que es difícil que lleguen Sentencias contradictorias al TS; y, tercera, que, volviendo al aspecto práctico del estudio, versa, se repi-

te, en una crítica de sentencias y culmina con una propuesta de modelo de fallo, puede parecer de utilidad solo para Jueces y Magistrados. Nada más lejos de la realidad: solo un conocimiento suficiente de la materia objeto de estudio por parte de Abogados Laboralistas y Graduados Sociales permitirá que los Suplicos de sus demandas incorporen previsiones como las propuestas en este estudio y que facilitarán una ejecución –para empezar– y, además, una ejecución ordenada. Y todo ello en materias tan frecuentes en la práctica como la condena a grupos de empresas, sucesión de empresas, cesión ilegal de trabajadores o condena de los Administradores.

II. DESPIDO IMPROCEDENTE. LAS EJECUCIONES TOTAL Y PARCIAL. LA FIRMEZA DE LOS CUATRO PARÁMETROS. LA EXCEPCIÓN. LOS QUINTO Y SEXTO PARÁMETROS: LA PROBLEMÁTICA DE LA RELACIÓN ÚNICA Y LA READMISIÓN

1. Las Ejecuciones Total y Parcial. La firmeza de los cuatro parámetros. La excepción.

A) Vamos a abordar las diferencias y las similitudes entre las dos Ejecuciones, con lo que daremos una visión panorámica del tema.

B) Aun cuando se trate de una condena solidaria, la Ejecución definitiva Total no ofrece las dificultades que pueden presentarse en la Ejecución definitiva Parcial, pues en la primera la Sentencia es firme en todos sus aspectos, puesto que no está pendiente de resolverse ningún recurso, bien porque no cabía, o bien porque ha sido consentida por todas las partes; tendrá la dificultad, sobre todo en el supuesto de que la opción válida sea a favor de la readmisión del trabajador (si la opción es por la indemnización, tendríamos una mayor facilidad en la ejecución, ya que sería simplemente una ejecución dineraria), en el sentido de cuál de entre los condenados es el que tiene que readmitir regularmente, pero, se insiste, no presenta la dificultad de la Ejecución Parcial, en que previamente tiene que averiguarse si la ejecución que solicita, normalmente, la parte actora (aunque también puede solicitarla alguno de los condenados), es posible o no. Por tanto, los mayores esfuerzos los dirigiremos a intentar explicar la posibilidad o no de acceder a la Ejecución Parcial.

C) En la Ejecución Parcial debemos partir del artículo 240 de la LPL, que reza: «Podrá ejecutarse parcialmente la sentencia, aunque se hubiere interpuesto recurso contra ella, respecto de los pronunciamientos de la misma que no hubiesen sido impugnados».

Cuando nos encontramos ante un solo demandado que es condenado, no ofrece muchas dificultades conocer cuándo nos encontramos ante una Ejecución Total o cuándo con una Parcial, pero la cosa cambia cuando nos encontramos con una condena solidaria en la instancia o después de un recurso.

Aplicando este precepto al tema que aquí abordamos, es decir, a la condena solidaria en despido, podemos efectuar las siguientes consideraciones:

a) Para delimitar las cuestiones litigiosas que puede plantear normalmente la parte actora, al solicitar la Ejecución Parcial, diremos que ni la Ley ni la Jurisprudencia establecen cuáles pueden

ser las normas generales y las excepciones a fin de que se pueda acceder a la Ejecución Parcial de Sentencia en el caso de que se produzca una condena solidaria, o de que sea posible que se produzca, como en el caso de que si bien han sido absueltos unos codemandados en la instancia, la parte contraria ha recurrido en suplicación para que se produzca tal condena, con lo que esta puede ser posible. En efecto, el único precepto de la LPL, que hemos transcrito, el artículo 240, no prevé el supuesto de la solidaridad. Y las Resoluciones que se comentarán, tampoco aclaran mucho la cuestión.

b) A pesar de lo argumentado en el párrafo anterior, entendemos que sí que podemos dar una regla general y una excepción a fin de conocer si es posible o no acceder a la Ejecución Parcial.

La norma general es la siguiente: deben haber adquirido firmeza, que es el requisito básico que exige el artículo 240 de la LPL, los siguientes cuatro parámetros: 1) la condena de la parte contra la que quiere dirigirse dicha Ejecución; 2) la calificación del despido (improcedente o nulo); 3) la opción efectuada válidamente; y 4) al menos parte de los salarios de tramitación.

La excepción: si es firme la condena de la parte contra la que pretende dirigirse la Ejecución Parcial –parámetro 1)– y si son firmes al menos en parte los salarios de tramitación a que está condenada –parámetro 4)– podrá accederse a la Ejecución Parcial de solo la parte firme de los salarios de tramitación. Desarrollemos:

- En primer lugar, examinamos el ámbito subjetivo de la condena. No hay discusión en cuanto a que si solicitamos la Ejecución Parcial contra uno de los condenados concretos, o contra varios, la condena de estos tiene que ser firme, o sea, que no puede variar sea cual fuere el resultado del recurso o recursos de suplicación. Es obvio que no pueda accederse a la ejecución definitiva contra un condenado si este ha recurrido y solicita su absolución.

- En cuanto a la calificación del despido, la firmeza consiste en que el recurso no la pueda cambiar, es decir, que si la Sentencia de instancia (o la de suplicación) declara la improcedencia del despido, y el recurso se interpone para que se declare la nulidad, no podemos ejecutar parcialmente la Sentencia. Supongamos que se opta por la indemnización y se accediera a la Ejecución Parcial, ¿qué ocurriría si la Sentencia de suplicación calificara el despido de nulo? Incluso podemos avanzar un poco más, supongamos que se opta por la readmisión y en suplicación se declara la nulidad del despido; alguno podría decir que en este caso es perfectamente ejecutable parcialmente la Sentencia, pues en ambos casos procederá ejecutar la readmisión, pero no podemos olvidar que la improcedencia tiene unos trámites y la nulidad otros (en la primera, en caso de no readmisión o readmisión irregular, se extingue la relación laboral, con fijación de indemnización y salarios de tramitación; en la segunda, la readmisión es incondicional y no puede sustituirse por otra decisión). Por eso entendemos necesario este requisito.

- En cuanto a la firmeza de la opción o que esta sea válida, procesal y jurídicamente. Aquí también tienen que darse unas reglas muy estrictas, pues, en caso contrario, nos conduciría al caos. En efecto, supongamos que se condena a varios demandados: ¿qué ocurre si unos optan y otros no?; ¿quién o quiénes tienen preferencia?; ¿cuál es la opción preferente?; ¿cuándo pueden las partes optar válidamente desde el punto de vista jurídico-procesal? Entendemos que lo correcto, desde esta perspectiva, sería que la Sentencia recogiera en el Fallo, y fuera suficientemente argumentado en un

Fundamento de Derecho, este aspecto fundamental de la Sentencia, pero, como lamentablemente en la realidad, la mayoría –por no decir casi todas– de las Sentencias que hemos podido examinar no tienen pronunciamiento alguno sobre este punto, propondremos unas reglas:

– En primer lugar, deberemos averiguar, cuándo se puede efectuar la opción válidamente desde la vertiente jurídico-procesal. Parece que lo correcto, si utilizamos un símil gastronómico, es coger los siguientes ingredientes:

- El artículo 1.145 párrafo primero del Código Civil (CC), sobre obligaciones solidarias: «El pago hecho por uno de los deudores solidarios extingue la obligación».

- El artículo 1.131 párrafo primero del CC, sobre obligaciones alternativas: «El obligado alternativamente a diversas prestaciones debe cumplir por completo una de estas».

- El artículo 56.2 del ET: «En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior (indemnización de 45 días de salario por año de servicio), depositándose en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de este.

Cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior (salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la Sentencia) quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las 48 horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna.

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

- El artículo 56.1 del ET: «Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b) de este apartado 1 (salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la notificación de la Sentencia), o el abono de las siguientes percepciones económicas que deberán ser fijadas en aquella;...».

- El artículo 110 de la LPL: «1. Si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o, a elección de aquel a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará...».

2. En caso de que se declarase improcedente el despido de un representante legal o sindical de los trabajadores, la opción prevista en el número anterior corresponderá al trabajador.

3. La opción deberá ejercitarse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia.

4. (...)».

- En algún supuesto, el Convenio Colectivo a aplicar dará la opción al trabajador, por lo que deberá estarse a su contenido.

- Íntimamente relacionado con la readmisión, la Jurisprudencia que hemos recogido, aun cuando el trabajador en la realidad trabaje para varias empresas de un mismo grupo, se trata de una relación única.

- Pues bien, todos estos ingredientes se introducen en una «BATIDORA», y el resultado nos aclarará todo lo referente a la opción en condena solidaria.

Podemos aventurar que deben mezclarse preceptos de condena solidaria y alternativa, así como de otros preceptos que nos dicen quién puede optar, y de ser varios, quién tiene preferencia.

Debemos averiguar cuál de las partes puede efectuar la opción válidamente. Del artículo 56.2 del ET se desprende que si la opción la tiene la empresa, esta puede, con preferencia, y antes del procedimiento, reconocer la improcedencia y optar por la indemnización, y con ello, por la extinción de la relación laboral, y entonces para no tener que pagar salarios de tramitación puede consignar la indemnización dentro de las 48 horas del despido, o si lo hace más tarde, se producirán salarios hasta tal consignación.

Ello significa que esto no es más que una opción preferente que formalmente debemos de interpretar que tiene la empresa «nominalista» (o sea, la que ha contratado formalmente al trabajador, la que consta en el contrato y valga la redundancia). ¿Qué efectos o consecuencias tiene esta opción? Pues que, según la doctrina de los actos propios [ver SSTs Sala 1.ª de 30-03-06 (ED 2006/31749), de 31-01-95 (ED 1995/553), de 18-12-95 (ED 1995/7036), y de 16-02-98 (ED 1998/941), entre otras], por un lado, dicha empresa, si el trabajador presenta demanda, en el acto del juicio ya no puede variar su opción, y por otro lado, si la Sentencia condena a otras personas (físicas o jurídicas), estas no tienen ocasión de optar y deben pasar por la opción de aquella.

Si no se ha producido la anterior opción preferente, deberemos examinar el contenido del Fallo de la Sentencia, pero, lamentablemente, como ya hemos apuntado, la inmensa mayoría, por no decir casi todos, no hacen especificación alguna en este sentido.

Concretamente, solo hemos encontrado la STSJ de Catalunya de 16-05-00 P. Sr. Azón Vilas (AS 2000\2624), en que el Fallo de la Sentencia de instancia, procedente del Juzgado de lo Social n.º 24 de Barcelona, en despido declarado improcedente, condenaba a «Yamo S.M., S.L.», como responsable principal, a que readmitiera o indemnizara a los trabajadores, y condenaba también a «La Gran Urbe, S.L.» como responsable solidaria al pago de las indemnizaciones y salarios de tramitación. Aunque sea discutible que no condene también a la readmisión a la otra empresa, y con

más razón si como parece era condenada la segunda por formar grupo de empresas, no efectuaremos otras consideraciones, pues aquí nos vamos a limitar a analizar el tema de la opción. En este supuesto lo tenemos muy fácil, pues, según el Fallo de la Sentencia, la única empresa que puede optar es «Yamo S.M., S.L.», por lo tanto aquí es como si se hubiera condenado —con facultad de optar— a una sola empresa demandada, ya que la otra condenada «La Gran Urbe, S.L.», solo responde en el caso de que aquella o bien opte por la indemnización, o bien, a pesar de que opte por la readmisión, esta no se produzca o sea irregular, con lo que también se convertirá en indemnización. En este caso concreto, también se hace constar que la que podía optar «ha desaparecido», con lo que parece claro que la otra codemandada no tuvo más remedio que responder solidariamente.

Pero, como decíamos, casi todas las Sentencias condenan solidariamente tanto a personas jurídicas (que son empresas) como a personas físicas (que también pueden ser empresarios, o no, como socios mayoritarios o Administradores), con lo que todos pueden optar, por cuanto no se dice nada en contrario.

Entonces, lo que no podemos hacer es reunir a todos los condenados y sortear a quién le toca hacer la opción, o insacular una papeleta con sus nombres, parecido a cuando se tenía que designar un Perito según la LEC de 1881 (art. 616), entre otros motivos porque no se puede obligar a ninguna de las partes a optar, pues de no hacerlo, la Ley ya tiene previsto que se entiende que opta por la readmisión.

Desde un punto de vista lógico, nos parece que la mejor solución es la siguiente: el artículo 1.145 del CC dice que cualquiera de los deudores puede efectuar el pago, pero este precepto debemos fusionarlo con el artículo 1.131 del mismo Código, que dice que en las obligaciones alternativas el que puede optar válidamente debe elegir una de dichas obligaciones. ¿Qué significan estos dos preceptos? Pues que para poder cumplir la condena primero se tiene que elegir la opción, y lógicamente, si entre varias cualquiera puede efectuar la opción y esta es única, deberá tomarse en consideración el que elija primero válidamente, ya que, en este caso, el cumplimiento de la obligación —condena, en este caso— queda en un segundo término. Así, ¿cómo se harán estos trámites en la realidad? Nos parece que el único sistema válido es que, como hemos dicho, el primero que opte, de entre los posibles electores, es la opción válida. Ahora bien, se tiene que dar a todos la misma oportunidad para optar. Por ello, es casi imprescindible que esta regla se argumentara en un Fundamento de Derecho de la Sentencia y se hiciera constar en el Fallo, ya que así las partes ya sabrían a qué atenerse en este punto. Y si no es así parece que no existe otro remedio que aplicarlo *ex novo*, cuando se solicite por alguna de las partes la ejecución de la Sentencia. La única forma de dar a las partes la misma oportunidad de optar, nos lo proporciona la LPL, es aplicando el artículo 110.3, que dice que la opción debe hacerse en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la Sentencia, sin esperar la firmeza de la misma. O sea, si para comunicar la opción debe hacerse por escrito o por comparecencia en la Secretaría del Juzgado, cuando haya pasado el plazo de optar para todas las partes con este derecho, se comprobará quién es el primero que ha comparecido o ha presentado escrito, tomando en consideración el día en que se ha efectuado la notificación de la Sentencia, que se puede comprobar normalmente con el acuse de recibo de Correos. Si nadie opta expresamente tampoco se da problema alguno, pues se entiende que todos han optado por la readmisión.

