

**DJAMIL TONY KHALE CARRILLO**

*Licenciado en Derecho. Doctorando en la Universidad de  
Salamanca*

**(Comentario a la STSJ de Andalucía/Málaga, de 9 de junio de 2005, rec. núm. 968/2005) \***

## **1. PLANTEAMIENTO**

La sentencia objeto de análisis aborda, siguiendo la doctrina de otras, cuatro importantes cuestiones. La primera, la determinación de un despido tácito por el hecho del empleador de haber cerrado el centro de trabajo y no haber pagado al trabajador el subsidio de Incapacidad Temporal (IT). La segunda, la conjunción de la acción resolutoria del contrato de trabajo instada por el trabajador (art. 50 del ET) con la de despido. La tercera, la caducidad de la acción para impugnar el despido (art. 59.3). Y la cuarta que no tiene relación directa con el despido tácito, pero merece la pena hacer mención sobre la responsabilidad de las personas físicas accionistas mayoritarias de las sociedades code mandadas.

## **2. SUPUESTO DE HECHO Y CUESTIÓN DEBATIDA**

### **2.1. Despido tácito.**

Respecto de la primera cuestión, y en orden al mejor entendimiento de la misma, parece oportuno comenzar en esclarecer qué se entiende por despido. El despido en sentido amplio es una ins-

---

\* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 276, marzo 2006.

titución que comprende cualquier extinción del contrato de trabajo que es debida a la voluntad unilateral del empresario. En otras palabras es cualquier acto del empleador sea expreso o tácito que conlleve la ruptura del vínculo laboral y evidencia su intención de dar por terminada la relación laboral. Así pues, el despido se configura como una decisión empresarial basada en justa causa que debe cumplir ciertas formalidades <sup>1</sup>. En el caso del despido disciplinario, la decisión debe efectuarse de manera escrita, con indicación de los hechos que lo originan y la fecha en que ha de tener efecto <sup>2</sup>. En el supuesto del despido por causas objetivas, requiere igual que el anterior una comunicación de forma escrita con los mismos extremos que aquél. Y el despido fundado en causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor requiere la imposición previa de un procedimiento ante el organismo laboral. Siendo de esta manera válido el despido que cumpla con tal exigencia, ya que el incumplimiento de estas formalidades trae como consecuencia que sea nula la decisión extintiva del empleador <sup>3</sup>.

El despido tácito se constituye al existir por parte del empresario la voluntad de extinguir el contrato de trabajo y aquél no lo materialice a través de una declaración escrita o verbal, sino que se produce por la existencia de hechos concluyentes que destapa la intención inequívoca del empresario de culminar con la relación laboral que lo unía con el trabajador <sup>4</sup>.

Sin embargo, dicha calificación no afecta tanto a la existencia misma del despido como a la posibilidad de anular sus efectos, puesto que es eficaz desde que se manifiesta a través de la voluntad del empleador, pudiendo enervarse si el trabajador lo impugnase dentro de los veinte días a que hace referencia el artículo 59.3 del ET. Partiendo de ello, hay que asentar las diferencias que existen entre el despido formal y el despido tácito.

El Alto Tribunal ha establecido algunos supuestos que son considerados como despido tácito. Aquél se produce al existir de manera efectiva y por voluntad del empresario: la no aplicabilidad de las prestaciones esenciales del contrato de trabajo; la falta de ocupación efectiva <sup>5</sup>; y el abono de salario sin causa jurídica que lo justifique <sup>6</sup>. Es de resaltar que la decisión extintiva empresarial debe derivarse de hechos concluyentes reveladores de la intención inequívoca de la empresa de poner fin

<sup>1</sup> El término general que mejor conviene al despido es el de resolución. Cfr. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M., *Derecho del Trabajo*, 20 ed., Civitas, Madrid, 2002, pág. 428.

<sup>2</sup> La carta de despido debe proporcionar al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa en el caso de que no considere que se haya producido su despido por esas causas. STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de marzo de 2005.

<sup>3</sup> Una visión detallada y jurisprudencial del tema. Cfr. DESDENTADO BONETE, A., *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

<sup>4</sup> La jurisprudencia laboral ha reiterado que en el despido tácito debe existir una inequívoca conducta para que se pueda afirmar la voluntad empresarial extintiva. SSTS de 4 de octubre, 6 de diciembre de 1983, y 27 de febrero de 1985.

<sup>5</sup> SSTS de 18 de noviembre y 22 de diciembre de 1988, 4 de diciembre de 1989 y 26 de febrero, 14 de junio, 9 y 11 de octubre de 1990. SSTCT de 27 de enero de 1987 y 17 de febrero de 1988.

