

PROCEDIMIENTO, CALIFICACION Y NUEVOS EFECTOS DE LA EXTINCIÓN OBJETIVA DEL ART. 52.c) DEL ET , TRAS EL DESTIERRO DE LA NULIDAD POR DEFECTOS FORMALES

Sumario:

- 1- *Génesis del artículo 52.c) del ET. Las Reformas Laborales de 1994 y 1997, tres lustros después.*
- 2- *Analepsis en la forma del Despido Objetivo antes y después de la Reforma 2010.*
- 3- *Prolepsis del Despido Objetivo : La Nulidad del Despido ; en peligro de Extinción?*

1- Las Reformas Laborales de 1994 y 1997, tres lustros después.

No nos sorprendió en exceso, a los prácticos del derecho de aquella época, la Reforma legal introducida por la Ley 11/1994, que, entre otras cosas, ensanchó enormemente el campo de aplicación del apartado c) del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores, ya que el mercado de trabajo venía siendo el ámbito de la vida económica española que más transformaciones había sufrido, desde los años 80 , por motivo de la crisis del petróleo primero, y por causa del elevadísimo índice de desempleo después.

De este modo , y tras una nueva crisis , que no pudo atenuarse mediante un Pacto Social, el legislador de nuevo incidió , reformando en profundidad, el mercado de trabajo, específicamente tres aspectos básicos de las relaciones sociales : los despidos , la negociación colectiva y la contratación¹. Este propósito legislativo iniciado en 1994 se continuó mediante la reforma de 1997. A los efectos que nos interesan, se introdujo una nueva figura extintiva a instancias del empresario: eran las nuevas modalidades de despido objetivo, por causas económicas, tecnológicas, organizativas o de producción. La mayor importancia de esta reforma era la flexibilización empresarial en materia de extinciones contractuales por razones no disciplinarias, que no fuesen colectivas, que hasta ese momento estaban bajo el exclusivo control previo administrativo realizado a través del Ministerio de Trabajo, al que incumbía la valoración de la existencia o no de causas económicas o, en general, objetivas, para justificar la extinción contractual, correspondiendo el posterior control jurisdiccional al orden contencioso administrativo.

¹ Curiosamente, al igual que en la Reforma laboral de 2010 en que las modificaciones recayeron también sobre estos tres aspectos básicos de las relaciones laborales , tal y como se explica en la Exposición de motivos de esta última reforma.

A partir de la reforma de 1994 , por primera vez, la decisión empresarial en esta materia no sólo es ejecutiva sino que además es revisable por la jurisdicción laboral, que vio así ampliadas sus competencias materiales. De este manera el legislador redefinió las causas que justifican las extinciones no “colectivas”², distinguiendo entre causas económicas y causas técnicas, organizativas o de producción, que trató de concretar haciendo referencia a una más adecuada organización de los recursos, con vistas a garantizar la viabilidad futura de la empresa y el empleo en la misma o a ayudarla a superar una una situación económica negativa.

La reforma de 1994 trató de facilitar el uso del despido objetivo como mecanismo extintivo, y flexibilizador del mercado de trabajo, pero a criterio del legislador, debió ser insuficiente pues poco después llegó la reforma laboral introducida por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida, en cuya exposición de motivos se reiteraba la necesidad de acometer de manera decidida y urgente reformas con el objetivo de luchar contra el paro, la precariedad laboral y la alta rotación de los contratos, y de potenciar la capacidad generadora de empleo, en especial del empleo estable. Para ello, introdujo una nueva redacción del art. 52 c) Estatuto de los Trabajadores respecto a las causas organizativas, tecnológicas y de producción, vinculándolas a la superación de las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa por su posición competitiva o por exigencias de la demanda a través de una mejor organización de los recursos, para facilitar el uso de esta modalidad de despido y evitar interpretaciones judiciales restrictivas.

Otra importante modificación , que nos llegó de la mano de dichas reformas, fue el erradicar la calificación de nulidad del despido por defectos formales en el caso de los despidos disciplinarios, manteniéndose sólo en el caso de los defectos de forma en materia de despidos objetivos y en aquellos despidos (fuesen del tipo que fuesen) , que tenían por móvil la vulneración de derechos y libertades fundamentales (también llamados despidos radicalmente nulos). Ello supuso una primera agresión al instituto de la Nulidad, que tan arraigado estaba en nuestro derecho laboral, en materia de despidos. La segunda agresión a tal instituto se ha producido recientemente, mediante la última reforma laboral acometida , que ha sido calificada por algún sindicato, como la más “virulenta” de la democracia .

Pero algo falló en las previsiones, ya que a pesar de los esfuerzos legislativos, la utilización por las empresas, de esta nueva posibilidad extintiva fue inferior a la vaticinada. Una buena parte de la Doctrina ha venido criticando que los jueces y tribunales laborales fueron muy renuentes a colaborar con los propósitos flexibilizadores del legislador, resistiéndose a los necesarios cambios sociales³. Quizás la culpabilidad del fracaso de dicha reforma debe recaer en los interpretadores últimos de las normas legislativas, esto es los

² Las extinciones o despidos «colectivos», regulados en el art. 51.1º del ET redujeron su ámbito pero siguieron sometidos al régimen de control colectivo y autorización administrativa aunque se agilizó el expediente de regulación de empleo.