Lo que no puede hacerse, por ser contrario al principio de igualdad de partes, es mirar únicamente quién ha presentado primero el escrito (o ha hecho la comparecencia) interponiendo el recur-

so al Juzgado, sin tomar en consideración la fecha de notificación de la Sentencia, pues aparte de que no se daría la misma oportunidad a todos, no se puede hacer depender del hecho casual de que el que primero que reciba la notificación tenga una mejor oportunidad de optar.

– Pero con esta regla no se ha agotado el tema de la opción. Se habría agotado si se hubiera condenado a todos los demandados, pero: ¿qué ocurre si se absuelve a uno o varios de los demandados, pero la parte actora recurre para lograr una condena solidaria de estos? Entonces entendemos que las opciones que han sido posibles, o sea, para que nos entendamos, las que se han podido efectuar por los condenados en la instancia, no son firmes, pues habrá que aguardar si los absueltos en la instancia (o en suplicación, si se recurre en su caso en casación) han sido o no condenados en suplicación, y si es así se tendrá que esperar a que estos que han sido condenados posteriormente también puedan efectuar la opción dentro de plazo legal. Una vez hayan optado todos los que han sido condenados, entonces se podrá comprobar quién es el que ha optado en primer lugar.

¿Qué consecuencias produce esta segunda regla? Pues que en el caso que examinamos, de posibles condenas solidarias, no podrá accederse a la Ejecución Parcial, respecto de la indemnización o la readmisión (con independencia de que una parte de los salarios sea firme, ya que en este caso sí cabría, pero única y exclusivamente por estos salarios) hasta tanto no se haya dado la posibilidad de optar a todos los posibles condenados. Es lo que decíamos anteriormente respecto a los tres parámetros, que en este caso no se cumplían por cuanto, como se ha dicho, la opción no es firme.

– No desconocemos la STS de 19-01-94 (RJ 1994\352), que se ha recogido en el Apartado «Cesión ilegal», en que parece que discrepa de nuestra tesis. El TSJ en suplicación declaraba la nulidad del despido, y el TS entiende que es improcedente; en lo demás no se modifica, por lo que, además, se estimaba la existencia de cesión ilegal. En concreto, se condenaba solidariamente a las dos empresas –cedente y cesionaria– a la readmisión o a la indemnización, y según parece había discrepancia sobre cuál era la opción válida, respecto de la que efectuaron cada una de las empresas. En esta Resolución que se comenta, el TS dice en su Fundamento de Derecho 6.º: «El tramo final de la sentencia estimatoria de unificación de doctrina es, en cumplimiento del artículo 225.2 TA de la LPL, la resolución del debate de suplicación en términos ajustados a la unidad de doctrina. Tal resolución comprende en el caso la declaración de improcedencia de los despidos acordados; y **la condena conjunta a "Unión Fenosa" y a "Mkt, S.A." a la readmisión** o al abono de las indemnizaciones de despido improcedente (cuyos factores de cálculo no se han discutido en suplicación), y de los salarios de tramitación, en los términos del artículo 56 del ET. **La opción entre una y otra condena debe corresponder en caso de discrepancia a "Unión Fenosa", que ha sido en el caso enjuiciado aquí el único empleador efectivo de las trabajadoras demandantes».**

Con el mayor respeto a esta Resolución, no podemos estar en absoluto de acuerdo con esta tesis. Pues, por un lado, va contra la ejecución de una Sentencia en sus propios términos (art. 18.2 de la LOPJ, y art. 239.1 de la LPL) y, por otro, no puede hacerse una reinterpretación de una Resolución sin variar su contenido mediante recurso y en estimación de este (nos encontraríamos, en términos del art. 189.2 de la LPL, con un supuesto de resolución de «puntos no sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado»). La Sentencia firme dice con toda claridad que ambas empresas pueden optar a la readmisión, y si se entiende que no cabe este pronunciamiento, el Fallo debería decir, contundentemente, que el que puede

hacer la opción por la readmisión o la indemnización es «Unión Fenosa», y condenando solidariamente a «Mkt, S.A.» a responder solidariamente de la indemnización y los salarios de tramitación, es decir, a responder de la condena patrimonial. A mayor abundamiento, en el Fundamento de Derecho 2.º dice con toda claridad que «Mkt, S.A.» «es una empresa con actividad y organización propias». ¿Qué ocurriría si por el motivo que sea (desaparición, cierre, transmisión, etc.) no pudiera readmitir al trabajador?, pues que podría ser factible que fuera readmitido en la otra empresa.

- El cuarto parámetro se refiere a los salarios de tramitación. Estos tienen que ser firmes cuando menos en parte. Puede darse el caso de que el trabajador no esté conforme con el salario fijado en la Sentencia, que estime que el salario tiene que ser superior. Si solo ha recurrido esta parte del salario y no se ha discutido por la parte o partes contrarias, y cualquiera que sea el resultado del recurso o recursos, el salario fijado en la Sentencia no podrá variar a inferior, esta parte, por tanto, es firme y ejecutable.

También puede darse el supuesto de que el que no está conforme con el salario es uno o varios condenados, que recurren por este motivo; entonces, si no hay variación del salario por alguno de los otros parámetros, podrá accederse a la Ejecución Parcial pero solo en la cuantía que reconozca el condenado. O sea, que si recurre una empresa por entender que el salario es de 1.500 euros al mes (cuando la Sentencia reconoce 2.000 €), la Ejecución Parcial solamente será por estos 1.500 euros.

Aquí debemos hacer una matización. Según las SSTS de 05-05-04 P. Sr. Botana López (RJ 2004\4364), y de 24-05-04 P. Sr. Fuentes López (RJ 2004\18427), y salvo que se haya cuantificado específicamente en la Sentencia de condena, la fijación definitiva de los salarios puede hacerse en Ejecución de Sentencia, con lo que, en caso de recurso, solo podrá afirmarse que son firmes los salarios de tramitación cuando sean fijados expresamente en dicha Sentencia o cuando la empresa reconozca, al menos en parte, el débito de tales salarios en, caso contrario, solo podrá accederse a la Ejecución Parcial, en cuanto a este tema de salarios, si cuando menos no se ha efectuado alegación alguna respecto a los casos en que se compensan (por trabajar en otra empresa) o que no se devengan (IT, maternidad, etc.). De cualquier modo, de accederse a esta Ejecución Parcial, deberá tramitarse un incidente, en que las partes podrán proponer y aportar pruebas para acreditar la cuantía de dichos salarios. Pensemos que puede darse algún supuesto en que el trabajador puede estar muy necesitado económicamente y de que interese el pago por la empresa de dichos salarios. Y, por supuesto, quedando a salvo, efectuar un trámite de cuantificación definitiva de los salarios, una vez la Sentencia sea totalmente firme.

- Obsérvese que los tres primeros factores son firmes o no, es decir, que no pueden serlo en parte. Por ejemplo, el condenado firme lo será en todo caso, cualquiera que sea el resultado del recurso, o lo es o no lo es. En cambio, el cuarto parámetro, como hemos dicho, puede ser firme solo en parte, lo que puede ser bastante para que se pueda ejecutar parcialmente la Sentencia.

- En cuanto a la excepción, la parte contra la que queremos instar la Ejecución Parcial deberá estar, en todo caso, y, por tanto, cualquiera que sea el resultado del recurso, condenada al pago de los salarios de tramitación, en su parte firme. Por ejemplo, aunque la calificación del despido no sea firme, o sea, que pueda pasar de improcedente a nulo, en todo caso la condena lo será a los salarios de tramitación en su parte firme.

2. Los quinto y sexto parámetros: la problemática de la relación única y la readmisión.

Como primera cuestión previa, dejar constancia de que estos parámetros se aplicarán indistintamente tanto si se efectúa una Ejecución Total como Parcial.

Para situar el tema, y como segunda cuestión previa, debemos de hacer constar que estos dos parámetros no debemos situarlos al mismo nivel temporal que los otros cuatro, por cuanto deben tomarse en consideración con posterioridad. En efecto, una vez se ha acordado la procedencia de la Ejecución, sea Total o Parcial, si se ha efectuado o no la readmisión, o si esta lo ha sido en forma regular, deberá ser puesta de relieve por el trabajador actor, de la misma forma que cuando nos encontramos ante una sola empresa condenada a readmitir.

En primer lugar, dejar constancia que respecto de la readmisión debemos tomar en consideración el requisito de que nos encontramos ante una relación laboral única, aun cuando en la realidad trabajase para un grupo de empresas o que además de la empresa «nominalista» hayan sido condenadas personas físicas que no tienen empresa *estricto sensu*. Nos remitimos a la Jurisprudencia que hemos reseñado sobre este tema, que va de la STS de 29-03-78 (RJ 1978\1111) hasta la STSJ del País Vasco de 25-10-04 (AS 2004\2889), en las que la doctrina es muy clara, y se puede resumir, como ya hemos apuntado, que al tratarse de una relación de trabajo única, debe producirse una sola readmisión y, evidentemente, no puede dividirse por partes iguales entre los distintos condenados, aparte de que si no llegáramos a esta conclusión, nos conduciría al absurdo.

Lo que ocurre es que aquí se complica la cosa porque, como se ha dicho, pueden ser varias las partes condenadas a la readmisión. Y esto no es todo, pues las partes condenadas pueden ser empresas, ya sean personas físicas o jurídicas, o incluso personas físicas que no son empresarias, por ejemplo el Administrador o el socio mayoritario.

¿Cómo puede solucionarse toda esta problemática? Entendemos que, como en toda readmisión hay que examinar caso por caso, ya que sobre todo es un tema de prueba. Como hemos dicho en el Apartado correspondiente, y a pesar de que algunas Resoluciones del TSJ digan lo contrario, por ejemplo, la STSJ de Extremadura de 29-10-94 (AS 1994\3829), entendemos que la parte que tiene la carga de la prueba de que el trabajador no ha sido readmitido, es la parte trabajadora, pero muchas veces basta el reconocimiento del empresario admitiendo determinados hechos, por ejemplo que ha tenido que colocar al trabajador en un lugar distinto de trabajo, pero de la misma categoría profesional porque su puesto de trabajo ha desaparecido. Entonces aquí basta con valorar esta situación y si la empresa logra probar la necesidad de esta supresión y que la actividad actual es de la misma categoría profesional.

No obstante, aunque esta temática es eminentemente casuística, vamos a intentar dar unas pautas:

a) La regla general y la excepción.

Entendemos que la regla general la tenemos en el artículo 110.1 de la LPL, que dice que: «Si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la **readmisión** del trabajador **en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido...**».

La excepción es la «movilidad funcional» de artículo 39 del ET, de menor calado que la «modificación sustancial de las condiciones de trabajo» del artículo 41 del ET. La primera puede efectuarla, en principio, el empresario sin ninguna formalidad, al contrario que la segunda. A la primera también la podemos denominar *ius variandi* razonable, por el que en caso de imposibilidad de readmisión en idénticas condiciones, cabe su realización en puestos análogos.

b) Pero, ¿qué ocurre si el que opta por la readmisión no es la empresa «nominalista» u otra del grupo de empresas?, por ejemplo el socio mayoritario. No olvidemos que la tesis que mantenemos es que el primero que opta válidamente es el que puede cumplir la condena. Pues entendemos que, en el supuesto de la readmisión, si en verdad las partes condenadas tienen interés real en readmitir, deberán actuar, de alguna forma, conjuntamente. Ya hemos dicho que la norma básica para que la readmisión sea regular es que se efectúe «en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido». Por tanto, en primer lugar, la empresa que realmente daba trabajo al actor es la que tiene que readmitirlo, y solo si no es posible, en otro puesto análogo, pero en este último caso deberán acreditar tanto que no se ha podido readmitir en las mismas condiciones, como que este puesto es el más parecido al primero en todos los aspectos.

Si no es así, la sanción para todos los condenados es clara: si el trabajador insta incidente de readmisión irregular o no readmisión, se extingue la relación laboral con fijación de indemnización y salarios de tramitación.

Por tanto, y a modo de resumen, podemos afirmar que la readmisión deberá efectuarse por el siguiente orden:

- Deberá readmitir la empresa «nominalista», en el mismo centro de trabajo, mismo puesto, categoría, etc.
- De acreditar la empresa que no es posible lo anterior, en uso del *ius variandi* razonable del empresario, colocarlo en un puesto análogo, o sea, misma categoría, puesto de trabajo parecido, mismo salario, etc.
- En defecto de poder ser readmitido en la empresa «nominalista», y si se ha acreditado su imposibilidad, se efectuará lo mismo que en el párrafo anterior pero con las demás condenadas solidariamente.
- Podría darse el supuesto en que se acredita que no es posible la readmisión en la empresa «nominalista», ni en otras, y que, por ejemplo, los otros condenados no tengan empresa, por ejemplo el Administrador, el socio mayoritario, etc. Entonces entendemos que es defendible la tesis de que la readmisión es imposible, por lo que, en aplicación del artículo 284 de la LPL, procedería extinguir la relación laboral, con fijación de indemnización y salarios de tramitación.

3. Comentario de sentencias sobre los efectos de las posibles opciones.

* AJS de Vigo n.º 3 de 02-11-00 P. Sra. Conde-Pumpido Tourón (AS 2000\3440).

Nos limitaremos a examinar si se ha dado ocasión de optar a todas las condenadas. Se trata de una Sentencia de instancia con despido improcedente y condena solidaria para dos empresas; recurre en suplicación una de ellas por entender que no ha habido sucesión de empresa. Al haber sido condenadas las dos empresas en la instancia, las dos están en condiciones de optar dentro de plazo. En este sentido, si solo ha optado una de ellas por la readmisión, la otra, que no ha optado, debe acatar la opción de la otra, en aplicación de los preceptos de las obligaciones solidarias y las alternativas.