<sup>6</sup> STS de 12 de mayo de 1988.

a la relación jurídico-laboral <sup>7</sup>, «tratándose en definitiva de situar claramente en el tiempo la decisión resolutoria de la empresa y, en su caso, la inactividad impugnatoria del trabajador, a fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica» <sup>8</sup>. Esta inseguridad nunca debe favorecer a las partes que la hayan provocado <sup>9</sup>.

Teniendo clara la configuración del despido tácito se puede extraer a través del análisis jurisprudencial las tres características principales que cobija esta institución: a) la no formalidad; b) su forma de materializarse; y, c) la falta de causa. «Si bien la jurisprudencia examina con recelo la figura del despido tácito <sup>10</sup>, que se pretende deducir de conductas equívocas de la empresa, por contrariar los principios de buena fe, básicos en las relaciones contractuales y generar situaciones de inseguridad al trabajador, que nunca deben beneficiar a quien las ha provocado <sup>11</sup>, su realidad y operatividad no deben excluirse, conforme también constante jurisprudencia, cuando existan hechos que revelen inequívocamente la voluntad empresarial de poner fin a la relación contractual» <sup>12</sup>.

En este orden de ideas la sentencia que comentamos declara un despido tácito desvirtuando el fallo del *a quo*, ya que consta en el expediente el cierre del centro de trabajo donde presta únicamente sus servicios el trabajador, encontrándose en situación de IT y no se le ha abonado el subsidio de dos meses antes del cierre; decretándose el despido improcedente y ordenando la readmisión del trabajador a su puesto de trabajo en las mismas condiciones que venía desempeñando anteriormente o, a elección del empresario, el abono por concepto de indemnización más el pago de los salarios dejados de percibir. No pudo prosperar la defensa del empresario al alegar que el cierre del centro de trabajo se produjo por ser el trabajador la única persona que estaba al mando de éste y se encontraba incapacitado laboralmente. La norma estatutaria es clara al establecer en su artículo 43 la facultad que concede al empleador de poder sustituir a sus trabajadores a través de las Empresas de Trabajo Temporal <sup>13</sup>; y, en el artículo 52 c) el patrono podrá extinguir el contrato por causas objetivas al existir la necesidad objetiva de amortizar puestos de trabajo <sup>14</sup> cuando no se alcanza la cifra señalada en el

<sup>7</sup> «El despido, al igual que el abandono, requiere voluntad resolutoria consciente del empresario, que si bien cabe entender existe cuando los actos u omisiones concurrentes permitan presumir voluntad en tal sentido, excluye tal conclusión en supuestos (...) en que dichos actos denotan de manera inequívoca la ausencia de la mencionada voluntad resolutoria, aunque manifiestan incumplimiento contractual, ante el que el trabajador puede reaccionar en los términos que permite el marco jurídico aplicable», STS de 4 de julio de 1988.

<sup>8</sup> SSTs de 2 de julio de 1985, 21 de abril, 9 y 10 de junio de 1986, 5 de mayo y 4 de julio de 1988 y 23 de febrero y 3 de octubre de 1990.

<sup>9</sup> STSJ de Andalucía de 2 de septiembre de 1992 y SSTSJ de Galicia de 5 y 13 de febrero de 1993.

<sup>10</sup> Este tipo de despido hay que tratarlo con recelo y restrictivamente. Vid. GARCÍA MURCIA, J., «Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 52, 1992, pág. 202.

<sup>11</sup> Teniendo que ser rechazadas aquellas pretensiones que se deduzcan de conductas equívocas de la empresa la existencia de un despido de hecho, considerándose de mala fe. STSJ de Cantabria de 30 de marzo de 1992.

<sup>12</sup> STS de 4 de diciembre de 1989.

<sup>13</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J. y MORENO VIDA, M., «Las Empresas de Trabajo Temporal en el marco de las nuevas formas de organización empresarial», *Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, N.º 48, 2004, págs. 39-65.

<sup>14</sup> Vid. FERNÁNDEZ BERNAT, J. «La amortización del puesto de trabajo y desaparición de las funciones en el despido por causas objetivas del artículo 52 c) ET: A propósito de la STS de 29 de mayo de 2001», *Actualidad Laboral*, N.º 2, 2002, págs. 2.255-2.270.

artículo 51.1, es decir, diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien; el diez por cien en las que ocupen entre cien y trescientos; y, treinta trabajadores en las que ocupen trescientos o más.