³ Rodríguez Piñero, M: “La Reforma del Mercado de Trabajo y el RD Ley 10/2010” Diario La Ley, Nº 7441, Sección Editorial, 8 Jul. 2010, Año XXXI, Ed. La Ley

jueces⁴, tal y como se insinúa en la Exposición de motivos de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, que opta por “proporcionar de mayor certeza” a este tipo de causas de extinción. O quizás no.

Seguidamente se analizará el panorama legal y jurisprudencial existente antes de la Reforma legal iniciada por el Real Decreto Ley 10/2010⁵ y culminada, de momento, con la regulación introducida por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁶, en relación con los aspectos procedimentales del Despido Objetivo modificados, acotando nuestro análisis específicamente respecto del procedimiento, calificación y nuevos efectos de este tipo de extinciones por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que establece el Estatuto de los Trabajadores en su art. 52.c) en relación con el art. 51.1º de dicho cuerpo legal.

2- ANALEPSIS ⁷ en la Forma y Efectos de los Despidos Objetivos por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción :

No es objeto de este estudio el de las nuevas causas de despido objetivo, merecedoras de un análisis en solitario, dada su enjundia. Así que para situar al lector, se aclara que nos centraremos en la reforma de la forma, efectos y procedimiento de las extinciones de contrato por causas objetivas (art. 52.c) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de Marzo que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, (en adelante ET). Pero para tener una visión más incisiva sobre la verdadera afectación jurídico-procesal de la nueva regulación, importaremos a este breve estudio, la técnica cinematográfica del Flashbach, analizando el antes y el después de la tan criticada reforma laboral 2010, que en esta materia tiene aplicación retroactiva a todos los contratos laborales, esto es, los existentes antes y después de la reforma.

El marco jurídico regulador de la Forma, procedimiento y efectos en materia de este tipo de extinciones contractuales se encuentra en los arts. 52.1º.c) , y 53 del ET y en también en los arts. 120 a 123 (inclusive) de la LPL. Los requisitos Formales exigidos en esta materia eran y son los que a continuación vamos a referir:

A)- La comunicación escrita al trabajador expresando la causa, requisito éste sustancial en nuestro derecho laboral en el que “no existe” el despido libre o sin causa. El incumplimiento de tal exigencia venía penalizado con la declaración

⁴ Falguera Baró, MA: “Novedades en la tramitación del Despido Colectivo y Objetivo” . En dicho artículo, de recomendada lectura, el autor, entre otras cuestiones, analiza si realmente la culpabilidad en el fracaso del modelo de despido objetivo recae en los jueces .

⁵ Real Decreto Ley 10/2010 de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. BOE de 17 de junio.

⁶ BOE 18 de septiembre de 2010.

⁷ La Analepsis o Flashback (inglés: escena retrospectiva) : es una técnica utilizada tanto en el cine como en la literatura que altera la secuencia cronológica de la historia, conectando momentos distintos y trasladando la acción al pasado. (<http://es.wikipedia.org> ; 31 de diciembre 2010)

de Nulidad del despido por expreso mandato de lo previsto en el art. 53.4 del ET y 122.1º de la LPL. que a partir de la Reforma se ha convertido en simple improcedencia del despido. La especificación de la causa, y ello no ha cambiado tras la reforma, no debe ser vaga o abstracta o referenciadora de las causas legales, sino que debe concretarse o personalizarse de acuerdo con la situación particular de la empresa, y así se establece en la reciente sentencia del TS de 30 de marzo de 2010 (Rec 1068/2009), en la que se penaliza la dicha abstracción con la calificación de nulo del despido producido, ahora sería improcedente. El supuesto fáctico analizado en esta Sentencia era el de un despido en el que se alegaba como causa “ la reestructuración de la empresa”, sin preaviso, y en cuya misma misiva se reconocía la improcedencia por parte de la empresa al amparo del art. 56.2º del ET con oferta de la indemnización legal prevista en este precepto que fue consignada judicialmente en forma y tiempo. Pues bien, Por la Sala se analiza el concepto de “causa”, refiriendo a que: *“El significado de la palabra "causa" en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio en los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisamente, como dice repetidamente el art. 51 ET, a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del art. 51 ET [al que, como ya se ha dicho, remite este aspecto de la regulación del art. 52 c) ET sobre el despido objetivo] las "causas motivadoras"(art. 51.3 ET, art. 51.4 ET art. 51.12 ET) que pueden justificar el acto de despido. Por tanto, no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota. Así lo entendió tradicionalmente la jurisprudencia sobre causas de despido disciplinario; (Sentencias del TS de 3 de noviembre de 1982 (Rec. 6482/1982) y de 10 de marzo de 1987 (RJ 1987, 1371), y así lo ha entendido en general la doctrina científica en lo que concierne al despido objetivo por necesidades de la empresa. El razonamiento anterior no queda invalidado, como propone la sentencia recurrida, por una supuesta virtualidad general de la vía de despido del art. 56.2 ET . Este cauce especial está previsto en principio para el despido disciplinario y se extendería por remisión (aunque en el presente caso no es imprescindible pronunciarse sobre ello) a las extinciones del contrato por causas objetivas reguladas en el art. 52 ET . Pero en lo que concierne particularmente a las extinciones objetivas por causas empresariales del art. 52.c) ET la remisión no debe alcanzar a la supresión del requisito de forma escrita "expresando la causa" . A diferencia de lo que sucede con los despidos disciplinarios, en los que la omisión de las formalidades de la carta de despido determina la calificación de improcedencia y no de nulidad(art. 55.4 ET), el legislador ordena la calificación de nulidad tanto para el despido objetivo en el que "no se hubieren cumplido las formalidades legales de la comunicación escrita, con mención de causa" (art. 122.2.a) LPL, que reitera lo dispuesto en el repetidamente citado art. 53.4 ET)*