* STSJ de Canarias/Las Palmas de 07-07-98 P. Sr. Martín Hernández-Carrillo (AS 1998\3393).

a) Se dicta Sentencia de instancia, se declara la improcedencia del despido y se condena a una sola empresa, «Colanza, S.L.»; esta opta por la readmisión, y formula recurso de suplicación a fin de que se condene solidariamente a «Lita, S.A.»; la Sentencia de suplicación extiende la condena contra esta última; y la primera modifica su opción por la indemnización.

b) Comentario. Entiende la Sentencia que comentamos que el cambio de opción es ilegal, lo que es cierto, pues el artículo 111.1 b) de la LPL solo autoriza el cambio de opción cuando habiendo optado por la indemnización, la Sentencia de suplicación eleva la cuantía de la indemnización (a solicitud del trabajador) y entonces la empresa puede modificar su opción por la readmisión, y este no es el caso que aquí se contempla. Parece que está claro que la opción correcta de «Colanza, S.L.» es la readmisión y no se hace ninguna argumentación en sentido contrario. Pero, ¿qué hubiera ocurrido si la otra empresa, «Lita, S.A.», condenada en la suplicación, hubiera querido optar?, entonces ¿a cuál de las opciones se le habría dado validez? Se debe dar ocasión, en plano de igualdad, a todos los condenados –presentes o futuros en suplicación– a optar, salvo que el Fallo diga otra cosa. Por tanto, tal como se han desarrollado los trámites entendemos que el resultado es incorrecto... ¿qué argumentación jurídica se puede dar para justificar la «ventaja» que se ha dado a «Colanza, S.L.», condenada en la instancia, para poder optar frente a la condenada con posterioridad, que a lo mejor defendió con buena fe su posición jurídica, y a la que no se ha dado esta oportunidad?

* STSJ de Castilla y León/Burgos de 17-07-95 P. Sra. Ureste García (AS 1995\2856).

a) Sentencia de instancia que declara la improcedencia del despido, se condena al Ayuntamiento de Aranda de Duero y se absuelve al Conservatorio Municipal de Música; en la Sentencia de suplicación se extiende la condena, en los mismos términos que a dicho Ayuntamiento, al Conservatorio, manteniendo la Sentencia el resto de sus pronunciamientos; el Ayuntamiento optó por la indemnización, que posteriormente fue depositada en el Juzgado; el Conservatorio no optó; la parte actora solicitó la ejecución «por falta de readmisión o readmisión irregular contra el Conservatorio».

b) Comentario. En primer lugar, destacar la redacción confusa de los hechos básicos de la ejecución que se describe, pues no aclara un punto básico: si el Conservatorio no ha efectuado opción alguna porque no ha querido o porque no se le ha dado plazo para ello, y esto es trascendente.

La conclusión a que llega esta Resolución de que como el Conservatorio no efectúa opción alguna, esta inactividad equivale a allanarse a la opción anterior y expresa del Ayuntamiento por la indemnización, es contraria, como reconoce la propia Resolución del TSJ, a la Ley (art. 56.3 del ET),

pero a pesar de esta afirmación lo interpreta en sentido contrario: «...la interpretación de que el Conservatorio consiente y confirma lo manifestado con anterioridad por el Ayuntamiento».

Entendemos que aquí se ha llegado a esta conclusión a fin de encontrar una salida airosa a esta situación, que sin duda viene propiciada porque ninguna de las Sentencias (ni la de instancia ni la de suplicación), y sobre todo esta última, hace referencia a regla alguna para poder efectuar la opción en un plano de igualdad y con idénticos efectos. Y hacemos esta afirmación porque, ¿en base a qué precepto debe considerarse que la opción del Ayuntamiento es prevalente respecto de la que pueda efectuar –o no efectuar– el Conservatorio? En las Sentencias deben darse reglas suficientes a fin de que las partes condenadas sepan a qué atenerse respecto de la opción que pueden efectuar o no.

* STSJ del País Vasco de 02-02-99 P. Sr. Iruretagoyena Iturri (AS 1999\5613).

a) La Sentencia de instancia condenó, por despido improcedente, solamente al Ayuntamiento; este no optó; por Sentencia de suplicación se condenó solidariamente a otros dos codemandados más, que tampoco optaron. Se estimó, por tanto, que todos los condenados habían optado por la readmisión, y al no haberse hecho efectiva, se dicta Auto declarándose extinguida la relación laboral fijando la indemnización y los salarios de tramitación, si bien en cuanto a estos últimos se hacía una desigual distribución, pues una parte, por el período comprendido entre la Sentencia y el Auto dictado por la Sala, se imputan única y exclusivamente al Ayuntamiento, único condenado en la instancia, y contra el que se acordó una ejecución provisional; y el resto de salarios debían pagarlos todos los condenados solidarios.

b) Comentario. Consideramos la sustanciación del recurso de suplicación impecable y ejemplar.

A partir de la Sentencia de suplicación, que devino firme, todos los aspectos de la condena son de forma solidaria, y no solo a partir de dicha condena, y por ello el Ayuntamiento, a pesar de haber sido condenado con anterioridad, en la Sentencia de instancia no tenía por qué pagar más que las otras codemandadas, por cuanto, se repite, la condena es solidaria. Por ello, si el Ayuntamiento hubiera hecho efectivos los salarios durante la ejecución provisional –cosa que no hizo– debería efectuar la correspondiente liquidación y descuento en las relaciones internas de los condenados solidariamente (art. 1.145, párrafo 2.º del CC). En síntesis, que en la relaciones internas de los codemandados, si todos son solventes, todos tienen que pagar la misma cantidad y si hay alguno insolvente, los demás deben suplirlo (art. 1.145, párrafo 3.º del CC).

* STSJ de Catalunya de 10-03-04 P. Sr. Oro-Pulido Sanz (ED 2004/99416).

a) Se dictó Sentencia declarándose la improcedencia del despido y condenándose solidariamente a las empresas «Camping Salou», «Inverness Turística Española, S.L.», «Inverness Financial, S.A.», «Hoteles Turísticos Unidos, S.A.» y «Hotel Tarraco, S.L.» a readmitir o indemnizar y al pago de los salarios de tramitación; absolviéndose a las codemandadas personas físicas y al «Fogasa»; dos de las empresas condenadas optaron por la indemnización, las demás condenadas no optaron; en Ejecución de Sentencia se dictó Auto extinguiendo la relación laboral, fijando indemnización y salarios de tramitación, y resolviendo reposición se dictó otro Auto modificando la indemnización; el TSJ, resolviendo recurso de suplicación lo estimó, extinguiendo la relación laboral y fijando la indemnización y los salarios de tramitación.

b) Comentario. La Sentencia de instancia tiene un interés desgraciadamente negativo, en el Fallo no se especifica suficientemente todos los pronunciamientos de la condena, y no se han producido otros desaguisados porque las partes –conscientemente o inconscientemente– no han querido complicar más la situación. Veámoslo.

En primer lugar, como hemos visto, se condena solidariamente a cinco empresas a la readmisión o a la indemnización, y «a la empresa» (*sic*) a abonar los salarios de tramitación. Primera duda que plantea: ¿a cuál de las cinco empresas condena a los salarios de tramitación?; aunque como hemos dicho lo dice en singular –«empresa»–, parece, a pesar de su redacción, que se refiere a las cinco empresas, caso contrario sería imposible averiguar a cuál de las cinco se dirige.

En segundo lugar, dice: «La facultad de opción corresponde a la empresa». Aquí repetimos de nuevo ¿a cuál de las empresas? Si entendemos nuevamente que se refiere a todas las empresas, ¿cómo se articulan válidamente las posibles distintas opciones? En el caso concreto dos de las empresas optan por la indemnización y las restantes no optan, por lo que *ex lege* se entiende que optan por la readmisión.

Analicemos el argumento que efectúa en este punto el TSJ de que no es «obstáculo para ello el que alguna o alguna de las empresas condenadas no efectuara la opción, pues en ningún caso se puede aceptar que exista una tácita opción por la readmisión de las otras empresas cuando existe una opción expresa en sentido contrario y aunque teóricamente sí sería posible una opción contradictoria cuando son dos las empresas condenadas como consecuencia de un despido improcedente en el presente caso no existen esas opciones contradictorias manifestadas expresamente; no pudiendo en ningún caso darse preferencia expresa a la opción tácita de las empresas que no optaron por la indemnización, pues de una parte en el presente caso sería imposible la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían cuando se produjo su despido, pues el local en que el trabajador prestaba sus servicios es regentado precisamente por una de las empresas que optó por la indemnización y por otra parte, no puede entenderse que la opción tácita de alguna de las empresas sea más favorable al mantenimiento del vínculo laboral, pues de hecho como se ha dicho la readmisión por estas últimas empresas en esas condiciones es en la práctica imposible».

No estamos conformes con esta explicación, porque en el Fallo no se dice que la opción expresa tendrá validez superior que la opción tácita, y la Ley tampoco otorga esta superioridad, y aquí lo único que hay que calibrar es cuál es la opción válida y si es la readmisión ya hemos dado unas reglas para tal opción, es decir, que en principio era perfectamente posible, aunque aquí se dio la fortuna de no complicarse más la cosa y parece que no se impugnó la decisión de extinción de la relación laboral. Pero, repetimos, ¿qué hubiera ocurrido si una de las empresas hubiera optado por la readmisión y la otra por la indemnización?

Continuemos analizando la tramitación de la Ejecución de la Sentencia que ha efectuado el Juzgado de instancia. Fijaba una indemnización de 6.335.976 ptas. Parece claro que si se ha optado válidamente por la indemnización, esta, que se ha fijado en Sentencia, no puede variar, pero, por el contrario, el Juzgado de instancia, en reposición, rebaja la indemnización en 842.549 ptas, por tanto, de forma incomprensible. Y es más, ambos Autos entienden –erróneamente– que los salarios de tramitación se devengan hasta no se sabe qué fecha, cuando si se opta por la indemnización trae como consecuencia la extinción de la relación laboral, y lógicamente, a partir de la extinción no se pueden

producir salarios. Como no podía ser de otra manera, el TSJ estima el recurso de suplicación, declarando la extinción de la relación laboral con efectos de la opción por la indemnización, fija como indemnización la que se especifica en la Sentencia, y el devengo de salarios hasta tal extinción.

4. Comentario de resoluciones de los TSJ sobre la posibilidad de ejecución parcial.

* STSJ de Catalunya de 11-12-95 P. Sr. Moralo Gallego (ED 1995/8949).

a) Se trata de Sentencia en la instancia, declarando el despido improcedente y se condena solo a la codemandada «Corporation J., S.A.», con absolución de los demás demandados; la empresa condenada opta por la indemnización, que –según dice– es abonada al actor; este recurre la Sentencia solicitando salario superior, así como la condena solidaria de la codemandada absuelta; el actor al propio tiempo solicita la Ejecución Parcial.

b) La Resolución comentada entiende que el único pronunciamiento que no puede ser modificado es la improcedencia del despido, pero la opción de la empresa sí puede modificarse en el caso de que en la Sentencia que resuelva la suplicación diga que el salario es superior, pues según el artículo 111.1.a) de la LPL, la empresa podría modificar la opción por la readmisión. Además, se añade algo muy importante, que es que pudiera darse el supuesto de que fuera condenada solidariamente la codemandada «absuelta en la instancia, a la que debe respetarse su derecho de opción de resultar condenada en suplicación y la posibilidad de que optase por la readmisión del trabajador es otro elemento más para establecer que en esta materia no ha ganado firmeza la sentencia». Efectivamente, como venimos patrocinando, debe darse, en principio, a todos los condenados la ocasión, en plano de igualdad, de formular opción.

Nos encontramos con una dificultad añadida, y es que la única empresa condenada opta por la indemnización y la abona voluntariamente, entonces, por un lado, no podemos valorar si con este acto propio, es decir, que abona al actor la correspondiente indemnización en concepto de pago (se supone que la que se fija en Sentencia de instancia), hasta qué punto, de estimarse el recurso de suplicación, puede variar su opción por la readmisión, ya que entonces la parte actora, si ha percibido la indemnización debería de devolverla o devolver la cantidad recibida en exceso una vez regularizado el mayor salario; y, por otro lado, si el actor ha percibido dicha indemnización –lo que no queda claro en la Sentencia–, aunque sea a cuenta de una posible mayor suma a percibir si gana el recurso de suplicación, hasta qué punto puede continuar solicitando una condena solidaria, a mayor abundamiento si como parece, la empresa condenada es solvente.

Entendemos que si la empresa para la que nominalmente trabajaba es solvente, el trabajador pierde la legitimación para «fisgar» sobre si existe o no un grupo de empresas, por cuanto el posible interés en ello, es que la empresa para la que nominalmente trabajaba fuera insolvente.

En síntesis, patrocinamos que el pronunciamiento de la Sentencia comentada de no ejecución es en parte correcta, salvo con respecto a los salarios de tramitación, pues estos, en ningún caso, cualquiera que sea la opción de la empresa, disminuirán, con lo que se puede decir que ya son del trabajador.

* STSJ de Catalunya de 02-07-97 P. Sra. Virolés Piñol (AS 1997\2807).

a) La Sentencia de instancia declara la improcedencia del despido y condena solamente a «Sport Faes, S.L.» y absuelve a los demás codemandados; la empresa condenada opta por la extinción de la relación laboral; los trabajadores recurren la Sentencia en suplicación a fin de que se condene solidariamente a los demás codemandados; los trabajadores solicitan se dicte Auto de extinción de la relación laboral, que deniega la Magistrado de instancia; recurren los trabajadores en suplicación y entiende el TSJC, estimando el recurso que debe declararse «haber lugar a decretar la extinción de la relación laboral que unía a..., con "Sport Faes, S.L.", con las consecuencias inherentes a tal declaración».

b) Comentario. Entendemos, en primer lugar, que con la Resolución del TSJC se produce, respecto a los demandados absueltos, una previa condena a pagar su parte de la indemnización y de los salarios de tramitación, para el caso de que fueran condenados en suplicación. En efecto, se les vulnera el derecho a optar para el caso, repetimos, de que sean condenados. Creemos que el derecho de opción tiene que ser igual para todos. A lo mejor a los otros posibles condenados les conviene más la readmisión que la indemnización. En el caso aquí comentado se encuentran con que el contrato se ha extinguido y tienen que pagar unas cantidades, sin haber podido optar. Parece, por tanto, que no es demasiado correcta la decisión del TSJ, y que es válida la decisión de la Magistrado de instancia, al decir que «en consecuencia, mientras no se decida por sentencia judicial firme el ámbito subjetivo de la condena (o sea, quiénes son definitivamente los condenados), no cabe extinguir la relación laboral».