Así pues, la actuación hecha por el empleador no se ajusta a derecho en el caso que se comenta por no utilizar las vías idóneas establecidas en la ley sustantiva laboral. En ciertas ocasiones y según las circunstancias en que se presenten los hechos, la falta de ocupación efectiva del trabajador puede ir más allá del mero incumplimiento del deber que impone el empleador en el artículo 4.º 2 a) del ET aconteciendo un verdadero despido. Por ello el empleador debe ser muy cuidadoso al momento de tomar sus decisiones a la hora de poner en práctica el poder disciplinario que le confiere la norma estatutaria.

## 2.2. La conjunción de la acción resolutoria del contrato de trabajo instada por el trabajador con la de despido.

Es destacable en relación a la segunda cuestión que con este tipo de despido se transforma lo que en principio constituye una conducta empresarial doblemente incumplidora del contrato, en un acto resolutorio efectivo, obligando al trabajador a reaccionar contra el incumplimiento de forma indirecta a través de la impugnación del despido<sup>15</sup>. Como ha declarado el Tribunal Supremo (TS), el éxito de la acción basada en el artículo 50 del ET exige que el contrato de trabajo esté vivo en el momento de dictarse la sentencia<sup>16</sup>. En otras palabras que para la resolución del contrato por voluntad del trabajador es requisito indispensable la continuidad en la prestación de sus servicios para que tenga éxito su pretensión, puesto que no puede declarar el juzgador la extinción de una relación laboral ya fenecida<sup>17</sup>. Requisito que exige la pervivencia o persistencia del vínculo laboral tanto antes y después de presentar la solicitud ya que el trabajador no puede constituirse en definidor de su propio derecho. Salvo supuestos excepcionales que atenten gravemente a la dignidad o la integridad física del trabajador<sup>18</sup>, conocido como el «cese prematuro»<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> DE MIGUEL LORENZO, A., *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 111.

<sup>16</sup> SSTSJ de Cataluña de 22 y 26 de noviembre de 1986, 12 de julio de 1989 y 18 de julio de 1990. Una visión histórica del artículo 50 del ET. Cfr. PENDAS DÍAZ, B., *La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador*, ACARL, Madrid, 1992, págs. 23-29.

<sup>17</sup> SSTS del 22 de marzo y 11 de abril de 1990. «En suma, los trabajadores debieron accionar por despido pues su relación laboral quedó extinguida por un acto concluyente lo que nos lleva a la aplicación de la consolidada doctrina jurisprudencial que establece que para que la acción resolutoria prospere es preciso que la relación laboral continúe en vigor porque no puede extinguirse lo que ya está extinguido». STSJ de Madrid de 1 de marzo de 2005.

<sup>18</sup> Supuestos excepcionales como: «malos tratos de palabra u obra, falta continuada del abono del salario, o llevar a cabo el trabajo en modalidad distinta de la que fue contratado, es decir, cuando se ofrecen situaciones que ponen de manifiesto que la convivencia resulta muy difícil, es admisible dicho abandono». STS de 29 de diciembre de 1988. Entre otras SSTS de 29 de diciembre de 1988, 7 y 20 de noviembre de 1989, 3 de enero, 11 de abril y 13 de mayo de 1990 y 23 de abril de 1996. SSTSJ de Asturias de 17 de octubre de 1997 y del TSJ de Madrid de 7 de julio de 1997.

<sup>19</sup> El cese prematuro en la prestación de los servicios no implica de por sí suspensión de la relación laboral. STS de 18 de septiembre de 1989. En relación al cese prematuro Cfr. RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, La Ley, Madrid, 1998, págs. 117 y ss.

El fin del artículo 50 de la norma estatutaria es el de otorgarle al trabajador la facultad de reaccionar frente a las conductas del empresario que buscan que la prestación de trabajo sea intolerable o ilusoria<sup>20</sup>. Evitando así que de manera indirecta se coaccione al trabajador a abandonar el trabajo<sup>21</sup>; o que se encarrile la decisión del trabajador para que seleccione entre la resolución del contrato o la exigencia de su cumplimiento de conformidad con el artículo 1.124 del Código Civil. La base de la resolución debe centrarse en los comportamientos singularmente graves que dificulten la continuidad de la relación laboral<sup>22</sup>.