como para el despido colectivo en el que " no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa" (art. 124 LPL)."

Pues bien , la anterior Doctrina exigente de concreción o especificación de las causas que han llevado a la empresa a la utilización de la vía del art. 52.c) del ET para extinguir contratos de trabajo, es claro que seguirá vigente más allá de la Reforma de 2010, aunque eso si, ahora la calificación del despido, ante su incumplimiento, deberá ser de improcedencia , que no Nulidad , como antaño.

La causa no es una cuestión valadí, ya que ello ha generado, en conexión con esta institución extintiva, verdaderos problemas interpretativos hasta el punto de imposibilitar un posterior reconocimiento de improcedencia del despido por la empresa por la vía del art. 56.2º del ET. Este venía siendo el criterio de la Sala social del País Vasco, por ejemplo, en contra de otras Salas sociales, como la catalana, aunque finalmente el Alto Tribunal vino a unificar el criterio en sus sentencias como la de 30 de septiembre de 2010 (Recurso unificación de Doctrina 2268/2009 ; ponente : Sra. D^a. M^a Lourdes Arastey Sahún) . En esta sentencia se resolvía el recurso planteado contra sentencia dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de fecha 28 de abril de 2009, aportándose como contradictoria a ésta otra sentencia de la misma Sala de fecha 5 de abril de 2005. La unificación referida primó los requisitos de forma exigidos en los despidos objetivos del art. 52. c) del ET, respecto a la disponibilidad de la calificación por el empleador, tal y como se recoge en la fundamentación jurídica de la resolución, donde se recoge que : “
...el incumplimiento de esa formalidad por parte de la empresa comporta consecuencias diferenciadas según se trate de un despido objetivo o de un despido disciplinario. En la legislación vigente en la fecha del despido aquí enjuiciado (anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio (RCL 2010, 1587), que modificó los arts. 53.4 ET y 122.3 de la Ley de Procedimiento Laboral (RCL 1995, 1144, 1563)) el que la extinción del contrato de trabajo se considerase un despido objetivo o disciplinario incidía en la calificación del despido cuando éste adoleciera de imprecisión respecto de la causa. Partiendo de ello, ha de analizarse si cabe entender que nos hallamos ante un despido objetivo, defectuosamente comunicado al trabajador; es decir, si puede desprenderse de la lectura de la carta de despido que el motivo último del mismo se halla en alguna de las causas que e lart. 52 ET expresa. Y, ciertamente, habrá de estarse a la intención de la parte empleadora a la hora de extinguir el contrato de trabajo para poder precisar cual haya de ser el régimen jurídico de la ruptura del nexo contractual. Es precisamente en la labor de interpretación de la intención de dicha parte en donde las sentencias puestas en comparación contienen doctrina contraria, ya que, como ha quedado apuntado, en ambos supuestos había una escueta referencia al motivo último por el que las respectivas empresas decidieron poner fin a los contratos de trabajo -con mayor claridad incluso en el caso de la recurrida-. Sin embargo, la sentencia recurrida minimiza la relevancia de las expresiones de la carta de despido, cuya literalidad en ese caso pocas dudas ofrecían sobre la conexión entre la decisión extintiva y las circunstancias objetivas del art. 52 c) ET, al que, además, se hacía expresa referencia. Siendo las expresiones contenidas en la carta reveladoras de la motivación del empleador para acudir a la extinción, el reconocimiento de la improcedencia del despido por parte de éste, con la finalidad de acogerse al art. 56.2 ET, no habría de alterar la

calificación de nulidad que legalmente se aparejaba a la insuficiencia del requisito formal. La norma legal sanciona con nulidad el defecto en la precisión de la causa, y, por ello, el reconocimiento por parte de la empresa de la dificultad de prueba de dicha causa en ningún caso puede convertir en improcedente el despido...”