Planteamos el supuesto de si es posible que los demandados absueltos, a pesar, por tanto, de no ser condenados, recurran la Sentencia en que se declara la improcedencia del despido. Para efectuar un recurso es preciso que exista una Resolución que produzca un perjuicio o gravamen para alguna de las partes [en este sentido, ver STS (Sala 1.ª) de 20-06-06 P. Sr. González Poveda (RJ 2006\4740)]. Entendemos que en este caso se puede producir un perjuicio para los absueltos si los trabajadores recurren la Sentencia precisamente para lograr dicha condena, y les puede interesar que se declare la procedencia del despido, lo que no podrían lograr si se limitan a impugnar el recurso de la parte actora.

En este supuesto –de recurrir los demandados absueltos–, ¿sería posible la Ejecución Parcial? Entendemos que no, por cuanto la calificación del despido –improcedencia–, no sería firme.

* STSJ de Madrid de 17-09-98 P. Sr. Juanes Fraga (AS 1998\3355).

a) La Sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido, condenando solidariamente a las empresas «DEPROSA» y «CODAINSA», y a las personas físicas Ángel, Antonio y Alejandro FM, absolviendo a «CM, S.A.»; en suplicación se absolvió a Ángel FM; no se dice si hubo opción por alguno de los condenados, pero parece que se optó por la indemnización, por lo que veremos seguidamente; se dictó Auto de extinción de la relación laboral, con fijación de indemnización y salarios; previa desestimación de la reposición se recurrió en suplicación.

b) Examinemos si es posible o no la Ejecución Parcial en caso de condena solidaria. El párrafo clave de la Resolución es el siguiente:

«Las consecuencias, necesariamente unitarias, de la declaración de la improcedencia del despido con condena solidaria a varios codemandados, cuando solo alguno o algunos de ellos recurren, imponen la necesidad de esperar a la firmeza de la sentencia para llevar a cabo

la ejecución. En efecto, de admitirse la tesis del recurso ahora examinado, la ejecución parcial de la sentencia de instancia dirigida solamente contra los no recurrentes en suplicación habría determinado la extinción de la relación laboral con los efectos indemnizatorios correspondientes (art. 279 de la LPL) respecto a aquellos ejecutados. Ello resultaría imposible de compaginar con el derecho del actor a solicitar la ejecución provisional respecto de los otros condenados solidariamente, los recurrentes en suplicación –ya que se había optado tácitamente por la readmisión, y aunque no fuera así, cabía la ejecución provisional conforme a la normativa procesal anterior a la reforma de la Ley 11/1994– y también resultaría incompatible con el derecho del actor a solicitar la ejecución definitiva frente a los condenados recurrentes una vez que se desestimarán sus recursos de suplicación. **En definitiva, en caso de condena solidaria sobre despido, debe entenderse que si recurre alguno de los condenados no existe firmeza de ninguno de los pronunciamientos de la sentencia y no puede procederse a la ejecución parcial prevista en el artículo 240 de la LPL.»**

En síntesis se afirma que en condena solidaria, si recurre alguno de los condenados, no es posible la Ejecución Parcial, pero esta afirmación tan genérica y categórica no es cierta, por cuanto, como hemos visto en este mismo Apartado, en algunos supuestos sí cabe la Ejecución Parcial, con lo que nos remitimos a estos comentarios. Esto no significa que en el caso concreto que examina la Resolución comentada no sea posible tal Ejecución Parcial, sobre todo si alguna de las partes ha solicitado la nulidad de actuaciones.

* STSJ de Catalunya de 26-10-98 P. Sra. Quesada Pérez (AS 1998\7266).

a) El resumen es el siguiente. Sentencia de instancia que declara el despido improcedente, se condena únicamente a la empresa, matizándose que había desaparecido y por ello el trabajador no fue readmitido; la empresa condenada no efectuó opción alguna; el trabajador recurrió en suplicación a fin de extender la condena a otras empresas que fueron absueltas; el trabajador solicitó la ejecución en base al artículo 240 de la LPL, que fue denegada en la instancia, y el trabajador recurrió –previa reposición confirmatoria– en suplicación.

El TSJ entendió que debía de accederse a la Ejecución Parcial, siendo «obvio que el acceder a la pretensión actora no va a perjudicar a las empresas absueltas y cuya condena se interesa en el recurso, pues el inicio de la ejecución solo comportará la averiguación de bienes de la desaparecida o la declaración de insolvencia de la misma», añadiendo que «resulta evidente que el alargamiento del plazo de extinción de la relación en base a la interposición de un recurso que en nada puede alterar la condena ni perjudicar a terceros en el supuesto de que se extienda la responsabilidad a los mismos, siendo acorde a la tutela judicial efectiva que los Tribunales han de dispensar con la pretensión actora».

b) No podemos estar de acuerdo con dicha Resolución, porque no es cierto que la Ejecución Parcial no perjudique a algún tercero, por cuanto las empresas absueltas pueden ser condenadas en base al recurso de suplicación contra la Sentencia interpuesto por el trabajador, pues, por un lado, impiden que los posibles «nuevos» condenados puedan optar, en este caso, por la readmisión (por cuanto si la empresa condenada en instancia ha desaparecido es imposible la readmisión, con lo que procedería la extinción de la relación laboral con fijación de indemnización y salarios de tramitación), y por otro, que pueda cumplirse efectivamente tal readmisión, puesto que ya se encontrarían con la extinción de la relación laboral

y que forzosamente deberían contribuir al pago de la indemnización, salarios de tramitación, intereses y costas, sin haber podido intervenir en ningún aspecto procesal, lo que no es asumible, y más en este caso concreto en que viene propiciado, como se ha dicho, por la desaparición de la empresa condenada en la instancia. En definitiva, nos encontramos en el supuesto en que el parámetro «opción» no es firme.

* STSJ de Catalunya de 16-05-00 P. Sr. Azón Vilas (AS 2000\2624).

a) La Sentencia de instancia declara la improcedencia de los despidos y condena a «Yamo Servicios y Mantenimiento, S.L.» como responsable principal, a que readmita o indemnice a los trabajadores demandantes, y condena también a «La Gran Urbe, S.L.» como responsable solidaria, al pago de las indemnizaciones y salarios de tramitación; esta última interpone recurso de suplicación contra la Sentencia en solicitud únicamente que se revoque la declaración relativa a su responsabilidad solidaria; «Yamo S.M., S.L.» ha desaparecido y no ha ejercitado opción, por lo que los trabajadores instan la comparecencia del artículo 279 de la LPL para que se extinga la relación laboral respecto a «Yamo S.M., S.L.», alegando la posibilidad de ejecución parcial, y además entienden que se trata de una ejecución provisional al amparo del artículo 296 de la LPL; el Juzgado por Providencia no admite la ejecución parcial, pues podría verse afectado «por una nulidad de oficio dictada por el Tribunal Superior con nefastas consecuencias en materia de desempleo»; al mismo tiempo se solicitaba por los trabajadores el anticipo reintegrable con cargo a la consignación efectuada por «La Gran Urbe, S.L.», y en la misma Providencia se denegaba; desestimada la reposición, en que se decía que respecto al artículo 240 de la LPL «el Juzgado tiene la facultad, "que no la obligación" de acordarla», el actor recurre en suplicación.

El TSJ dice que el «podrá» del artículo 240 de la LPL, no va dirigido al Juez de instancia como facultad de admitir o no a trámite la ejecución provisional, sino que lo configura como un derecho de la parte; finalmente, entiende que el Órgano Judicial debió admitir a trámite la ejecución parcial y resolver con libertad de criterio, si bien en el Fallo de la Sentencia dice debía «declarar el derecho de los recurrentes a que se admita su petición de ejecución parcial de la sentencia».

b) Comentario. En primer lugar, dejar constancia de que sorprende el Fallo de la Sentencia de instancia, que califica el despido de improcedente, y condena a una de las empresas en forma principal a optar por la readmisión o la indemnización, y solidariamente a otra empresa al pago de las indemnizaciones y salarios de tramitación. Decimos que es sorprendente porque normalmente se condena solidariamente a todos los condenados por igual, tanto si son personas jurídicas (empresas) como personas físicas (Administrador, socio mayoritario, etc.), y entonces se plantea el problema de la validez de las opciones que pueden efectuar las distintas condenadas y que pueden ser contradictorias entre sí, y cuál es prioritaria respecto de la otra. En el caso que aquí se examina parece que no se produce esta problemática. En efecto, entendemos que la única que puede optar es la condenada principal, «Yamo S.M., S.L.», y solo en el caso de que opte por la indemnización directamente o que no opte o que opte por la readmisión pero no tenga lugar, como parece que ha pasado en dicho supuesto, pues la empresa «ha desaparecido», es cuando entra en juego la condena solidaria de la otra condenada, «La Gran Urbe, S.L.».

Pero aquí se trata de ver si la Ejecución Parcial es correcta. Ya hemos dicho que «La Gran Urbe, S.L.» no puede optar, por tanto tiene que esperar el resultado de la posible opción de la otra, «Yamo», y entonces, si hay condena a indemnización y salarios de tramitación es cuando se verá

involucrada y deberá efectuar el pago de dichas cantidades. Debemos subrayar que aquí nos encontramos con un supuesto peculiar, pues la empresa «La Gran Urbe, S.L.» ha desaparecido, y si se ha acreditado esta circunstancia, a pesar de que no ha optado, por lo que se considera *ex lege* que opta tácitamente por la readmisión, en aplicación del artículo 284 de la LPL, en realidad al ser la readmisión imposible, la opción definitiva, y que no variará, es que se ha optado por la indemnización. Solo en este caso concreto la opción es firme, por lo que procede la Ejecución Parcial.

Pero supongamos que ambas empresas están «vivas» y que sus opciones son contradictorias; entonces la opción no sería firme y habría que esperar al resultado de la suplicación, pues si se absolviera a la empresa condenada solidariamente, entonces la única opción válida sería la de la otra condenada, «La Gran Urbe, S.L.»; por tanto, en este supuesto no procedería la Ejecución Parcial, pues la opción, se repite, no sería firme.

También sería distinto si «La Gran Urbe, S.L.» en su recurso de suplicación contra la Sentencia, solicitara la declaración de procedencia del despido; entonces no se podría acordar la ejecución parcial, porque la calificación del despido no sería firme.

* AJS de Vigo n.º 3 de Vigo de 02-11-00 P. Sra. Conde-Pumpido Tourón (AS 2000\3440).

a) La Sentencia de instancia califica de improcedente el despido y condena solidariamente a optar a una persona física, M.^a Cristina N.G., que era la empresaria, y a una S.L.; la persona física no opta; la S.L. recurre en suplicación y opta por la indemnización, y discute la sucesión de empresa; la parte actora solicita la ejecución parcial y la Magistrado de instancia se la deniega.

b) Comentario. En el Auto denegatorio de la Ejecución Parcial analizado, se afirma que la persona física condenada no puede optar por la readmisión porque ya no era titular de la empresa, pues la había enajenado a la S.L. Esta afirmación es discutible, por cuanto la Sentencia no hace distinción entre la opción que puede tomar cada condenado, pero en la práctica esto no sería problema, pues si M.^a Cristina optara por la readmisión y esta opción fuera válida, en primer lugar, debería readmitirse al trabajador «en las mismas condiciones que regían antes del despido» (art. 110.1 de la LPL). No tenemos suficientes datos, pero entendemos que debería averiguarse si en el momento del despido la actora aún trabajaba para M.^a Cristina o ya prestaba servicios para la S.L., por lo que debemos diferenciar si trabajaba para M.^a Cristina y se acredita que esta ya no tiene la empresa, la readmisión debería efectuarse por la S.L. (*ius variandi* razonable) o si trabajaba para la S.L., esta es la que también tendría que readmitir.

Pero aquí debemos examinar si se puede acceder a la Ejecución Parcial. La clave la encontramos en si es válida la opción efectuada por la S.L., ya que la persona física M.^a Cristina no ha optado, por lo que se entiende que en realidad su opción es por la readmisión.

Ya hemos comentado cuál es el criterio propuesto en este estudio: cualquier parte tiene que tener la misma oportunidad para optar, y la opción válida será la primera efectuada. Este también es un caso peculiar, parecido a la anterior Sentencia que hemos comentado. Si queda acreditado que M.^a Cristina no puede readmitir porque «no tiene empresa», pues la ha transmitido a la S.L., también condenada, entonces, en definitiva, la única opción posible sería la indemnización, que también es la opción de la S.L.; por tanto, solo en este caso concreto, la opción es firme y puede Ejecutarse Parcialmente la Sentencia.

Si ambas demandadas tuvieran empresa y las opciones fueran contradictorias, la opción válida no sería firme, pues se podría absolver a la S.L., con lo que la única opción posible sería la de M.^a Cristina.

Si la opción de ambas condenadas hubiera sido por la readmisión, podría ser discutible si hay o no ejecución parcial, porque M.^a Cristina «ya no tiene empresa», si, como se ha visto, la enajenó a la S.L., con lo que en ningún caso se produciría una readmisión «en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido» (art. 110.1 de la LPL), pero también podría darse el caso de que esta señora tuviera otra empresa y pudiera colocar al trabajador, en aplicación del *ius variandi* razonable, pero esto sería una readmisión subsidiaria, es decir, tendría que acreditar que no ha podido ser readmitida «en las mismas condiciones anteriores al despido»; de no ser así, quizá lo más correcto sería esperar a ver qué sucede con el recurso de suplicación respecto de la S.L.

5. Examen de las distintas partes condenadas solidariamente en relación con las distintas modalidades que pueden darse.

Trataremos de enumerar las posibles partes condenadas solidariamente, distinguiendo su distinta modalidad, es decir, si se trata de grupos de empresas, la empresa «nominativa», socio mayoritario o el Administrador, cesión ilegal, UTE, sucesión de empresa, etc.

A pesar de este intento de clasificación, no perderemos de vista en ningún momento las reglas generales que hemos dado en cuanto a la readmisión o a la indemnización, pero sí que intentaremos dar una mínima noción de su naturaleza jurídica, por cuanto, en el posterior Apartado «AMPLIACIÓN DE LA EJECUCIÓN», deberemos manejar, en la propia Ejecución, estos conceptos, por lo que serán útiles las nociones que vamos a dar y que hemos intentado sintetizar con las sentencias seleccionadas.

a) *Doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica.*

El levantamiento del velo de la persona jurídica es una técnica aplicable a diversos supuestos: utilizar la forma societaria y su independencia de personalidad jurídica y patrimonial, respecto de otras empresas o de sus socios o Administradores, como pantalla para fines fraudulentos, y en nuestro caso (Orden Social) en perjuicio de los trabajadores. Esta técnica permite analizar el interior de la sociedad y si se acredita esta utilización fraudulenta, extender la responsabilidad traspasando los límites de la empresa a los defraudadores.