Hay que dejar claro la diferencia existente entre la acción de despido y la acción rescisoria, independientemente de que ambas vías llegasen a un resultado indemnizatorio homogéneo en relación a la indemnización básica, la acción de despido a nivel sustantivo es de índole declarativa y la segunda es de índole constitutiva<sup>23</sup>. Así pues tenemos que en el supuesto de la extinción del contrato de trabajo a voluntad del trabajador por incumplimiento contractual del empleador ésta no es dirimida por el propio trabajador a *motu proprio*, sino que tiene que ser el órgano judicial quien declare la extinción, mientras que la «eficacia extintiva inmediata de la decisión unilateral del empleador de dar por resuelto el contrato de trabajo que le vincula con el trabajador y sin perjuicio de que la relación laboral así extinguida pueda luego ser restablecida en base al pronunciamiento jurisdiccional que proceda a su revisión»<sup>24</sup>.

Si el trabajador decide extinguir el contrato de trabajo por su propia voluntad por alguna de las causas establecidas en el artículo 50 del ET se conoce en la práctica forense como autodespido. Así pues son causas justas de extinguir la relación laboral por voluntad del trabajador:

- a) «Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> «Estas declaraciones judiciales hacen de la resolución causal una especie de último recurso para la defensa de los derechos e intereses del trabajador. De ahí que los tribunales hayan subrayado en ocasiones que el uso de esta vía de resolución del contrato está reservado para aquellos casos en que los derechos del trabajador no puedan quedar razonablemente atendidos mediante la simple exigencia del cumplimiento de las obligaciones correspondientes». STS de 16 de enero de 1991.

<sup>21</sup> SSTS de 14 de octubre de 1982.

<sup>22</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 7.ª ed., Ceura, Madrid, 1999, pág. 988.

<sup>23</sup> SSTS de 18 de septiembre de 1989 y 30 de abril de 1990. STSJ de Castilla y León de 4 de mayo de 1993.

<sup>24</sup> STSJ de Andalucía de 24 de marzo de 2000 y 9 de junio de 2005. SSTS de 7 de diciembre de 1990 y 13 de marzo de 1991.

<sup>25</sup> El desplazamiento de un trabajador a una obra sita en provincia distinta a la de su residencia oficial, permaneciendo quince días sin trabajo concreto, legítima a aquél para pedir la rescisión del contrato de trabajo. STS de 26 de abril de 1986. Entre otras SSTS de 6 de marzo, 23 de junio y 3 de diciembre de 1987. Vid. GOERLICH PESET, J., *La extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 23-38.

- b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado <sup>26</sup>.
- c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados» <sup>27</sup>.

Vistas las acciones que se tienen para la extinción de la relación laboral, hay que determinar qué pretensión debe dirimir primero el juzgador si la impugnación del despido o la acción rescisoria. Así pues la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) en su artículo 32, por razón de la «autonomía de las causas extensivas» <sup>28</sup>, obliga a la acumulación de pretensiones, cuando el trabajador deduce demanda por despido decretado por el patrono y demanda para la extinción del incumplimiento de aquél. Sin explicar el precepto las consecuencias de tal acumulación, sólo ordena la unión de una y otra demanda teniendo que «debatirse todas las cuestiones en un solo juicio». Diferencia que se tiene con el artículo 35 que es más explícito al señalar que la acumulación «producirá el efecto de discutirse conjuntamente y resolverse en una misma resolución todas las cuestiones planteadas».

El artículo 32 no contiene ninguna previsión sobre las dificultades que se pueden plantear de la existencia y presencia procesal simultánea de ambas acciones. Pareciera que el precepto ordenara al juez social examinar las dos pretensiones, pronunciándose sobre el fundamento de cada una de ellas; «no se comprende bien por qué ha de primarse, como a veces se hace, la acción de despido, y conferírsele valor excluyente cuando se la tiene por procedente» <sup>29</sup>. Esta disyuntiva ha sido resuel-

<sup>26</sup> La falta de pago de salario constituye justa causa para que el trabajador inste la resolución del vínculo, ya que tiene por sí misma, sin precisar otra motivación que su simple constatación objetiva, la condición de incumplimiento grave, sin que puedan valorarse otras circunstancias como la difícil situación económica de la empresa, su buena o mala fe, si afecta a mayor o menor número de trabajadores o si concurre o no malicia o culpa imputable a aquélla, por cuanto el artículo 50 no permite subjetivar las motivaciones del concreto incumplimiento a que se refiere, siempre, claro está, que se trate de un incumplimiento grave, quedando así excluidos aquellos retrasos que, por su carácter episódico, mínima cuantía o referidos a un derecho controvertido, deban ser objeto de una acción procesal tendente a su abono. STCT de 8 de septiembre de 1987. Entre otras SSTs de 27 de mayo, 30 de junio, 24 de julio y 29 de diciembre de 1986.