B)- La puesta a disposición del trabajador ⁸, de forma simultánea a la entrega de la comunicación escrita, de una indemnización de veinte días por año de servicio prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Este requisito exige, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2005 (Rec. 2939/2004), una actuación activa y real no sirviendo, a los efectos de su cumplimiento, una mera oferta de cantidad. Las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010 (Rec. 3449/2009) y la de 10 de mayo de 2010 (Rec.3611/2009), consideran cumplido el requisito de puesta a disposición mediante entrega de un cheque bancario. Respecto al momento de puesta a disposición, también es ya pacífico que se debe producir de forma simultánea a la entrega de la carta de despido, ya que su demora, aunque fuese mínima, provocaba la declaración de Nulidad del cese⁹, de nuevo el ya reformado art. 53.4º del ET y 122.1º LPL, cosa lógica pues mediante la indemnización, se pretendía cubrir las necesidades perentorias y vitales del trabajador afectado y su familia, por lo que el legislador sancionó con la nulidad su incumplimiento.¹⁰, aunque tras la Reforma de 2010 se ha mutado a la improcedencia.

Aunque se preveía, y ello no ha cambiado con la Reforma, la posibilidad de no cumplir con tal simultaneidad, si la causa del despido es económica y se recoge en la comunicación escrita la falta de liquidez¹¹ de la empresa en el momento de tal comunicación. Esta excepción, también generó discusión,

⁸ Debe hacerse notar al lector que la norma refiere a “ puesta a disposición” no a entrega, diferencia ésta que ha sido subrayada por nuestro Alto Tribunal en algún pronunciamiento, como en la Sentencia del TS de 1 de julio de 2010 (Rec. 3439/2009) que literalmente recoge que : “ ... Con ello el legislador ha querido significar que en cualquier momento inmediato en el que el trabajador recabe la entrega por cualquiera de los medios de pago legalmente admitidos, la cantidad deberá estar a su alcance, disponible”.

⁹ En este sentido, las Sentencias del TS de 25 de enero de 2005 (Rec. 4018/2003), de 23 de abril de 2001, (Rec. 1915/2000) y de 28 de mayo de 2001 (Rec.2073/2000).

¹⁰ STS de 17 de julio de 1998 : “ ... Pero en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social el retraso en el cumplimiento adquiere un matiz especial, en tanto en cuanto el trabajador no puede ver demorada la efectividad de la obligación sinalagmática, o la cobertura de la deuda de seguridad social, ya que con esos cumplimientos se cubren necesidades perentorias y muchas veces vitales. De ahí que tradicionalmente se impone al patrono, como hacía antigua Ley del Contrato de Trabajo, el pago del jornal dentro de la jornada o inmediatamente después de terminarse ésta, sin que el percibo del salario en periodos superiores pudiera exceder del mes, obligación de puntualidad que se reitera en los arts 4.2 y 29.1 del Estatuto de los Trabajadores sin que el pago pueda superar el plazo del mes..”.

¹¹ La falta de liquidez a efectos de justificar la ausencia de puesta a disposición de la indemnización y, por tanto, la declaración de nulidad debe ser probada por la empresa, pues en caso contrario, procedía la declaración de nulidad tal y como se ha recogido en sentencias como la dictada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad de Madrid de fecha 21 de julio de 2010 (JUR 2010\318177)

exigiéndose finalmente por nuestro Alto Tribunal que la empresa que se acogiera a esta especial situación, aportase, al menos indicios, de la falta de liquidez alegada, pudiendo en tal caso postponer la entrega de la indemnización al trabajador hasta el momento de la efectividad del despido, siendo la causa de tal imposibilidad una cuestión de prueba, a cargo de la empresa, tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005 (RJ 2005/ 4257) en la que expresamente se dice: “... *debe dejarse sentado que no basta con la mera afirmación empresarial acerca de su situación de falta de liquidez, sino que se precisa, además, su acreditación si el empleado la discute, pues el precepto últimamente citado, refiriéndose ya en concreto a la obligación de puesta a disposición de la indemnización en el momento que señala (esto es, independientemente de que la mala situación económica pueda o no justificar el despido objetivo), requiere que «como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización», pues cabe perfectamente la posibilidad de que, por adversa que fuere la situación económica de la empresa, pueda ésta, sin embargo, disponer de dinero suficiente para poner a disposición del despedido la correspondiente indemnización con simultaneidad a la comunicación del cese.*” No obstante lo anterior, no debe olvidarse que en caso de no concederse preaviso, no podía dejar de abonarse la indemnización, so pena de la nulidad del despido (tras la reforma, improcedencia).

Y otro aspecto conflictivo judicialmente, fue la aplicación de la denominada doctrina del “error excusable”¹² en el quantum de la indemnización que se pone a disposición del trabajador, ya que su apreciación, enervaba no sólo la calificación de nulidad del despido por defectos formales, sino que el fallo debía calificar de procedente la decisión extintiva con condena de las diferencias indemnizatorias que pudieran proceder¹³, que incluía también, en su caso a una indemnización equivalente al mes por falta de preaviso, tras la reforma sería de quince días. Un error excusable es la escasa cuantía de la diferencia entre lo percibido y lo que debía percibirse, y así se entendió en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de diciembre de 2005 (Rec. 239/2005). En la misma línea, se calificó de “error excusable” la no inclusión en el cálculo indemnizatorio del valor atribuible a las “Stock options”, tal y como se recoge en las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2006 (Rec 3813/2004) y de 16 de mayo de 2008 (Rec. 523/2007). En la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de febrero de 2006 (Rec. 3850/2004), también se calificó de “error excusable” la no inclusión en el cálculo del salario, una partida en especie consistente en el valor de utilización del vehículo facilitado por la empresa, y en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2007 (Rec. 4128/2006) tampoco se condenó a la empresa al entender que era un “error excusable” la diferencia indemnizatoria que derivaba de no haberse tenido en cuenta la superior categoría profesional reconocida al trabajador en el mismo pleito de despido, por lo que al momento del depósito de la indemnización su categoría era inferior, y por tanto la indemnización se adecuaba a dicha categoría. Tras la Reforma, este aspecto sólo se ha visto