La STSJ de Andalucía/Málaga de 10-05-02 P. Sr. Navas Galisteo (ED 2002/45933) resume el requisito básico de esta doctrina, al decir que la aplicación de esta doctrina exige como primer e imprescindible requisito la demostración por parte del demandante de la situación de insolvencia de la empresa y la conducta fraudulenta de la sociedad en perjuicio de los derechos e intereses legítimos de los trabajadores y en beneficio de los socios, Administradores o Consejeros.

En síntesis, que podemos afirmar que en estos casos tienen que darse estos requisitos, acumulativos:

a) Caso de Administrador o socio, que tengan el dominio de la empresa, en definitiva, que sean el verdadero empresario.

b) En grupo de empresas, la existencia de una pluralidad de ellas, el funcionamiento unitario de sus organizaciones de trabajo, la creación de empresas aparentes sin sustento real, la confusión de plantillas, la confusión de patrimonios, la apariencia externa de unidad empresarial y la unidad de dirección.

c) Que se produzca un perjuicio para los trabajadores. Entendemos que si no se diera este último requisito, sería discutible la condena solidaria, e incluso sí tendrían las otras empresas (con independencia de la «nominalista») legitimación pasiva para ser demandadas. Si por ejemplo la empresa fuera solvente, tuviera un centro productivo en pleno funcionamiento, incluso que se ofreciera a consignar o avalar el posible perjuicio económico para el trabajador, ¿procedería la condena, aunque existiera grupo de empresas? Entendemos que no, porque no creemos que la curiosidad sin interés legitime al trabajador para descubrir un entramado organizativo o patrimonial que no le está perjudicando.

b) De grupo de empresas.

a) Veamos un resumen de Resoluciones sobre este tema.

* STSJ de Galicia de 14-05-04 P. Sr. González Nieto (ED 2004/108921). No es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial, sino que es necesaria la presencia de elementos adicionales: prestación de trabajo común, sucesiva o simultánea, a favor de varias empresas del grupo, también creación de empresas aparentes sin sustento real, confusión de plantillas y patrimonios con apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección y, finalmente, utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente en perjuicio de los trabajadores.

* STSJ de Aragón de 29-03-04 P. Sr. Mora Mateo (ED 2004/134415). Dice que requiere acreditar confusión patrimonial e intercomunicación de trabajadores, con prestación indiferenciada al grupo, superponiendo abusivamente la formal autonomía jurídica de cada sociedad limitada sobre lo que no es sino una sola realidad económica y organizativa.

* STSJ de Andalucía/Sevilla de 13-01-04 P. Sra. Pérez Sibon (ED 2004/256207). Pone especial énfasis en que una vez se ha detectado el cumplimiento de los requisitos del grupo de empresas, debe analizarse a continuación si tal confusión o unidad de elementos traspasó o afectó la esfera de las relaciones laborales, o sea, si se produjo un perjuicio para los trabajadores.

* STSJ de Andalucía/Sevilla de 07-09-98 P. Sr. Martín González (ED 1998/39921). Se remite a la STS de 30-06-93 P. Sr. Campos Alonso (ED 1993/6495), que se puede resumir diciendo que «para que se dé la responsabilidad solidaria, en el cumplimiento de las obligaciones laborales, entre los componentes del grupo, es preciso que las conexiones entre sus distintos miembros sea o no ya económicas o financiera, sino de tipo laboral».

b) La problemática que puede darse en la ejecución de Sentencia que condena solidariamente a un grupo de empresas, como ya se ha apuntado anteriormente, es en la readmisión, pues respecto de la indemnización y salarios de tramitación se trata simplemente de una ejecución de carácter patrimonial o dinerario.

c) De empresa con administradores o socios.

El problema principal es también la readmisión, por cuanto normalmente el Administrador o los socios mayoritarios no tienen empresa. Pero nos encontramos ante el mismo supuesto anterior. Es indiferente que uno de estos condenados solicite la readmisión, pues para que esta sea regular deberá efectuarse en las mismas condiciones anteriores al despido, y si no es posible, en otra empresa de cualquiera de los condenados, y en el caso de que sea imposible se declarará la extinción de la relación laboral con fijación de indemnización y salarios de tramitación.

d) De ETT/Empresa usuaria.

a) Aquí solo vamos a hacer una breve referencia de la postura de los TSJ y la más reciente del TS sobre si en caso de despido improcedente debe condenarse a la ETT solidariamente con la empresa usuaria.

Si examinamos la normativa, el artículo 16.3 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal (LETT) dice que la empresa usuaria solo responde subsidiariamente de las deudas salariales y de Seguridad Social (SS), y solidariamente en caso de incumplimiento de los artículos 6 y 8, referidos, respectivamente:

- A los supuestos de utilización (contrato de puesta a disposición celebrado entre la ETT y la empresa usuaria), y que tiene por objeto prestar servicios en esta, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquel; podrán celebrarse contratos temporales del artículo 15 del ET; el contrato se formalizará por escrito.
- A las exclusiones (no podrán celebrarse estos contratos para suplir trabajadores de la empresa usuaria en huelga; los contratos de especial peligrosidad para la seguridad o salud que se determinen reglamentariamente; para ceder trabajadores a otras empresas de trabajo temporal).

Algunas Resoluciones de los TSJ entienden que en caso de despido no puede existir esta condena solidaria y otras opinan lo contrario, por cuanto a pesar de ser los contratos de carácter temporal, si existe fraude de Ley pasa a indefinido o, en caso de despido, nulo. Comentaremos algunas Sentencias con posterioridad, porque, atención, algunas entienden que aun cuando intervenga una ETT, si el contrato es fraudulento, se produce igualmente cesión ilegal.

b) Aquí la situación problemática que se produce es concretar, en caso de condena de las dos empresas, en cuál de ellas –la ETT o la usuaria– debe producirse la readmisión. Volvemos como siempre a interpretar el artículo 110.1 LPL de que el trabajador se readmitirá «en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido». Es decir, que si en principio debe reanudar servicios en el mismo centro y puesto de trabajo, no cabe duda de que, de ser posible, materialmente tiene que ser readmitido en el centro de la empresa usuaria, y solo de acreditarse la imposibilidad, en un puesto análogo. Pueden darse algunos aspectos conflictivos:

- El contrato que «resucita» será el de puesta a disposición, por lo que estará en la misma situación, y si era temporal y no se ha discutido su validez, normalmente se extingue por finalización del tiempo.

- Distinto sería el caso en que en la Sentencia se declara que el contrato es indefinido por fraude de ley, en este caso, la reanudación de servicios será, obviamente, indefinida.
- Distintos son también los trámites de readmisión cuando se condena solo a la ETT, como hemos visto en el Apartado correspondiente, en que entonces era muy difícil readmitir al trabajador en el mismo puesto de trabajo anterior, que era en el centro de trabajo de la empresa usuaria, si dicho contrato ya se ha extinguido. En este caso, la ETT debe readmitirle en otro puesto análogo, de ser posible la misma localidad, parecido puesto de trabajo, misma categoría, etc.

e) *Comentario de algunas resoluciones.*

* STSJ de Madrid de 18-10-02 P. Sr. Cea Ayala (ED 2002/66137).

La Sentencia de instancia declara la improcedencia del despido y condena únicamente a la ETT; esta recurre en suplicación entendiendo que debe condenar solidariamente a las tres codemandadas –ETT, empresa usuaria, y nueva adjudicataria del servicio–. El TSJ desestima el recurso, aplicando el artículo 16.3, en relación con los artículos 6 (supuestos de utilización) y 8 (exclusiones), todos de la LETT, no siendo tampoco de aplicación el artículo 43.2 del ET.

* STSJ del País Vasco de 04-02-03 P. Sr. Álvarez Sacristán (AS 2003\1609).

a) La Sentencia de instancia declara la improcedencia de los despidos, absuelve a «AENA», y condena a «Adecco ETT» a opción de esta a la readmisión o a la indemnización, así como a los salarios de tramitación; las trabajadoras recurren en suplicación «para que se reconozca la responsabilidad solidaria de ambas codemandadas y declarado el despido improcedente según la opción de estas» (*sic*). También recurre «Adecco ETT», pero se desestima y es irrelevante en lo que aquí examinamos. Se estima dicho recurso interpuesto por la parte actora en el sentido de que «confirmamos el despido improcedente, extendiendo la condena y la responsabilidad solidaria a "AENA", con las mismas consecuencias y cantidades del fallo de la sentencia, que en este aspecto queda incólume, anulando la absolución a la codemandada que ahora se condena a tal responsabilidad solidaria».

Puede observarse que en el Hecho Probado XII de la Sentencia de instancia se hace constar que el II Convenio Colectivo de «AENA» dice que «si la jurisdicción social declarase la improcedencia o nulidad de la medida extintiva, la opción entre la readmisión en el mismo puesto de trabajo y la indemnización alternativa correspondería siempre al trabajador que deberá ejercitarla dentro de un plazo máximo de cinco días hábiles contados desde la notificación de la resolución judicial. De no ejercitarse la opción en el plazo indicado se entenderá que el trabajador opta por la readmisión».

La Resolución que comentamos condena solidariamente a las dos empresas, por cuanto la usuaria «incumple la relación en una doble vertiente... que, por un lado, no cumple con el objeto de contrato entre la ETT y ella y, por otro, tampoco cumple con el deber de dirección de un contrato de tal naturaleza (art. 15.1 de la LETT)», entendiéndose que es de aplicación el artículo 16.3 de la misma Ley, estimándose en parte el recurso, «sin que sea posible decidir sobre cesión ilegal, sino sobre despido improcedente con la responsabilidad solidaria de ambas demandadas en cuanto a la opción». (Sin entrar ahora en los supuestos de decidir sobre la imposibilidad de decidir el ingreso en la Administración Pública y los requisitos del art. 103 de la CE).

b) Comentario. El problema principal es cómo se produce la readmisión. Ya hemos dicho en la anterior Sentencia que, en principio, salvo que se pruebe su imposibilidad, la reanudación de servicios deberá hacerse «en el mismo puesto de trabajo», y así lo dice el II Convenio Colectivo de «AENA» al que hemos hecho referencia. Con carácter previo, debemos preguntarnos: ¿le es de aplicación al trabajador el Convenio Colectivo de la empresa usuaria, respecto de los derechos y obligaciones de aquel? La LETT no lo dice, pues en su artículo 11 («Derechos de los trabajadores») dice que los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el Convenio Colectivo aplicable a la empresa usuaria; pero no hay otra referencia a estos derechos del trabajador. Hacemos este comentario porque la siguiente pregunta es: ¿le es de aplicación el artículo 89 del Convenio Colectivo de «AENA», en que caso de despido improcedente, la opción la tiene el trabajador? En este sentido la Sentencia que resuelve la suplicación no está muy clara, aunque de todas formas aun cuando a pesar de que si tuviera la opción el trabajador y optara por la readmisión, las empresas, con no readmitirlo, habrían conseguido la misma situación que si hubieran optado por la indemnización aunque eso sí, les saldrá más caro (más indemnización y más salarios de tramitación).

* STSJ de Madrid de 03-11-03 P. Sr. Juanes Fraga (ED 2003/213196).

a) La Sentencia de instancia condena a las tres codemandadas –ETT y dos empresas usuarias– «a optar, dentro del término de los cinco días siguientes al de la notificación de esta sentencia, entre la readmisión de la trabajadora en el mismo puesto y condiciones de trabajo que disfrutaba antes del despido o a indemnizarle en la cantidad de... euros y en ambos casos a abonarle los salarios de tramitación desde el... a razón de... euros diarios hasta la notificación de la sentencia».

En el último párrafo del Fundamento Derecho 1.º de la Resolución comentada se hace referencia a que la ETT reconoció la improcedencia del despido efectuando las correspondientes consignaciones, después de la celebración del acto de conciliación, para detener el devengo de los salarios de tramitación, artículo 56.2 del ET, en su redacción anterior al Real Decreto-Ley 5/2002. Asimismo, también argumenta que es de aplicación el artículo 16.3 de la ETT.

Por las tres empresas condenadas se interpone recurso de suplicación contra la Sentencia de instancia. Finalmente, se estiman los recursos de suplicación referidos y «revocamos dicha sentencia y en su lugar estimamos parcialmente la demanda de la actora y declaramos la improcedencia del despido, con derecho a la indemnización y salarios de tramitación que fueron consignados por la recurrente tras la celebración del acto de conciliación. Y estimamos el recurso formulado por "Arait Multimedia, S.A." y "Lumelar, S.L." absolviéndolas de todas las pretensiones de la demanda».

b) Comentario. Entendemos que son totalmente correctos los pronunciamientos de la Resolución aquí comentada. En efecto, lo que no puede tener la parte actora es carta blanca para demandar a varias empresas, además de la «nominalista», si esta reconoce la improcedencia del despido y efectúa la consignación correctamente, todo ello a salvo de que se discuta si la indemnización consignada es correcta o no, a los efectos del devengo de salarios de tramitación, o si pretende que se declare la nulidad del despido, pero este no es el caso que aquí se examina. Cuando la empresa reconoce la improcedencia del despido y consigna la indemnización, lo que pretende en realidad es extinguir la relación laboral, y entonces, salvo los dos supuestos a que nos hemos referido, entendemos que el trabajador ya no está legitimado para ampliar acciones contra otras empresas.

f) De sucesión de empresa en la ejecución.

Lo normal es que las empresas que se vayan sucediendo sean personas jurídicas, pero también puede darse el caso de persona física que transmite la empresa a una persona jurídica, o incluso que una persona jurídica suceda a una persona física. Nos remitimos al artículo 44 del ET, y a la Directiva 77/187 de 14-02-77 (LCEur 1977\67), que ha sido modificada por las Directivas 98/59 de 20-06-98 (LCEur 1998\2285) y 01/23 de 12-03-01 (LCEur 2001\1026).

En síntesis, para que exista una sucesión de empresa debe producirse un «cambio de titularidad» entre la empresa cedente y cesionaria, que trae como consecuencia que los trabajadores de la primera pasen a la segunda.