<sup>27</sup> La orden de realizar un trabajo distinto, cuando no concorra la urgencia que lo justifique, está incurso en la fórmula amplia del artículo 50.1 c) STCT de 24 de mayo de 1983. Entre otras SSTCT de 11 de mayo de 1983 y 4 de marzo y 3 de agosto de 1984. Vid. VIQUEIRA PÉREZ, C., *La resolución del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento del empresario*, Civitas, Madrid, 1994.

<sup>28</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 991.

<sup>29</sup> «En realidad, esta actitud, asumida por algún sector doctrinal y por varios tribunales de suplicación, parte de que la indemnización otorgable ex artículo 50 sólo repara la pérdida forzada del puesto de trabajo, pero no el daño sufrido por el interesado, por ejemplo, en su formación o en su dignidad, cuando, según la teoría general sobre el derecho de daños, se nos empuja hacia un resarcimiento integral, cosa que las reglas sobre el cálculo de la indemnización limitan cuantitativamente, pero sin cambiar el significado de la reparación». MONTROYA MEGAR, A. y otros, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, págs. 386-387.

ta a nivel jurisprudencial al establecer que deberá examinarse, en primer lugar, la acción que antes se haya pretendido. En el supuesto de que se haya ejercitado primero la resolución del contrato de trabajo que la decisión de despido, el órgano jurisdiccional deberá dar preferencia en dirimir la resolución del contrato de trabajo, ya que su estimación «implicaría la extinción de la relación laboral y la consecuente falta de acción del trabajador para reclamar contra el despido operado con posterioridad a la primitiva demanda»<sup>30</sup>. En el supuesto contrario de que se haya ejercitado primero la decisión del despido antes que la resolución del contrato de trabajo, el juez social debe conocer la acción de despido, ya que su confirmación «comportaría la extinción de la relación laboral, con la consecuencia de no ser ya posible una pretensión resolutoria del trabajador sobre una relación laboral extinguida por voluntad del empleador»<sup>31</sup>.

El Alto Tribunal ha manifestado la finalidad que persigue el artículo 32 *ejusdem* al señalar que dichas acciones deben ser acumuladas, dirimiéndose en un solo juicio las pretensiones reclamadas, donde se persigue a la voluntad legal de que sean contempladas al propio tiempo conductas entrecruzadas que se hubieran producido en una misma situación de conflicto. «Se trata de evitar torticeras que persigan, a través de ejercer la acción resolutoria, eludir las consecuencias de un despido que se prevé inminente o a buscar la enervación de tal acción resolutoria mediante la imposición del despido. Consiguientemente, la interpretación teleológica del citado artículo 32 de la LPL dificulta en extremo acudir a reglas dogmáticas y apriorísticas que fijen criterio sobre cuál de ambas acciones –la resolutoria o la impugnatoria del despido– ha de obtener primera respuesta»<sup>32</sup>.

El juez de lo social, al dictar su fallo, debe resolver sobre las pretensiones acumuladas, donde pueden surgir tres supuestos:

- a) Declarar inexistentes ambas causas extintivas, a través de decretar la no resolución por incumplimiento y despido improcedente o nulo con los efectos que con ello trae<sup>33</sup>.
- b) Decretar la existencia de una de las dos pretensiones acumuladas, ordenando: en el caso de la resolución causal la extinción del contrato con indemnización para el trabajador; o, en caso contrario, decretarse el despido procedente donde se extinguirá la relación laboral sin que tenga que recibir el trabajador ningún concepto por indemnización.

<sup>30</sup> STSJ de Andalucía de 9 de junio de 2005. Entre otras STS de 4 de febrero de 1986.

<sup>31</sup> STSJ de Andalucía de 9 de junio de 2005. Entre otras SSTS de 21 de mayo de 1986, 14 de septiembre de 1988 y 27 de julio de 1989.

<sup>32</sup> STS de 23 de diciembre de 1996.

<sup>33</sup> En relación al despido improcedente o nulo. Cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, M., «La calificación del despido como improcedente o nulo», en AA.VV. (Coord. DE LA VILLA GIL, L.), *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso Olea*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 403-418. LOUSADA AROCHENA, F., «La concurrencia de una causa de extinción del contrato de trabajo después de un despido declarado improcedente o nulo», *Tribuna Social*, N.º 139, 2002, págs. 19-25.