¹² El art. 122.3º de la LPL recoge: “No procederá la declaración de nulidad por haberse omitido el plazo de preaviso o por haber existido error excusable en el cálculo de la indemnización puesta a disposición del trabajador”

¹³ Los datos que permiten calificar un error de excusable o no pueden variar de un supuesto a otro y habrán de ser ponderados en cada caso (Sentencia del TS de 19 de junio de 2003; Rec. 3673/2010)

afectado por la calificación del despido que caso de apreciarse que no existe “error excusable”, el despido debe calificarse de improcedente.

También se ha entendido por nuestro Alto Tribunal que si la empresa dispone de una plantilla de trabajadores inferior a veinticinco, cumple este requisito poniendo a disposición del trabajador el 60% de la indemnización (art. 33.8º del ET), y así se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2002, (Rec 2643/2001). Y sin dejar al FOGASA, debe recordarse que se vivieron algunos años de incertidumbre por los prácticos del derecho, ya que este Organismo Autonomó denegaba el abono de las prestaciones en concepto de indemnización por despido objetivo como responsable subsidiaria, en aquellos casos en que el título ejecutivo derivaba de un procedimiento ordinario (cantidad), alegando que debía haberse impugnado por la vía del despido, cuestión ésta resuelta finalmente por el Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de enero de 2007 (RJ 2007\1592) , donde se señalaba que:“.. *el objeto principal de la acción por despido es la obtención de una declaración judicial de nulidad o improcedencia , por lo que si el trabajador acepta plenamente la corrección y licitud del despido decretado por el empresario no se plantea realmente conflicto alguno relativo a este nucleo esencial del juicio de despido, y por tanto, no sería adecuado exigirle entablar tal clase de acción con el único fin de poder cobrar una indemnización cuyos elementos esenciales están reconocidos por la demandada. Si el trabajador considera que su cese es conforme a ley, no tiene por qué ejercitar ninguna acción de despido y la falta de ejercicio de esta acción no puede producir la consecuencia de que por ello pierda las indemnizaciones establecidas por ceses ilícitos* “ Interesante y digna de recoger en estas líneas es también la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009 (RJ 2009\498) , en la que desestimándose el recurso de casación para la unificación de Doctrina planteado por el FOGASA, se reconoce en su fundamentación jurídica que en el caso de despidos colectivos que no se siguieron por la vía del art. 51 del ET, procede igualmente la responsabilidad subsidiaria del FOGASA por las indemnizaciones no abonadas a los trabajadores, pues disponían de título habilitante (sentencias) , que ya se habían pronunciado sobre su derecho a cobrar las dicutidas indemnizaciones .

Trasladándonos de la teoría a la práctica debe destacarse que durante los últimos años, los magistrados “ad quo” han venido aplicando los defectos de forma en materia de despidos objetivos individuales con criterios de absoluta racionalidad, y ello ha tenido como consecuencia que en numerosas ocasiones se declarase la improcedencia, y no la nulidad, por ser aquélla expresamente solicitada por la parte actora en vistas orales sin comparecencia de las empresa, en la mayoría de las ocasiones ya “desaparecidas”; dentro de procedimientos judiciales en los que el prioritario deseo del trabajador acreedor de la empresa era el de extinguir lo antes posible su relación laboral de imposible reconstitución.

Y no pocos problemas interpretativos se han generado para las empresas que tras iniciar una extinción contractual por la vía del art. 52.c) del ET, han pretendido acogerse a la posibilidad que les concede el art. 56.2º del ET, mediante el reconocimiento expreso de improcedencia. A este respecto se han dado pronunciamientos contradictorios entre las diferentes Salas de lo social de nuestro país que, entre la calificación de improcedencia o nulidad del despido, por incumplimiento formal de la previsión del art. 53.1º.b) del Et (Puesta a

disposición del trabajador de la indemnización) , y si se entiende cumplido o no este requisito con la consignación judicial prevista en el art. 56.2º del ET. Pues bien esta cuestión fue resuelta por nuestro Tribunal unificador, específicamente en la sentencia de 1 de Julio de 2010 (Rec 3439/ 2009), en la que se entiende cumplido el requisito de la puesta a disposición, mediante la aplicación de la previsión del art. 56.2º del ET, ya que según reza en su fundamentación jurídica : *“el texto cuya infracción se denuncia no emplea el término entrega sino el de puesta a disposición. Con ello el legislador ha querido significar que en cualquier momento inmediato en el que el trabajador recabe la entrega por cualquiera de los medios de pago legalmente admitidos, la cantidad deberá estar a su alcance, disponible.No se desprende lo contrario del relato histórico, dado que con la comunicación se ofrece la indemnización, equivalente a 37,50 días de salario por año de servicios, advirtiendo de que si la rechazara, se depositará a su disposición, en el Decanato del Juzgado de lo Social. Dentro de las 48 siguientes la cantidad se depositó en el lugar indicado lo que muestra la clara voluntad y sin reservas de la demandada de desprenderse de la cifra indicada con destino al patrimonio de la demandante pues no otra cosa puede desprenderse de semejante proximidad en las fechas.*

Oviamente, tras la Reforma esta discusión será anodina, dada la inexistencia de opción en la calificación del despido, que en caso de incurrir en defectos formales , solo podrá calificarse de improcedente y nunca nulo.