En lo que respecta a la ejecución, citaremos la STC 206/89, de 14 de diciembre, P. Sr. de la Vega Benayas (RTC 1989/206), que reconoce la posibilidad de ampliación de la ejecución, y la básica STS de 24-02-97 P. Sr. Salinas Molina (RJ 1997\1887, ED 2002/13130), en el mismo sentido la STSJ de Catalunya de 19-02-02 P. Sr. Moralo Gallego (ED 2002/13130), que fijan estos requisitos:

- La existencia de un cambio de titularidad de empresa o supuestos a ello asimilados.
- Para su sustanciación debe seguirse el trámite incidental del artículo 236 de la LPL.
- Para el cambio procesal de partes en el proceso de ejecución, es requisito que el cambio sustantivo se hubiere producido con posterioridad a la constitución del título ejecutivo condenatorio.
- Si se producen los tres anteriores requisitos, podrá comportar, en consecuencia, un cambio o ampliación procesal de partes en la ejecución, sin necesidad de iniciar un nuevo proceso declarativo a los sucesores que quedarán vinculados por el título ejecutivo dictado contra su causante.

Como es lógico, la Ejecución que podríamos denominar «originaria», seguirá su curso con independencia de lo que ocurra en la posible sucesión empresarial, y parece que para que pueda tramitarse el incidente de sucesión empresarial, al menos, una parte de la Sentencia debe haber adquirido firmeza y que se haya efectuado una Ejecución Parcial, caso contrario, si la Sentencia no es firme, y está por ejemplo, en suplicación o en casación, aún no podrá tramitarse el incidente, y si se sustancia en el sentido de entender que se ha producido sucesión empresarial, la Ejecución Principal no podrá retroceder, y deberá continuarse, con la ampliación, en el estado en que se encuentre una vez el Auto que sustancie el incidente haya adquirido firmeza, es decir, que si cuando dicho Auto es firme, por ejemplo, se ha extinguido la relación laboral con fijación de la indemnización y de los salarios de tramitación, y esta Resolución es firme, la nueva empresa condenada solo estará vinculada, de forma solidaria, a esta condena económica. La duda que se puede plantear es si se puede pedir la Ejecución contra el Auto que declare la sucesión empresarial si este no es firme y está, por ejemplo, pendiente de suplicación. Entendemos que tenemos que efectuar el mismo tratamiento que daríamos si se tratara de una Sentencia, pero que en ningún caso se podría ejecutar provisionalmente, pues la LPL solo contempla la ejecución provisional de Sentencias y no puede aplicarse analógicamente.

g) De cesión ilegal.

En primer lugar, debemos estudiar si es posible la acumulación de la acción de despido con la de cesión ilegal. La STS de 08-07-03 (RJ 2003\6412) es una de las Resoluciones más modernas que resuelven el tema, y de interesar más SSTS, hace remisión a varias de dicho Tribunal, por lo que a ella nos remitimos. Dice en síntesis que: «No es obstáculo cuando el despido se produce mientras subsiste la cesión, pueda el trabajador accionar frente a aquel, alegar la ilegalidad de la cesión para conseguir la condena solidaria de las empresas cedente y cesionaria a responder de las consecuencias del despido; ni tampoco para que en el proceso de despido deban extraerse las consecuencias inherentes a esa clase de cesión, siempre que esta quede acreditada en juicio, ...», añadiendo que: «Otra cosa es que el despido se produzca por la empresa cedente una vez concluida la cesión, ya que en tal caso, no podría prosperar la alegación de cesión ilegal, por falta de esa conexión inmediata a la que acabamos de aludir».

En segundo lugar, en una primera aproximación, parece que aquí no dará muchos problemas la readmisión (en el caso de declaración del despido improcedente y cesión ilegal), pues de una interpretación sistemática de los artículos 56.1 del ET –y 110.1 de la LPL– y 43.3 del ET, la empresa tendrá la opción de readmitir o indemnizar (referidos arts. 56.1 del ET y 110.1 de la LPL), pero en el caso de que la empresa opte por la readmisión, será el trabajador el que a su vez pueda optar por cuál de las dos empresas (cedente o cesionaria) deba efectuarse la readmisión (art. 43.3 del ET). Este precepto parece entender que normalmente el trabajador optará por la readmisión en la empresa cesionaria, al decir: «Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos a su elección, en la empresa cedente o cesionaria», pero la cuestión no es tan simple como parece, pues las Resoluciones que hemos seleccionado (y que comentaremos a continuación), no se acogen a dicho último precepto, por lo que parece conveniente hacer unas matizaciones. Veamos:

* STSJ de Aragón de 28-07-05 P. Sr. Bermúdez Rodríguez (AS 2005\2212). Es curioso el Fallo, por cuanto declara cesión ilegal y condena directamente a la cesionaria a optar por la readmisión o la indemnización, quizá porque la trabajadora en la demanda opta por la readmisión con el Ayuntamiento de Zaragoza (la empresa cesionaria, como se ha dicho).

* STSJ de Catalunya de 21-06-00 P. Sr. de Quintana Pellicer (AS 2000\3060). Declara cesión ilegal pero que no es de aplicación el artículo 43.3 del ET porque con el despido se extingue la relación laboral.

* STS de 19-01-94 P. Sr. Martín Valverde (RJ 1994\352). Aclara que en caso de cesión ilegal el despido es improcedente y no nulo. Estimamos correcta esta tesis, por cuanto no existe ningún precepto que diga que la cesión ilegal equivalga a despido nulo.

* STS de 19-11-02 P. Sr. Moliner Tamborero (RJ 2003\1917). La Sentencia de instancia condena por despido improcedente solidariamente a las dos empresas a indemnizar o a optar; la STSJ en suplicación condena como consecuencia de la existencia de una cesión ilegal a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (empresa cesionaria) a la readmisión o a la indemnización y solidariamente a la empresa cedente en lo económico.

* STS de 08-07-03 P. Sr. Samper Juan (RJ 2003\6412). Confirma la de instancia, o sea, despido nulo (por lesión del derecho fundamental a la indemnidad), con condena solidaria de ambas empresas a readmitir. Curiosamente, el actor solicitó la declaración de cesión ilegal y a pesar de que fue reconocida por el Juzgado, no figura específicamente en el Fallo de la Sentencia de instancia, el TSJ confirma dicha Resolución y el TS desestima el recurso de casación en u.d., confirmando que se produjo esta cesión ilegal, pero tampoco figura en el Fallo. En definitiva, y en lo que aquí interesa, condena a la readmisión solidaria por ambas empresas (cedente y cesionaria).

* STS de 14-03-06 P. Sra. Calvo Ibarlucea (RJ 2006\5230). Confirma la Sentencia de instancia, es decir, declara la improcedencia del despido y condena a ambas empresas a optar, por lo que, a pesar de que se estima la existencia de cesión ilegal, no se hace constar en el Fallo de la Sentencia.

* STS de 04-07-06 P. Sr. de Castro Fernández (ED 2006/277464). Esta Resolución, muy reciente, introduce la gran novedad de que entiende que si el contrato de puesta a disposición no reúne los requisitos del contrato temporal (art. 15 del ET), a pesar de que dicho contrato se haya celebrado entre una ETT y la empresa usuaria, se produce cesión ilegal, pero se limita a confirmar la Sentencia de instancia que, a su vez, se limita a condenar solidariamente a las empresas demandadas.

* STS de 28-09-06 P. Sr. de Castro Fernández (ED 2006/278559). En el mismo sentido que la anterior a la que cita, también se limita a condenar solidariamente a la ETT y a la empresa usuaria.

Lo primero que nos llama la atención, respecto de las anteriores Resoluciones, es que hay bastante disonancia en algunos Fallos si procedemos a compararlos entre sí. En lo que sí son acordes es que en ninguna de las Resoluciones se prevé que en caso de que alguna de las empresas condenadas opte por la readmisión, a partir de entonces se conceda al trabajador la facultad de elegir por cuál de las dos empresas deberá efectuar la readmisión. Ya adelantamos que, si no es así, la solución que nos parece menos mala es la que entiende que la que debe readmitir directamente es la empresa cesionaria; por el contrario, entendemos que las que condenan solidariamente a las dos empresas a readmitir ocasionan un daño irreversible a la ejecución de la Sentencia, lo que intentaremos argumentar a continuación.

Como reflexión constructiva, al dictarse una sentencia condenando a varias partes con relaciones jurídicas internas complejas, debería extremarse el cuidado al redactar el Fallo, lo que debería estar presidido por la cuestión (como ya hemos planteado en la Introducción): ¿es posible que el Fallo pueda ejecutarse en sus propios términos? Y mayor esfuerzo deberían hacer los TSJ y el TS, que en ocasiones dictan sentencias simplemente «de laboratorio», y de extremadamente difícil aplicación. Crítica que debemos hacer extensiva a los Profesionales del Derecho (Abogados, Graduados Sociales), pues su obligación es proponer en la demanda el Fallo más eficaz y recurrir toda Sentencia que sea inejecutable por la deficiencia de sus pronunciamientos.

Como hemos visto, hay varias Resoluciones incluida alguna del TS y, particularmente, dos muy recientes, que entienden que, a pesar de que existe cesión ilegal, se limitan a condenar solidariamente a las dos empresas (cedente y cesionaria) a la readmisión (o a la indemnización, pero soslayamos esta porque aquí es irrelevante y no ofrece dificultad alguna su ejecución). No acabamos de entender la decisión pero parece fundarse en que:

- Entienden que en caso de concurrencia de cesión ilegal y despido, aquella queda absorbida por este, y, por tanto, no es de aplicación el artículo 43.3 del ET (elección del trabajador respecto de cuál de las dos empresas –cedente o cesionaria– debe prestar servicios); la declaración de cesión ilegal solo sirve para condenar solidariamente a las dos empresas, pero la opción (readmisión o indemnización) solo la tendrían las empresas.
- Y esto sería así porque la acción de fijeza electiva frente a la cesión ilegal solo puede ejercitarse si la relación laboral está viva; por el contrario, en el despido la relación laboral se extingue, y la declaración de cesión ilegal, se repite, es una declaración previa que únicamente fundamenta la condena solidaria de las dos empresas.

Pero entendemos que esta postura no es la más sólida, por cuanto:

- No es cierto que con el despido siempre se extinga la relación laboral, por el contrario, con la opción por la readmisión, el vínculo laboral revive, se recompone como si no se hubiera producido, puesto que el trabajador conserva todos sus derechos anteriores, como puesto de trabajo, antigüedad, categoría, salario, etc.
- Siguiendo aquella tesis, sería el único supuesto de despido improcedente en que no podría aplicarse el artículo 110.1 de la LPL, de que la readmisión se producirá «en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido», por la sencilla razón de que antes del despido el trabajador estaba en situación de cesión ilegal, y si se readmitiera en las mismas condiciones, o sea, sobre todo, en el mismo centro productivo y en el mismo puesto de trabajo, se le estaría readmitiendo en su ilícita situación de cesión ilegal; es decir, ¡la propia sentencia consagraría una situación ilícita y su cosa juzgada la haría inatacable! Y parece poco plausible la prosperabilidad de una nueva demanda por cesión ilegal, argumentando que no habría cosa juzgada porque ahora el trabajador tiene viva la relación laboral, al contrario que cuando fue despedido, en que se entendió que se extinguió la relación laboral.

Entendemos que la única solución posible es que en caso de que las empresas opten válidamente por la readmisión, entonces entre en juego el artículo 43.3 del ET, o sea, que el trabajador elija a cuál de las empresas deberá readmitírsele, pero este pronunciamiento debería recogerse en el Fallo, y además, que se regularizara esta nueva situación, es decir, que lo trascendente es que cese esta situación de cesión ilegal. De no ser así, parece que podría ser factible interponer una nueva demanda por cesión ilegal, argumentando que no hay cosa juzgada, por cuanto ahora el trabajador tiene viva la relación laboral, al contrario que cuando fue despedido, en que se entendió que se extinguió la relación laboral.

Recordamos la STSJ de Aragón de 28-07-05, que parece que sigue nuestra tesis, si bien condena directamente a la concesionaria, seguramente porque el trabajador optó en la demanda por esta en el caso de readmisión; y la STS de 19-11-02, que también concede la opción directamente a la concesionaria, si bien no se argumenta este pronunciamiento. Lo que sí podemos hacer es comparar el Fallo de las SSTSJ que condenan solidariamente a optar a las dos empresas, con el Fallo del TS, que condena, como hemos dicho, a optar, únicamente, a la cesionaria.

Veamos otras cuestiones de interés que pueden plantearse:

a) Si el Fallo de la Sentencia tiene los pronunciamientos que patrocinamos, ¿cuál será la antigüedad del trabajador? En caso de que la empresa opte por la readmisión y a su vez el trabajador elija la prestación de servicios para la empresa cesionaria, el artículo del 43.3 del ET dice que en este caso la antigüedad arranca de cuando se produjo la ilegalidad de la cesión, pero entendemos que habiéndose producido un despido improcedente la antigüedad sería la que realmente tenía antes del despido, pues en este caso se haría de peor condición a este trabajador respecto del que no se hubiera declarado la cesión ilegal.

b) Otra cuestión, ¿cómo se producirá la readmisión en el caso de que la empresa opte por la readmisión y a su vez el trabajador opte por la prestación de servicios en la empresa cesionaria? Obsérvese que puede ocurrir que la readmisión en la empresa cesionaria se produzca en el mismo puesto de trabajo, misma categoría, etc., o sea, en la misma situación que antes del despido, con lo que parece que continuaría la situación de cesión ilegal, pero no tendría que ser así; la empresa, además, tiene que regularizar la situación del trabajador en el sentido de que tiene que inscribirlo en la SS como trabajador suyo, tiene que adaptar su nómina a la nueva situación, etc., y el trabajador entendemos que puede solicitar del Juzgado que se requiera a la empresa para que acredite haber efectuado estos trámites, y si no lo ha verificado, el Juzgado tiene que obligarlo a ello, ya que nos encontramos ante una condena de «hacer personalísimo». ¿Cómo puede obligarlo?, pues imponiéndole apremios pecuniarios (art. 239.2 de la LPL, art. 709 de la LEC, en el mismo sentido), incluso el propio trabajador podría acudir a la Inspección de Trabajo o a la TGSS para que se le regularizara su situación.