- c) Señalando la existencia de ambas acciones, ya sea la extinción por incumplimiento del empresario y extinción por despido disciplinario procedente, el juez decretará que los efectos extintivos de la relación laboral nacerán a partir del despido.

Así pues la sentencia que estime la demanda del trabajador por la acción de resolución del contrato es constitutiva produciendo la extinción del contrato de trabajo y por ende la relación laboral <sup>34</sup>. En el supuesto de que el empresario recurriera el fallo, el trabajador no se encontrará obligado a prestar sus servicios de trabajo hasta que se decida el recurso <sup>35</sup>. Resuelto el contrato de trabajo, el actor tiene el derecho a una indemnización igual a la prevista para el despido improcedente <sup>36</sup>.

En la sentencia que se comenta el juzgador acató lo establecido por el TS aplicando debidamente el artículo 32 de la LPL al dirimir primero la acción de despido, decretando la existencia de un despido tácito por existir indicios suficientes que determinan la voluntad extintiva del empresario de poner fin al contrato de trabajo, por el hecho de cerrar el centro de trabajo donde prestaba únicamente sus servicios laborales el trabajador encontrándose en situación de incapacidad temporal y no haberle abonado el subsidio de dos meses antes del cierre. Sin entrar a conocer la acción de auto-despido o resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador por las causas establecidas en el artículo 50 del ET.

### 2.3. La caducidad de la acción para impugnar el despido.

Un punto importante de abordar en el comentario a la sentencia en relación a la tercera cuestión que analizamos es la caducidad de la acción para impugnar el despido. Así pues de conformidad con el artículo 59.3 del ET la impugnación de las extinciones tácitas por voluntad del empresario debe interponerse antes de los veinte días que señala la norma aludida. La conducta empresarial inequívoca que conforma el despido de hecho libera el inicio de este período hábil para que la acción del trabajador despedido pueda prosperar. La dificultad de determinar la voluntad extintiva de la relación laboral por parte del empresario en relación al plazo para accionarla brinda ya en sí grandes problemas en los despidos formales, y a la hora de determinar el plazo de caducidad de la acción para impugnar el despido tácito presenta aún más dificultad cuando se trata de verificar si este tipo de despido es todavía atacable. Por eso se requiere una mayor ponderación del juez a la hora de dirimir sobre la caducidad de la acción, para comprobar las circunstancias de las que pueda deducirse sin equívocos la intención empresarial de desvincularse del contrato que

<sup>34</sup> STS de 18 de septiembre de 1989.

<sup>35</sup> STS de 3 de junio de 1988.

<sup>36</sup> Para devengar cualquiera de estas indemnizaciones no es necesario que el trabajador demuestre perjuicios económicos, ya que vienen tasadas por el ordenamiento jurídico. STS de 15 de marzo de 1991.

le une al trabajador <sup>37</sup>, así como el momento en que esa intención se exteriorice y llegue a conocimiento del interesado <sup>38</sup>. La cuestión fundamental sobre la caducidad en relación con el despido tácito se basa en determinar el *dies a quo* para iniciar el cómputo de los veinte días a que hace referencia la ley adjetiva.

Para poder apreciarse la excepción de caducidad de la acción de despido tácito hay que acudir a una interpretación restrictiva y no a una interpretación extensiva <sup>39</sup>, por la aplicación del principio de seguridad jurídica. Si se interpretara de manera extensiva, a parte de cumplir su fin, lo perjudicaría, al crear incertidumbre en el trabajador sobre la propia vigencia de su contrato de trabajo en función de conductas de ordinario extremadamente equívocas del empleador <sup>40</sup>.

Dada la brevedad de los plazos para ejercitar dicha acción, su interpretación es restrictiva, siendo viable que existan indicios suficientes que hagan presumir la voluntad extintiva del empresario de forma inequívoca a la decisión empresarial de extinguir la relación laboral, lo que la doctrina ha llamado «actos concluyentes con un sentido extintivo inequívoco», así pues al concurrir circunstancias que permitan sustentar la duda del trabajador sobre la intención extintiva, «o cuando existan manifestaciones expresas de la empresa que sean ambiguas o de las que puede deducirse la voluntad de conservar la relación laboral, ello no debe entenderse como que existe una extinción del contrato de trabajo, pues, aunque en dicha situación pueden existir incumplimientos de las obligaciones del empresario, las mismas deben conceptuarse como simples incumplimientos o transgresiones contractuales, pero no puede deducirse automáticamente la existencia de un despido tácito» <sup>41</sup>.