C)- Concesión de un plazo de preaviso de treinta días, a contar entre la fecha de entrega de la comunicación al trabajador afectado y la fecha de efectos del despido. Este requisito también ha sufrido un cambio importante tras la reforma estudiada, que se ha visto reducido en un 50% , quedando, según el actual redactado del art. 53.1º.c) del ET, en un plazo de quince días .

Durante tal periodo de preaviso se prevé también, (y se mantiene tras la reforma), el derecho del trabajador afectado a una licencia remunerada de seis horas semanales para la búsqueda de otro empleo, según dispone el art. 53.2º del ET. Este requisito quedaba, ya antes de la reforma, a salvo de la declaración de nulidad, caso de incumplirse, de acuerdo con lo previsto en el modificado art. 53.4º del ET, aunque eso si, el empresario venía obligado a sustituir el periodo de preaviso, por el abono de “los salarios correspondientes”¹⁴. Tras la Reforma, se ha cambiado la redacción del apartado 4º del art. 53 del ET, en relación al, también nuevo redactado, de su homónimo, el art. 122 .3º de la LPL. De este modo, en aquellas extinciones que se produzcan a partir del 18 de junio de 2010, tal incumplimiento no tendrá afectación alguna sobre la calificación de procedencia de la extinción del contrato por causas objetivas, si bien el trabajador podrá reclamar la cantidad sustitutoria, al que la norma refiere como “los salarios correspondientes a dicho periodo”.

La génesis de la figura del preaviso, a diferencia de lo que sucede con el despido disciplinario, se halla en que la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, responde a razones externas que no dependen ni pueden

¹⁴ Salarios que deben incluir la prorrata de pagas extras, y por qué no la licencia de las seis horas semanales , a cargo de la empresa.

imputarse a negligencias o incumplimientos del trabajador, de tal forma que, el preaviso es un periodo de gracia que viene a facilitar al trabajador la búsqueda de otro empleo, que le permita continuar cubriendo económicamente sus necesidades perentorias familiares y personales. De ahí que la propia norma establezca el derecho del operario a una licencia semanal, sin pérdida retributiva para el trabajador, de seis horas semanales, con el fin de buscar un nuevo empleo. La drástica reducción del periodo de preaviso, de treinta a quince días, es claro que va a suponer un importante ahorro económico para las empresas, pero debe criticarse su negativa afectación respecto del trabajador afectado, que es la parte débil del contrato (desigual) de trabajo.

Como se ha dicho, en caso de incumplirse el preaviso, podrá el trabajador alzarse contra la empresa reclamando los salarios correspondientes a tales días, bien en una demanda ordinaria de cantidad o, si accionó por despido también esta acción es válida para condenar a la empresa a su abono.

Tras la reforma analizada, se ha mantenido incólume la cantidad sustitutoria por la falta de preaviso respecto a la eventual condena a salarios de tramitación, tal y como preceptúa la literalidad del art. 123. 2º de la LPL, que no ha sufrido variación. A este respecto merece la pena destacar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Julio de 2010 (Rec. 3439/2009), que a su vez refiere a la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2005 (RJ 2042/2005, Rec.1110/2004), donde se mantiene la independencia y acumulación de las cantidades abonadas por falta de preaviso con los salarios de tramitación, mediante una escueta fundamentación jurídica que literalmente dice así: “ ... De conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal ante la claridad de lo dispuesto en el artículo 123.2 de la LPL , al establecer que «cuando se declare improcedente o nula la extinción extintiva, se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al período de preaviso», no cabe olvidar, que la adopción del acuerdo de extinción del contrato por causas objetivas exige la observancia entre otros requisitos, el relativo a conceder un plazo de preaviso de 30 días, computando desde la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo (artículo 53.1.c del ET) y estando vigente el contrato el trabajador tendrá derecho sin pérdida de su retribución a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo y, la no concesión de este período de preaviso, si bien no anula la extinción, obliga al empresario al abono de los salarios correspondientes a dicho período de vigencia de existencia del contrato (artículo 53.2 y 4 del Estatuto de los Trabajadores). Precisamente, teniendo en cuenta estas circunstancias, particularmente que el contrato existe durante el período de preaviso, se pronuncia el artículo 123.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, cuya interpretación gramatical, lógica y sistemática excluye la conclusión que pretende la parte recurrente, pues se trata de retribuciones salariales correspondientes a distintas situaciones, una vigente el contrato de trabajo y la otra correspondiente a la situación en que el contrato ya está extinguido.”