La duda que podría suscitarse es si en el caso de que la empresa no efectuara estos trámites se podría considerar como una readmisión irregular. Entendemos que sí, puesto que no se ha cumplido la Sentencia en sus propios términos, lo que ocurre es que no hemos encontrado Jurisprudencia que resuelva esta cuestión, en caso contrario cada Juzgado aplicará la Ley según su criterio, pero pueden producirse Resoluciones contradictorias.

c) Lo que también podría crear problemas en la ejecución de la Sentencia es que concediera, en caso de readmisión, la opción al trabajador sobre cuál de las empresas debería efectuar la reanudación de servicios, y que la Sentencia no concediera plazo al empresario para ello, ni un apercibimiento o sanción procesal en caso de no efectuar la opción el trabajador.

Esto sería un problema de difícil solución, sobre todo si el trabajador en un tiempo razonable no opta expresamente, y además, no podemos olvidar el contenido del artículo 276 de la LPL, sobre improcedencia del despido y opción por la readmisión, en que el empresario tiene 10 días, a partir de la firmeza de la Sentencia, para requerir al trabajador de reanudación de servicios; entonces, ¿cómo se compagina todo esto? Y si empiezan a pasar los plazos y nadie insta nada, ¿se podrá aplicar la prescripción de tres meses del artículo 277.2 de la LPL?

Entendemos que lo más correcto hubiera sido pedir una aclaración de la Sentencia, pero si no se ha hecho, lo más lógico es que si el trabajador está inactivo, procesalmente hablando, al que le interesa readmitir al trabajador –si ha hecho válidamente esta opción– es a la empresa, porque los salarios de tramitación van corriendo, con lo que se supone que este interés hace que se pueda proceder a la mayor brevedad a la readmisión. Entonces, lo normal será que el empresario solicite del Juzgado que se dé un plazo corto al trabajador para que opte por la empresa que quiera que le readmita, con los apercibimientos legales en caso de no opción. Y, ¿cuáles son estos apercibimientos legales? Ya que el artículo 43.3 del ET no dice nada en este sentido (ni tampoco concede un plazo,

que tampoco se recoge en la LPL), entendemos que el único apercebimiento posible es que a partir del plazo que se le dé (lo normal sería que se comunicase al empresario que al día siguiente de recibir la Resolución empezaba a contar el plazo que se dirá), empezarán a correr los 10 días del artículo 276 de la LPL, y que el empresario –o empresarios– deberá readmitir al trabajador estrictamente «en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido», interpretación que ya hemos dado oportunamente, por lo que nos remitimos al Apartado correspondiente.

Otro problema íntimamente relacionado con el tema anterior es ¿cuánto tiempo deberá conceder el empresario al trabajador para la readmisión, y qué ocurrirá si el trabajador no cumplimenta el requerimiento y no reanuda su prestación de servicios? Entendemos que cuando se conceda al empresario los 10 días se comunique a este que, en aplicación analógica del artículo 276 de la LPL, tiene que conceder un mínimo de tres días al trabajador para la reanudación de servicios, y, además, deberá apercebirse al trabajador que, de no presentarse a la empresa a reanudar servicios, el empresario podrá solicitar, en su caso, en incidente de Ejecución de Sentencia, la extinción de la relación laboral, por ausencias injustificadas, sin derecho a indemnización.

h) De condena de UTE.

La Unión Temporal de Empresas (UTE) está regulada en la Ley 18/1982, siendo «su objeto desarrollar o ejecutar exclusivamente una obra, servicio o suministro concreto, dentro o fuera de España» (art. 7), y estableciendo que «la responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común será en todo caso solidaria e ilimitada para sus miembros». La STS de 12-02-90 P. Sr. del Riego Fernández (RJ 1990\900) dice que «no viene a constituir una persona jurídica nueva, correspondiendo su titularidad a las empresas integradas, que responden frente a terceros solidariamente, de tal modo, que al demandarse a la Agrupación, se está demandado a las personas jurídicas que la integran como titulares de la empresa, que constituyen, sin ser correcto demandarlas además separadamente como titulares de una relación laboral desvinculada de la agrupación».

Lo que aquí interesa es saber qué ocurre a los efectos de la readmisión si se ha condenado a una UTE. De la doctrina de esta última STS parece que solo puede producirse en la UTE, pero entendemos, por el contrario, que esta afirmación depende de los pronunciamientos concretos del Fallo de la Sentencia. Pues, si el Magistrado que condena entiende que solo puede efectuarse la readmisión en la UTE así lo hará constar en su Resolución, con condena solidaria, respecto de los aspectos patrimoniales (indemnización y salarios de tramitación) a los componentes de la UTE; si no es así, y condena solidariamente, en todos los aspectos, o sea, a todas las opciones –readmisión o indemnización–, entendemos que, si no es posible la readmisión en la UTE, podrá efectuarse en cualquiera de las otras empresas componentes de aquella Unión. Repetimos, una vez más, que la readmisión deberá efectuarse «en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido» (art. 110.1 de la LPL), es decir, que, en primer lugar, se deberá reintegrar al trabajador en el mismo puesto de trabajo, pero si no es posible, y la Sentencia no dice nada en contrario, entendemos que no existe ningún obstáculo para que sea readmitido en alguna de las empresas componentes de la Unión.

A continuación, procedemos a comentar cierta jurisprudencia, limitándonos a concretar los pronunciamientos del Fallo de la Sentencia; hemos reseñado, además, algunas Resoluciones que se refieren a la naturaleza de la UTE, que pueden ser útiles para comprender el sentido de dicha Parte Dispositiva.

* STSJ de la Comunidad Valenciana de 20-09-05 P. Sra. de Viana Cárdenas (AS 2005\3286).

a) La Sentencia de instancia declara la improcedencia del despido y condena a las empresas «UTE Funeraria Nuevo Tanatorio, S.L.» y «Funeraria La Magdalena, S.L.», a estar y pasar por dicha declaración, debiendo quedar absueltas del resto de los pedimentos deducidos en su contra y en particular del pago de la indemnización y salarios de tramitación; la parte demandante recurrió para que se condenara solamente a la UTE, debiendo ser absueltas el resto de empresas demandadas, motivo que no se entiende muy bien; la Sentencia de suplicación desestimó el recurso. Por otro lado, es preciso dejar constancia de que «Funeraria Nuevo Tanatorio, S.L.» entregó carta de despido al trabajador, reconociendo la improcedencia del despido y consignando la indemnización, que fue cobrada por el actor; que el trabajador celebró contrato con «Funeraria Nuevo Tanatorio, S.L.», si bien a partir de un momento determinado también trabajaba para la UTE.

b) Comentario. En primer lugar, dejar constancia de que, salvo que exista un Auto de aclaración, el Fallo de la Sentencia de instancia no es fácilmente comprensible, pues condena a las codeemandadas «a estar y pasar por dicha declaración», pero esto en realidad no es una condena, sino que se remite simplemente a una declaración (de improcedencia), y las acciones «meramente declarativas» (como las denomina GÓMEZ ORBANEJA), se agotan con tal declaración, valga la redundancia; la acción de condena es distinta, pues permite su ejecución, ya sea dineraria, de hacer o no hacer, etc. Como veremos a continuación, el Fallo, en definitiva, es correcto, pero debería explicar que se dicta en este sentido por cuanto el trabajador ya percibió la indemnización que consignó la empresa «Nuevo Tanatorio, S.L.» (H.º P.º VII), por lo que ahora el actor entendemos que no puede ir contra sus propios actos, pues en pasaje alguno de la Sentencia comentada se hace referencia a que no está conforme con la cuantía de lo percibido.

En segundo lugar, no entendemos muy bien el objeto tanto de la demanda, como del recurso de suplicación contra la Sentencia, del trabajador. En efecto, si el trabajador, como hemos dicho, cobró la indemnización –y tres días de salario, con lo que tampoco se produjeron salarios de tramitación– y no reclama por despido nulo ni cuestiona el importe de la indemnización, ¿qué más pretende? Por tanto entendemos –con las salvedades referidas– correcta la Sentencia de instancia, porque si el trabajador aceptó la indemnización ya no tiene acción contra las demandadas.

También hay que reseñar que es curioso que la Sentencia de suplicación entiende que hay responsabilidad solidaria de la UTE y de las empresas que la componen, pero, en definitiva, esto no repercute en el Fallo de la Sentencia.

Por último, dejar apuntado que la Ejecución no puede ocasionar ningún problema, pues al haber recibido el actor todas las responsabilidades pecuniarias, quedan sin contenido los posibles pronunciamientos condenatorios, y, por tanto, no hay nada que pueda ejecutarse.

* STSJ de Castilla y León/Valladolid P. Sr. López Parada (AS 2005\3055).

Versa sobre un recargo de prestaciones, pero su Fundamento de Derecho 5.º es un buen compendio de la naturaleza de la UTE.

* STS de 12-02-90 P. Sr. del Riego Fernández (RJ 1990\900).

Otro buen compendio sobre la naturaleza jurídica de la UTE.

* STSJ de Andalucía/Granada de 13-11-01 P. Sr. Capilla Ruiz-Coello (AS 2002\438).

a) Se trata de reclamaciones de cantidades por tres trabajadores, y se condena a su pago a «3S Vigilancia y Protección, S.A.» y a «Seguridad MAPFRE Segurmap, S.A.», integrantes de la UTE adjudicataria del servicio; por la segunda se formuló recurso de suplicación, que es desestimado.

b) Comentario. Interesa la argumentación siguiente: «A ello no empece que los trabajadores, inicialmente, pertenecieran al ámbito organizativo de una de ellas pues su trabajo, durante todo el tiempo de la contrata o adjudicación del servicio, redundaba en beneficio de las dos que ofertaron en una Unidad que, a la postre, obtiene los beneficios de la prestación servicial de los actores y han de responder, en contrapartida, el pago de sus derechos económicos. Esta responsabilidad, como se dijo, es solidaria e ilimitada respecto la que surge dentro de la concreción temporal en que esa unión se beneficia».

Desde el punto de vista de la ejecución, supongamos que se tratara de un despido improcedente y se optara por la readmisión, ¿cómo se efectuaría esta? Debemos tomar en consideración que la empresa «nominalista», es decir, la que celebró el contrato con los trabajadores, fue «3S Vigilancia y Protección, S.A.», y muy posteriormente (pasados entre cinco y siete años respecto de la antigüedad de los trabajadores) se constituyó la UTE. Entonces, entendemos, que, de ser posible, la readmisión se efectuaría en la empresa «3S Vigilancia y Protección, S.A.», y de no ser posible en una de las otras dos, esto siempre y cuando la Sentencia condenara solidariamente a las tres codemandadas sin hacer distinción alguna.

6. Despido improcedente y opción del trabajador por Convenio Colectivo.

Parece que en este caso se simplifican los trámites, por cuanto, en principio, el único que puede optar es el trabajador, pero esto no es así en algunos supuestos. Puede ocurrir que se condene a la readmisión a varias empresas, y que en alguna de ellas su Convenio Colectivo prevea que la opción por la readmisión o la indemnización debe hacerla el trabajador, y en alguna otra –u otras– no esté previsto, o decir, que sea de aplicación el régimen general de que la opción la tiene la empresa. Si la Sentencia firme dice que en todo caso la opción la tendrá la empresa, aquí no hay dificultad en ejecutar la Sentencia, a pesar de que se dé el supuesto de que la empresa que lo readmita sea la que su Convenio Colectivo diga que la opción es del trabajador, por cuanto, a pesar de que la Sentencia es incorrecta en este punto, esta ha adquirido firmeza, y si alguna de las partes no estaba conforme, debía haberlo planteado en un recurso.

Pero el problema puede surgir si la Sentencia firme solo recoge de manera ambigua quién debe optar –si el trabajador o la empresa o empresas–, o que diga que en caso de que si la opción válida se efectúa por la empresa «X», a su vez, la que tendrá validez final será la opción que efectúe el trabajador. Entendemos que si en el Fallo de la Sentencia no se dan unos mecanismos claros sobre cuál es la forma de efectuar la opción válidamente por alguna de las partes, difícilmente el Fallo podrá ejecutarse. Lo único que se nos ocurre es que podría efectuarse un incidente de Ejecución, para que las partes se pronuncien sobre cuáles pueden ser las reglas –que sin alterar los pronunciamientos del Fallo de la

Sentencia firme— que pueden darse a fin de que el trabajador pueda ser readmitido o indemnizado en forma satisfactoria, y que el Juez resuelva el debate dictando el correspondiente Auto que sustancie el incidente. Pero lo que sí parece claro es que a pesar de que el Convenio Colectivo de alguna de las empresas condenadas prevea que la opción la tiene el trabajador, si esto no se recoge en la Sentencia firme, esta opción de este precepto del Convenio Colectivo es como si no existiera.

Pero esto no es todo, ¿qué ocurrirá con el contrato inicial del trabajador, si es readmitido por otra empresa ya sea del mismo grupo o de otra independiente, y que tenga distinto Convenio Colectivo? Supongamos que se condena solidariamente a una ETT y a la Empresa Usuaria, lógicamente, si se readmite en las mismas condiciones, el puesto de trabajo será el de la Empresa Usuaria, que seguramente tendrá un Convenio Colectivo distinto del de la ETT, pero el contrato seguirá siendo el primitivo, o sea, TRABAJADOR/EMPRESA ETT; ¿cómo se resolverá esto? Entendemos que el trabajador tiene derecho a regularizar la relación laboral, pero mucho nos tememos que tendrá que formular una acción declarativa, por cuanto si el Fallo de la Sentencia no especifica nada más, la Ejecución, según el tan citado artículo 110.1 de la LPL, se limitará a devolver al trabajador a las mismas condiciones que regían antes del despido. Lo ideal sería que toda esta problemática se recogiera expresamente en la Sentencia firme; si no es así, como hemos apuntado, pueden darse muchos problemas en la Ejecución.

Veamos algunas Resoluciones:

* Resulta de interés la STSJ del País Vasco de 04-02-03 P. Sr. Álvarez Sacristán (AS 2003\1609); la Sentencia de instancia absuelve a «AENA» y solo condena a «Adecco ETT», la cual debe efectuar la opción; la Sentencia de suplicación extiende la condena solidariamente a «AENA», «con las mismas consecuencias y cantidades del fallo de la sentencia que en este aspecto queda incólume, anulando la absolución a la codemandada que ahora se condena a tal responsabilidad solidaria».