Por derivación del principio de buena fe, no debe beneficiarse en ningún supuesto a la parte que haya originado situaciones de inseguridad, que obviamente es el empleador, de modo que sólo perjudicará al trabajador cuando la conducta de aquél sea lo extremadamente evidente como para no plantear estos supuestos de difícil diagnóstico <sup>42</sup>. Sin embargo el artículo 24 de la Constitución Española en relación a la caducidad de la acción debe actuarse conforme al principio *pro actione*, que obliga a entrar en el fondo de la controversia cuando existan dudas razonables en la procedencia de evaluar que la decisión es inatacable <sup>43</sup>. Así tenemos que la acción tendente a declarar la nulidad del despido perjudica exclusivamente al trabajador cuando no existan dudas sobre la efectividad de la decisión del empresario de extinguir la relación laboral.

El *dies a quo* que comienza a correr el plazo de caducidad de la sentencia que se comenta debe iniciarse efectivamente en el cierre del centro de trabajo por parte del patrono, ya que en la

<sup>37</sup> CABEZA PEREIRO, J., «Despido tácito», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N.º 64, 1994, pág. 315.

<sup>38</sup> Cfr. GARCÍA MURCIA, J., «Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales», *op. cit.*, pág. 217.

<sup>39</sup> STS de 9 de junio de 1986. STSJ de Cantabria de 19 de febrero de 1991.

<sup>40</sup> CABEZA PEREIRO, J., «Despido tácito», *op. cit.*, pág. 315.

<sup>41</sup> STSJ de Andalucía de 9 de junio de 2005.

<sup>42</sup> STS de 9 de julio de 1986. STSJ de Cantabria de 30 de marzo de 1992.

<sup>43</sup> STS de 4 de diciembre de 1989.

acreditación de los hechos y después de saber que son conocidos por el trabajador, es admisible que se fije dicha fecha en el *dies a quo* para el cómputo del plazo <sup>44</sup>. En supuesto de hechos distintos donde el despido tácito se aprecia en función del concurso de la falta de ocupación y el incumplimiento retributivo, la cesación de los servicios ha sido considerado requisito suficiente como para apreciar claramente la voluntad del empresario tendente a la extinción del contrato de trabajo y en consecuencia establecer la fecha de la cesación como inicio del cómputo del plazo de caducidad <sup>45</sup>.

#### 2.4. La responsabilidad de las personas físicas accionistas mayoritarias de sociedades.

La cuarta cuestión que plantea la sentencia objeto de análisis es la responsabilidad de las personas físicas accionistas mayoritarias de las sociedades codemandadas. Existe en el ordenamiento jurídico español el beneficio de la responsabilidad limitada para los partícipes sociales y en concreto para los accionistas de sociedades anónimas o sociedades de responsabilidad limitada <sup>46</sup>. Así pues el artículo 1.º de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada <sup>47</sup>, establece: «En la sociedad de responsabilidad limitada, el capital, que estará dividido en participaciones sociales, se integrará por las aportaciones de todos los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales». Mientras que el artículo 1.º del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas <sup>48</sup>, señala: «En la sociedad anónima el capital, que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales». De la simple lectura de los dos artículos se aprecia el principio de que los socios no responderán de manera personal de las deudas sociales, «ya que ello supondría tanto como negar, por actos de administración concretos, la personalidad misma de la sociedad» <sup>49</sup>.

La jurisprudencia en relación al mencionado principio básico de régimen jurídico de las sociedades ha dispuesto en no exigir la responsabilidad a las personas físicas accionistas mayoritarias de una sociedad, incluso en el supuesto de que fueran los administradores, con la excepción de que se com-

<sup>44</sup> GARCÍA MURCIA, J., «Sobre el concepto jurisprudencial de despido y sus consecuencias procesales», *op. cit.*, pág. 217.

<sup>45</sup> STS de 11 de junio de 1983 y 9 de octubre de 1990. STCT de 25 de octubre de 1988.

<sup>46</sup> Al respecto Cfr. FARRÁN FARRIOL, J., *La responsabilidad de los administradores en la administración societaria*, Bosch, Barcelona, 2004. LLAVERO RODRÍGUEZ, M., *Los administradores de la sociedad anónima*, CISS, Bilbao, 1999. LORENTE AZNAR, C., *La responsabilidad legal de administradores y directivos de empresas: régimen jurídico del personal de alta dirección*, LM & A, Zaragoza, 1994.

<sup>47</sup> Vid. ALONSO ESPINOSA, F., «La posición jurídica del socio en la Ley 2/1995 de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada: Aspectos generales», *Revista de Derecho de Sociedades*, N.º 4, 1995, págs. 15-30. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada: acto final», *Revista de Derecho de Sociedades*, N.º 5, 1995, págs. 11-32.