En relación al FOGASA, también surgieron dudas en torno a si procedía la responsabilidad de este Organismo , en casos de insolvencia empresarial , por las cantidades adeudadas al trabajador por la falta de preaviso, según alguna

Sala, por la vía de considerar tal cantidad “ indemnizatoria” ¹⁵, pero el Tribunal Supremo en sus sentencias de 2 y 10 de febrero de 2010 (RJ 2010/1265 y 2010/1266 respectivamente) , dejó zanjada esta cuestión eximiendo al FOGASA de su abono al entender no sólo que este concepto no es indemnizatorio afirmando que en todo caso se acerca más a un concepto salarial , sino también por cuanto no se halla incluido en la previsión del art. 33.2º del ET.

En materia de retracción del despido, entendemos de aplicación la Doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2009 (RJ 2010/255) , en la que se convalida la retracción empresarial una vez comunicada al trabajador su cese, pero con anterioridad a la efectividad de la extinción, calificada de despido por el trabajador. Mantiene el Alto Tribunal, que en este caso es válida la retracción empresarial que dejó sin efecto su decisión extintiva antes de que ésta tuviese efectividad. Y aunque esta sentencia no analizaba una extinción objetiva, sería plenamente aplicable a este tipo de extinciones, siempre que la retracción empresarial se produzca durante el periodo de preaviso del despido y con anterioridad a la fecha de efectos del mismo.

Concluyendo con este apartado debemos aseverar que la Doctrina existente en torno al requisito del preaviso se mantiene igual, pues ya quedaba fuera del alcance de la Nulidad antes de la reforma, excepto por la disminución del plazo reducido a quince días , como se ha dicho.

D)- El traslado de copia de la decisión de despido a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento. Aunque el texto legal que regula esta exigencia formal, art. 52.1.c) in fine del ET, literalmente hace referencia al “escrito de preaviso”, el Tribunal Supremo rectificó, en su Sentencia de fecha 18 de abril de 2007 (Rec. 4781/2005), la literalidad del precepto legal estableciendo que el traslado a la representación social debe ser del contenido de la carta de despido en sí, y no del preaviso, ya que una interpretación finalista nos indica que lo que se busca es el control de este tipo de extinciones por parte de la representación de los trabajadores a efectos de evitar que el goteo de despidos individuales por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción sobrepasen los umbrales fijados en el art. 51. 1º del ET, para los despidos colectivos, que requieren autorización administrativa. Debe criticarse aquí, al legislador artífice de la reforma laboral de 2010, ya que pudo aplicar la citada rectificación jurisprudencial, dejando pasar, sin embargo, una buena oportunidad.

También este requisito formal se ha visto modificado tras la reforma laboral de 2010, pues su incumplimiento tiene por efecto jurídico sólo la declaración improcedencia , (ya no la nulidad) del despido objetivo, cosa que va a suponer un duro golpe sindical , pues mediante esta opción se suaviza la “sanción” legal

¹⁵ Debe destacarse aquí la sentencia del TSJ de catalunya de fecha 13 de noviembre de 2003 (Rec sup. 438/2002) , en la que se condena al FOGASA a su abono a favor de la trabajadora recurrente al entender tal concepto incluido en la previsión del art. 33.2º del ET tras la reforma legal de 1997, y en concepto indemnizatorio.

de su incumplimiento , permitiendo incluso que se burle el mismo, a costa del ofrecimiento de una indemnización superior.

4- PROLEPSIS ¹⁶ del Despido objetivo: La Nulidad del Despido: En peligro de Extinción?

Podemos aseverar, a modo de conclusión, que una de las más importantes novedades introducidas por la Reforma-2010 en relación al despido objetivo por amortización del puesto de trabajo, reside en el destierro, que se vislumbra permanente, de la declaración judicial de nulidad del despido por incumplimiento de los requisitos formales del procedimiento¹⁷. Ello reduce notablemente las posibilidades judiciales de acoger la nulidad (apreciable de oficio), al restringirla a los supuestos de vulneración (directa o indirecta) de libertades públicas o derechos fundamentales ¹⁸ o en los casos de los llamados despidos discriminatorios tal y como preceptúa el art 53.4º del ET, que por ahora, no ha sido modificado.

La erradicación de la calificación de Nulidad del despido objetivo por razones de Forma, supone la suavización de la sanción legal por incumplimiento de los requisitos del art. 53 del ET a los que hemos referido y ello se traduce en la pérdida para el trabajador despedido del conjunto de garantías jurídico-procesales que tiene aparejado el concepto de “ nulidad”. Recordando la teoría civilista sobre la nulidad frente a la anulabilidad de los contratos¹⁹, en sentido estricto, un contrato es nulo cuando va en contra de una norma imperativa o prohibitiva. Además la Nulidad es definitiva e insubsanable e implica la ineptitud para producir toda clase de efecto jurídico (“quod nullum est nullum effectum producit”). Tiene un efecto general “erga omnes” y su declaración judicial, que es apreciable de oficio, lleva consigo la necesidad de que todas las cosas vuelvan al estado que tenían con anterioridad a la celebración del contrato o negocio declarado nulo. Además, la acción de Nulidad es imprescriptible.

Qué ha pasado con la NULIDAD?