Del contenido de esa Resolución y de que si se readmite a las actoras «en las mismas condiciones anteriores al despido», parece que debe readmitirla «AENA», y el Convenio Colectivo de esta es que la opción la tiene el trabajador, pero en este aspecto, ¿se aplicará tal Convenio Colectivo?, pues, no olvidemos, que la empresa «nominalista», o sea, con la que ha celebrado el contrato es con la ETT. Es un tema bastante difícil de solucionar. No obstante, del contenido de las dos Sentencias —la de instancia y la de suplicación— otorga el derecho de opción a las empresas, con lo que ya no puede volver a reinterpretarse este punto, aun cuando parezca discutible este pronunciamiento.

* STSJ de Catalunya de 05-03-02 P. Sr. de Quintana Pellicer (AS 2002\1563).

a) Sentencia de instancia en que se declara la improcedencia del despido y se condena solidariamente a «Consorti de Gestió Sanitaria» y «Hospital Clínic i Provincial de Barcelona» a que, a opción del trabajador, procedan a su readmisión o a la indemnización fijada; la Sentencia de suplicación desestima el recurso y confirma la de instancia.

b) Comentario. En este caso, sobre el derecho de opción no hay problema, por cuanto, además de confirmar la Sentencia de instancia, que dice con toda claridad que la opción la tiene el trabajador, resuelve, por tanto, este problema de la opción y tiene constancia que el artículo 74 del CC del «Hospital Clínic» otorga el derecho de opción al trabajador, pero otra cosa es si este pronunciamiento es correcto.

Entiende dicha Resolución que debe aplicarse el Convenio Colectivo «de la empresa para la que en realidad ha venido trabajando», reconociendo «la existencia de una confusión de plantillas por la prestación indistinta de servicios para las dos entidades codemandadas bajo una sola y única dirección con independencia del uso que se haya efectuado de la figura de personalidades jurídicas independientes bajo las que subyace un solo empleador.» Por tanto, aunque la empresa «nominalista» es el «Consorti de Gestió Corporació Sanitaria», en realidad trabaja para «Hospital Clínic», como se desprende de los Hechos Probados I y II de la Sentencia de instancia, al trabajar en las instalaciones de este último. Por tanto, si en realidad, la empleadora era el «Hospital Clínic», lo lógico es que se aplique a las actoras su Convenio Colectivo.

Y no olvidemos que la Sentencia de instancia tiene un pronunciamiento, aunque por sabido no menos importante, que es que, en su caso, la readmisión se efectuará «en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido». Aquí podemos poner una pequeña objeción al Fallo de dicha Resolución, pues aunque no conste en el mismo –y entendemos que sí debería recogerse– tanto en la Sentencia de instancia como en la de suplicación –y que tampoco figura en el Fallo, pues se limita a ratificarla íntegramente– se entiende que, como se ha dicho, a la trabajadora, se le aplicará un artículo determinado del Convenio Colectivo del «Hospital Clínic» –referido a que la opción la tiene el trabajador– lo que da a entender que, sobre todo en caso de readmisión se le aplicará este Convenio en su totalidad, pues no podría defenderse que para unos supuestos se aplique un Convenio Colectivo y para otros el que se aplicaba con anterioridad. Pero obsérvese que aquí nos encontramos con una contradicción, pues, en realidad, caso de readmisión, esta no se efectuará «en las mismas condiciones que regían antes del despido», pues entonces estaría en la misma injusta situación, es decir, que a pesar de trabajar como un trabajador más del «Hospital Clínic» se le aplicaba otro Convenio Colectivo, o sea, que sería más preciso decir que la readmisión se efectuará en «las justas condiciones», o en las «mismas condiciones que los trabajadores del "Hospital Clínic"», por cuanto, como se ha dicho, la Sentencia efectúa un ajuste, pues se ha regularizado judicialmente su mala situación anterior.

Nos encontramos, según parece, pues no hemos podido acceder a la demanda, en una situación de cesión ilegal o análoga, y la Resolución que comentamos parece que, tácitamente, sigue la tesis que hemos referido al examinar el Apartado «Cesión Ilegal» (al que nos remitimos), en que decíamos que es el único supuesto de despido improcedente en que no puede aplicarse el artículo 110.1 de la LPL, sino que debe aplicarse el artículo 43.3 del ET, es decir, que debe corregirse la situación anterior al despido, pues, de no hacerse esta interpretación continuaría el trabajador en su situación injusta anterior. Entonces, lo más correcto sería que constara que la readmisión sería en «las justas condiciones».

Con independencia del pequeño matiz que acabamos de informar, que no tiene relevancia en la práctica (refiriéndonos a este caso concreto, pero sí que es trascendental para otros casos en que no se recoja este matiz), entendemos que, globalmente, estas Resoluciones –la de instancia y la de suplicación– son ejemplares.

Pero, ¿qué ocurriría si ambas Resoluciones, como otras muchas que hemos seleccionado, se limitaran a condenar solidariamente a las empresas, con la facultad de opción para estas, sin más pronunciamientos, o sea, que omitiera cualquier mención sobre la aplicación concreta del Convenio Colectivo? Pues que la opción la tendrían, evidentemente, las empresas y que, por tanto, en principio, no sería de aplicación el Convenio Colectivo del «Hospital Clínic»

Entonces, si hay «confusión de plantillas», ¿cómo se les puede imponer a estas trabajadoras actoras un Convenio Colectivo distinto respecto de otro trabajador que se encuentre en el mismo centro de trabajo, efectuando un trabajo análogo o incluso igual, con la misma Categoría Profesional, etc.? No es fácil argumentar este criterio. Aparte de que, no olvidemos, si se ha producido una condena solidaria es porque en definitiva la actuación del grupo de empresas ha producido un perjuicio para los trabajadores actores, pues, si no fuera así, ¿cuál sería el fundamento de la condena solidaria? La STSJ de Andalucía/Málaga de 10-05-02 P. Sr. Navas Galisteo (ED 2002/45933) dice, con toda claridad, que debe demostrarse la situación de insolvencia de la empresa y la conducta fraudulenta de la sociedad en perjuicio de los derechos e intereses legítimos de los trabajadores y en beneficio en el caso que examinamos del grupo de empresas; y la STSJ de Castilla-La Mancha de 23-11-05 P. Sr. Solís García del Pozo (ED 2005/244623) dice, con toda claridad, que el solo incumplimiento de requisitos si no perjudica a los trabajadores (descapitalización) no puede auspiciar una condena solidaria. Por tanto, entendemos que si la condena es solidaria, se ha producido un perjuicio a los trabajadores ¿y cómo se «compensa» a estos?, pues imponiéndoles el Convenio Colectivo de la empresa defraudadora.

III. CONCLUSIONES

Ya podemos adelantar que para poder resolver correctamente las cuestiones que hemos planteado en este estudio, lo más procedente sería recogerlas en la LPL, efectuando las modificaciones correspondientes, puesto que, no olvidemos, tiene muchas lagunas, sobre todo en Ejecución de Sentencias por despido improcedente. Que esto es así solo cabe poner de manifiesto que, en cuanto a dicha Ejecución, los artículos 276 y siguientes de dicha Ley, solo toman en consideración la no readmisión o la readmisión irregular, es decir, cuando el empresario incumple con su obligación de «readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes del despido» (art. 110.1). Pero, ¿qué ocurre cuando el que incumple es el trabajador?, o sea, que el trabajador no se presenta a la empresa para reanudar sus servicios; ¿se trata de un nuevo despido, o es un tema que puede resolverse en Ejecución? Pues que no está previsto legalmente. Dejamos esta pregunta en el aire, porque esto sería motivo de un nuevo trabajo.

Y el caso de ejecución de despido improcedente con condena solidaria tampoco está regulado en la LPL, y, como hemos visto, es un tema que se plantea muchas veces en la realidad.

La conclusión fundamental a la que llegamos es en la que hemos ido insistiendo a lo largo de este trabajo, es decir, si podemos responder a la preguntas: ¿con los pronunciamientos que se efectúan en el Fallo de la Sentencia firme, es posible ejecutarla correctamente, en sus propios términos (arts. 239.1 de la LPL y 18.2 de la LOPJ)?

Si no es así nos encontramos con un problema que puede ser de difícil o imposible solución, sobre todo en cuanto a cuál es la opción válida respecto a las que han efectuado expresa o tácitamente las condenadas, e incluso dando ocasión a que opten las que han sido absueltas, pero que, por haber interpuesto recurso la parte contraria, pueden ser condenadas en una instancia superior.

Otra cuestión problemática es: ¿quién puede readmitir en legal forma de entre las varias partes condenadas? Ya hemos visto que la prestación de servicios no puede dividirse en tantas partes como sean las condenadas, pues el contrato de trabajo es único, y en consecuencia, hemos visto que lo

esencial es que la readmisión del trabajador se produzca «en las mismas condiciones que regían antes del despido» (art. 110.1 de la LPL).

Finalmente, otro tema importante es el del despido improcedente más la declaración de cesión ilegal que, como hemos defendido, es el único supuesto en que no se puede aplicar el artículo 110.1 de la LPL, sino que debería aplicarse el artículo 43.3 del ET, por cuanto si en el momento del despido el trabajador se encontraba en cesión ilegal, si se readmite en las mismas condiciones anteriores al despido, lógicamente continuaría encontrándose en situación de cesión ilegal.

Por todo lo argumentado, y continuando con el espíritu de este trabajo, de que prime, ante todo, lo práctico sobre lo teórico, hemos pensado que, para rematarlo, podemos transcribir dos propuestas de Fallo de Sentencia, que no tiene por que ser firme, pero que resuelva todas las cuestiones bien de cara a un posible recurso (cuya resolución puede originar nuevos condenados o, por el contrario, algún absuelto), o bien de cara a la Ejecución. Una será de despido declarado improcedente con condena solidaria, y, la otra, más específica, en el supuesto en que, además del despido improcedente, se declare cesión ilegal.

a) Sentencia en que se declara la improcedencia del despido con condena solidaria.

«Que estimando en parte la demanda formulada por el trabajador T, debo declarar y declaro:

1. La improcedencia del despido, y al efecto condeno solidariamente a las empresas "Y" y "Z", a su opción, a que readmitan al trabajador o a que le abonen la indemnización de... €; y, en todo caso, deberán abonar a este los salarios de tramitación comprendidos entre la fecha del despido,... y la de la última notificación de la Sentencia a las empresas, salvo que exista causa de no devengo de salarios o compensación de estos (IT, prestación de servicios en otras empresas, etc.), que podrán fijarse, en su caso, en el incidente que proceda, en ejecución de Sentencia.
2. La opción podrá efectuarse por las dos empresas condenadas por escrito o por comparecencia en la Secretaría de este Juzgado (art. 110.1 de la LPL), en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la Sentencia, sin esperar a la firmeza de la misma (art. 110.3 de la misma Ley); caso de que se produzca opción por las dos empresas, la válida será la que se verifique en primer lugar, computándose como plazo de cada opción, a partir de la fecha de notificación de la Sentencia a cada empresa hasta que se produzca tal opción en el Juzgado (ya sea por escrito o por comparecencia); de no efectuarse opción por ninguna de las empresas, dentro de plazo legal, se entenderá que han optado por la readmisión (art. 56.3 del ET).
3. En el caso de que se interponga recurso, y que, como consecuencia del mismo, pueda ser condenada alguna de las partes absueltas, las opciones no serán válidas hasta tanto no se hayan optado todas las nuevas condenadas (o haya transcurrido el plazo legal sin que lo hayan verificado).
4. En todo caso, de ser válida la opción por la readmisión, las empresas condenadas, a partir de la firmeza de la Sentencia, deberán efectuar el requerimiento del artículo 276 de la LPL, en los plazos estrictos de dicho precepto, con apercibimiento a dichas

empresas que, de no verificarlo, se les podrán imponer los perjuicios contenidos en los artículos 277 y siguientes de la LPL.

5. Que debía absolver y absolvía a la empresa "X", y a Juan y a Pedro.»

b) Sentencia sobre el mismo supuesto anterior, pero en el que, además, se declara la cesión ilegal.

«Que estimando la demanda formulada por el trabajador T, debo declarar y declaro:

1. La improcedencia del despido, y al efecto condeno solidariamente a las empresas "Y" y "Z", a su opción, a que readmitan al trabajador o a que le abonen la indemnización de ... €; y, en todo caso, deberán abonar a este los salarios de tramitación comprendidos entre la fecha del despido, ... y la de la última notificación de la Sentencia a las empresas, salvo que exista causa de no devengo de salarios o compensación de estos (IT, prestación de servicios en otras empresas, etc.), que podrán fijarse, en su caso, en el incidente que proceda, en ejecución de Sentencia.
2. La opción podrá efectuarse por las dos empresas condenadas por escrito o por comparecencia en la Secretaría de este Juzgado (art. 110.1 de la LPL), en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la Sentencia, sin esperar a la firmeza de la misma (art. 110.3 de la misma Ley); caso de que se produzca opción por las dos empresas, la válida será la que se verifique en primer lugar, computándose como plazo de cada opción, a partir de la fecha de notificación de la Sentencia a cada empresa hasta que se produzca tal opción en el Juzgado (ya sea por escrito o por comparecencia); de no efectuarse opción por ninguna de las empresas, dentro de plazo legal, se entenderá que han optado por la readmisión (art. 56.3 del ET).
3. Caso de que las empresas opten válidamente por la readmisión, el trabajador dispondrá de cinco días, a contar, a partir de tal elección, para optar por cuál de las dos empresas deba ser readmitido; caso de no verificarlo, la readmisión se efectuará por las empresas condenadas "en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido" (art. 110.1 de la LPL).
4. En todo caso, de ser válida la opción por la readmisión, las empresas condenadas, a partir de la firmeza de la Sentencia, deberán efectuar el requerimiento del artículo 276 de la LPL, en los plazos estrictos de dicho precepto, con apercibimiento a dichas empresas que, de no verificarlo, se les podrán imponer los perjuicios contenidos en los artículos 277 y siguientes de la LPL.
5. También, en todo caso, si la opción válida es por la readmisión, y cualquiera que sea la empresa que proceda a esta, la antigüedad del trabajador será de..., o sea, la que tenía antes del despido, y, además, deberá efectuar los trámites de regularización que proceda, a fin de que cese la situación de cesión ilegal que sufría el trabajador cuando se efectuó el despido.»