

LA MODALIDAD PROCESAL DE DESPIDO EN LA NUEVA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Ricardo Pedro Ron Latas

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad de A Coruña

Magistrado Suplente

Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

Recepción: 15 de junio de 2013

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2013

RESUMEN: Esta concreta modalidad procesal, que ya regulaba la Ley de Procedimiento Laboral, ha sido modificada por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. La modalidad procesal de despido ha sido objeto de estimulación legislativa, con el fin de construir un proceso verdaderamente social, que de una respuesta eficaz y ágil a los juicios laborales.

PALABRAS CLAVE: Ley de Procedimiento Laboral, Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Despido, Proceso laboral, Modalidades procesales

ABSTRACT: This legal process, which regulated by the Labour Procedure Act, has been amended by the Social Jurisdiction Regulatory Act. The procedural modality of dismissal has been object of legislative stimulation, with the end to build a truly social process, that of an effective and agile answer to the labour trials.

KEY WORDS: Labour Procedure Act, Social Jurisdiction Regulatory Act, Dismissal, Labour Lawsuit, Procedural modalities

SUMARIO: I. EL PLAZO DE CADUCIDAD PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN. II. EL EMPRESARIO APARENTE. III. LA NUEVA REGLA DE APLICACIÓN SUPLETORIA. IV. LOS REQUISITOS DE LA DEMANDA POR DESPIDO. V. LOS EFECTOS DERIVADOS DEL RECONOCIMIENTO DE LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO. VI. LAS GARANTÍAS DEL PROCESO. VII. LOS NUEVOS HECHOS PROBADOS DE LA SENTENCIA. VIII. LA AUTORIZACIÓN DE IMPOSICIÓN DE SANCIÓN ADECUADA. IX. LOS EFECTOS DEL DESPIDO.

Como es bien sabido, la publicación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre¹, reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LJS) ha provocado (necesariamente) un pequeño cataclismo en una jurisdicción tan especializada como la social. Ciertamente es que la exposición de motivos de la norma habla únicamente de "continuidad en el diseño procesal" de la normativa adjetiva procesal, pero no resulta igualmente menos veraz que más adelante confiesa la verdadera naturaleza de la reforma: introducir en el proceso social importantes mejoras en el antiguo diseño de la Ley de Procedimiento Laboral, con el fin de "establecer, ampliar, racionalizar y definir con mayor claridad el ámbito de conocimiento del orden jurisdiccional social".

Sea como fuere, lo cierto es que si uno se aproxima al contenido de la norma puede constatar con facilidad (más allá de sus, más que ocasionales, defectos técnicos) que todo el proceso social —las instituciones, el organigrama y los principios— ha sido objeto de una profunda modificación, hasta tal punto que modalidades procesales tan tradicionales como las de conflictos colectivos o de impugnación de convenios colectivos han visto como la doctrina judicial construida para ellas a lo largo de los últimos lustros con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral deberá ser reformulada en los próximos años.

Como no podía ser de otro modo, la modalidad procesal de despido también ha sido objeto de (en palabras de la propia exposición de motivos de la LJS) "estimulación" legislativa, con el fin (de nuevo en terminología utilizada por la exposición de motivos) de construir un proceso verdaderamente social, que de una respuesta eficaz y ágil a los litigios que se puedan suscitar en las relaciones de trabajo. Esa "estimulación", sin embargo, no ha impedido que el legislador haya decidido mantener la estructura y sistemática de esta importante modalidad procesal contenida en la Ley de Procedimiento Laboral, que se sigue ocupando así los artículos 103 a 113, incluidos dentro de la sección 1ª del Capítulo II, del Título II del Libro Segundo de la LJS. A este respecto, resulta igualmente reseñable el hecho de que con la nueva regulación tampoco ha variado la importancia que se le suele otorgar a la regulación sustantiva del despido en este concreto ámbito normativo. La LJS mantiene, en efecto, una añeja tradición procedimental por lo que se refiere a esta concreta modalidad del proceso social, ocupando una gran parte del espacio dedicado a concretar las especialidades procesales derivadas del ejercicio de la acción de despido disciplinario con normativa de naturaleza sustantiva, tal y como veremos seguidamente.

En efecto, la modalidad procesal relativa al despido disciplinario sigue encontrando su regulación adjetiva en los arts. 103 a 113 de la LJS. Así, la nueva norma reguladora del procedimiento laboral sigue ocupando, como sucedía con su más inmediato precedente

1 BOE de 11 de octubre de 2011.

normativo, once de sus trescientos cinco preceptos con esta importante modalidad procesal de "despido disciplinario", que es justamente la rúbrica de la sección que la norma le dedica a la misma. El primero de esos artículos, aunque adjetivado "presentación de la demanda por despido", resulta ser en realidad un precepto de carácter altamente heterogéneo, en el que se entremezclan cuestiones sustantivas y procesales, se regula el tema del empresario aparente y se impone el carácter necesario de la regulación de la modalidad especial de despido cuando lo que se impugna es la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo.