En el humilde entender de esta magistrada, esta modificación, va a tener una clara y notable repercusión para todas las partes sociales:

¹⁶ Prolepsis : En sentido literario se refiere a un salto hacia adelante en la narración, mediante el cual se adelantan al lector elementos de la trama, de modo que antes de leer la novela ya sabe o al menos intuye cuál va a ser el final. En este sentido la prolepsis requiere una cierta pericia en su manejo, puesto que es difícil mantener el interés del lector cuando ya sabe cuándo va a ser el final. Un ejemplo de prolepsis sería *Crónica de una muerte anunciada*, de Gabriel García Márquez, obra literaria en la que se sabe que el personaje de Santiago Nasar va a morir, pero lo que verdaderamente atrae al lector es averiguar las circunstancias y razones del asesinato. (<http://es.wikipedia.org> ; 31 de diciembre 2010)

¹⁷ El procedimiento a seguir en materia de extinción contractual por causas objetivas viene preceptuado en el artículo 53 del Estatuto de los Trabajadores con el título, “ forma y efectos de la extinción por causas objetivas”.

¹⁸ Los derechos fundamentales y libertades públicas , se regulan en los arts. 14 a 29 de nuestro Texto Constitucional .

¹⁹ Nuestro Código civil, regula indistintamente en el Capítulo VI del Título II de su Libro IV, artículos 1.300 a 1.314, bajo la rúbrica “ De la nulidad de los contratos “ tanto la Nulidad de pleno derecho como la anulabilidad.

- a) - La empresa abaratará el coste de sus despidos, sin la amenaza de tener que readmitir al trabajador, además podrá aplicar sin problemas el denominado “despido expres”, mediante el “despido objetivo improcedente” al desaparecer la nulidad. Además, y respecto de los contratos celebrados tras la entrada en vigor del RD 10/2010 , de duración superior a un año, podrán nutrirse, las empresas con más de 25 trabajadores de la “subvención” con cargo al FOGASA del 40% sin los límites del art. 33.2º del Estatuto de los Trabajadores.²⁰
- b) Para los trabajadores, el panorama es bastante más gris, ya que verán reducido el tiempo de preaviso para la búsqueda de otro empleo, perdiendo el conjunto de garantías económicas y jurídicas que en este tipo de extinciones tenían antes de la Reforma 2010, ya que podrán ser despedidos sin recogerse causa, sin ponerse a su disposición la indemnización legal, so pena, para la empresa, de una indemnización superior, como consecuencia lógica de su calificación de improcedencia. De este modo, se eliminan los mecanismos de protección legal-formal del trabajador ante una decisión empresarial extintiva de razones no imputables al trabajador afectado.
- c) Para los Sindicatos : se reduce notablemente su capacidad de control en materia de despidos objetivos, pues al desaparecer la sanción de nulidad del despido, por incumplimiento de su comunicación a la representación unitaria, se aumentan las posibilidades de desconocimiento unitario o sindical del número total de despidos objetivos producidos y , por ende , si los mismos superan los umbrales previstos en el artículo 51.1º del Estatuto de los Trabajadores²¹.
- d) Para los prácticos del derecho; esto es el colectivo de letrados laboristas, graduados sociales y magistrados sociales; decir que la reforma nos va a generar discusión sobre todo en torno a la prueba de las causas y la finalidad del despido, disminuyendo en cuanto a los defectos formales y sus consecuencias jurídicas, que ahora quedan unificadas en la declaración de improcedencia del despido.

Como conclusión final, se podría decir que esta Reforma Laboral, profunda y de enjundia, pretende acotar o disminuir el margen interpretativo judicial, tutelando el uso del despido objetivo como mecanismo flexibilizador de un mercado de trabajo en plena crisis global, pero ello a costa de la pérdida de derechos de la parte más débil del peculiar contrato laboral. No obstante lo anterior, nosotros, los jueces sociales tenemos la obligación de interpretar las normas, (sin exclusión de la tan analizada última reforma laboral), de acuerdo con los principios inspiradores de nuestra Carta Magna, la Constitución Española de 1978, así como el conjunto de esos derechos y libertades,

²⁰ Esta nueva indemnización con cargo al FOGASA se compatibiliza con la prevista en el art. 33.8º del ET , ya existente antes de la Reforma , pero limitada a las empresas que extinguían contratos por la vía del art. 51 y 52.c) del ET, y siempre que tuvieran una plantilla inferior a 25 trabajadores , aunque aquí si se aplican los límites cuantitativos del art. 33.2º del ET.

²¹ El artículo 51.1º del ET establece los umbrales numéricos de trabajadores afectados por despidos fundados en causas económicas, técnicas , organizativas o de producción , a los efectos de calificarlo de colectivo o individual, distinción ésta de importancia a efectos de la tramitación , pues los despidos colectivos exigen la iniciación de un Expediente de Regulación de Empleo (ERE) , y autorización administrativa.

calificados de “fundamentales”, que continúan vigentes, en cuya aplicación, el juzgador no debe olvidar su deber de encauzar y corregir las desigualdades y preservar las garantías de los derechos sociales, que por ahora, no han sido erradicadas de nuestro sistema jurídico laboral.