<sup>48</sup> Vid. DE PEDRO MORO, J. y MARROQUÍN PARRA, F., «La diligencia y lealtad en la actuación de los administradores de las Sociedades Anónimas», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º 4, 2000, págs. 1.609-1.618.

<sup>49</sup> STSJ de Andalucía de 9 de junio de 2005.

pruebe la existencia de fraude de ley en la utilización de la forma societaria, donde el juzgador debe proceder a «levantar el velo de la personalidad societaria»<sup>50</sup> entrando en el sustrato personal de la persona jurídica<sup>51</sup>. Así pues la existencia de fraude de ley da pie a que puedan responder de manera personal los socios de aquellas entidades, siempre que se demuestre por quien lo haya alegado<sup>52</sup>. Ejemplo de ello sucede en la sociedad que encubre una actuación individual o plural de naturaleza no societaria, donde sus responsabilidades se tratan de evitar «acudiendo a la creación de lo que no es más que una ficción, amparándose para ello en normas que persiguen un fin diferente y que se utilizan de manera fraudulenta para obtener un propósito que, en cuanto civilmente ilícito, no puede ser jurídicamente protegido. Es indiscutible que esta situación puede perseguirse ya desde la constitución de la sociedad o lograrse a lo largo de la vida de la misma, pero siempre se encarna a través de una voluntad precisa y consciente de crear o mantener como sociedad lo que en realidad no lo es, y con la finalidad de desligar patrimonios privados de una responsabilidad personal que trata de eludirse, trasladándola a una persona jurídica cuya existencia, por su irrealidad, no puede ser mantenida en Derecho»<sup>53</sup>.

De la sentencia que se comenta el trabajador alegó la responsabilidad de las personas físicas accionistas mayoritarias de las sociedades codemandadas, pero no demostró la existencia de fraude de ley en la constitución de las sociedades, como requisito *sine qua non* para que sean responsables según el criterio sostenido por la doctrina jurisprudencial. Puesto que el fraude de ley no se presume, quien lo alega deberá probarlo<sup>54</sup>.

### 3. REFLEXIÓN FINAL

A modo de reflexión podemos concluir bajo el análisis de la sentencia que se comenta cuatro ideas que componen el hilo conductor del fallo:

1. El despido tácito es una institución creada jurisprudencialmente, que se puede definir como la extinción informal e inequívoca del contrato de trabajo por voluntad del empleador, sin ninguna causa expresa y deducida de su misma conducta.
2. Cuando existe la conjunción de la acción resolutoria del contrato de trabajo instada por el trabajador con la de despido, deberá procederse a lo establecido en la ley adjetiva laboral en acumular las acciones en un solo juicio (art. 32), donde el juez decidirá la acción que antes se haya interpuesto independientemente de que primero se haya presentado la acción de despido y seguidamente la acción resolutoria del contrato de trabajo o viceversa.

<sup>50</sup> Cfr. BOLDÓ RODA, C., «Veinte años de aplicación de la doctrina del levantamiento del velo por la Sala 1.ª del Tribunal Supremo», en AA.VV., *Derecho de sociedades: libro homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2002, págs. 25-52.

<sup>51</sup> STSJ de Andalucía de 26 de marzo de 2003.

<sup>52</sup> SSTS de 24 de noviembre de 1986, 24 de septiembre de 1987, 19 de septiembre de 1988 y 27 de marzo de 1989.

<sup>53</sup> STSJ de Andalucía de 9 de junio de 2005.

<sup>54</sup> Vid. PULIDO QUESEDO, M., «Fraude de Ley», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N.º 682, 2005, págs. 3-4.

3. La impugnación del despido tácito se encuentra bajo el plazo de veinte días de conformidad con el artículo 59.3 de la norma estatutaria. Vista la brevedad en la aplicación de aquél y la difícil determinación del momento exacto en que se extingue el contrato laboral la caducidad se tiene que interpretar de manera restrictiva, para no favorecer a quien crea situaciones equívocas y cobijarse bajo el principio *pro actione*.
4. El requisito indispensable para que opere la responsabilidad de las personas físicas accionistas mayoritarias de las sociedades es la existencia del fraude de ley en la constitución de aquéllas. No basta con el hecho de alegarla en el juicio por parte del actor, también debe demostrarla a través de cualquier medio probatorio que crea conveniente para que el juez pueda decretarla.