1. EL PLAZO DE CADUCIDAD PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

El apartado primero del artículo 103 de la LJS sigue preocupándose por imponer un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de despido, pese a que hace décadas que podemos encontrarlo en el articulado del Estatuto de los Trabajadores. Se trata, como es lógico, de un plazo que, pese a hacer referencia al ejercicio judicial de una concreta acción, presenta carácter sustantivo, y que, insistimos en ello, aparece como tal reproducido en el artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores desde hace décadas, que es donde tradicionalmente se viene estableciendo como plazo de caducidad de la acción de despido el de veinte días hábiles desde aquel en que se hubiera producido.

Precisamente por causa de ese marcado carácter material, el plazo de caducidad de la acción por despido no debiera ubicarse más que en normas que presenten idéntica naturaleza, ya que de lo contrario se corre el riesgo de que a la hora de reproducir el precepto sustantivo en la norma procesal se modifique su redacción, hasta el punto de alterar sustancialmente su contenido, que es justo lo que ha sucedido en esta ocasión. Antes de la reforma, tanto el art. 103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral como el art. 59.3 del Estatuto de los Trabajadores coincidían en lo sustancial, señalando como plazo de caducidad el de veinte días hábiles, sin mayores precisiones; hoy, en cambio, el art. 103.1 de la LJS añade además que "no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional", lo cual, a mi modo de ver, además de asincrónico, resulta redundante y, por ello mismo, innecesario.

La razón de tal afirmación es que, cuando menos desde la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre², ya se vienen considerando inhábiles los días que menciona hoy la LJS³. La advertencia relativa a la sede del órgano judicial, por su parte, ya había sido recogida por el Tribunal Supremo en su momento, en concreto, en su sentencia de 4 de octubre de 2005⁴, en la que lo que se discutía era "si a efectos del cómputo del plazo de veinte días de caducidad previsto en el artículo 59.3 del ET ... debe excluirse o no como inhábil las fiestas locales del domicilio del demandante, siendo éste distinto de la sede del Juzgado competente para el conocimiento del procedimiento por despido", y en la que se acabó concluyendo que "la referencia a la localidad que se contiene

2 BOE de 26 de diciembre de 2003.

3 En efecto, su art. 182.1 declaró inhábiles a efectos procesales los sábados y domingos, así como los festivos.

4 .Rec. núm. 3318/2004.

en el artículo 182 LOPJ debe entenderse referida a la sede del Juzgado ..., pues en dicho lugar es donde se practican las actuaciones judiciales".

Por su parte, la exclusión (ahora ya más en concreto) de los sábados del cómputo del plazo de caducidad se contemplaba ya por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando menos desde el año 2006⁵, pero con una particularidad: esa inhabilidad de los sábados se propugnaba —lógicamente— a efectos procesales, pero también preprocesales. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en efecto, los sábados no podían ser tenidos en cuenta como días hábiles para el tiempo que media entre la fecha del despido y la de la presentación de la papeleta de conciliación o de la reclamación previa. Para alcanzar esta conclusión (que, por razones obvias, no comparto) el Tribunal Supremo se vio obligado a descartar la naturaleza sustantiva del plazo de caducidad de las acciones por despido.

Es cierto, afirma el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias del año 2006, que en anteriores resoluciones —por ejemplo, en su sentencia de 15 de marzo de 2005⁶—, se reconocía que "el plazo de veinte días que para el ejercicio de la acción de despido establece el art. 59.3 del ET, es de caducidad, y la institución de la caducidad opera, en principio, en el plano del Derecho material o sustantivo y no en el del Derecho procesal ... , pues sólo gozan de esta última condición aquellos que marcan los tiempos del proceso, que es donde se desarrolla la actuación judicial". Pese a ello, pese a que "la caducidad para el ejercicio de la acción por despido tenga carácter material o sustantivo, ello no impide que se trate de un supuesto de caducidad atípica y «sui generis», como lo demuestra el hecho de que, conforme a una doctrina civilista prácticamente unánime, la caducidad —a diferencia de lo que sucede con la prescripción— no es susceptible de interrupción o de suspensión, sino que opera de manera fatal por el mero transcurso del plazo y, además, los plazos de caducidad, como todos los civiles, se cuentan de fecha a fecha, sin descontar los días inhábiles". Sin embargo, continúa el Tribunal Supremo, "esto no resulta totalmente predicable respecto de la caducidad que aquí nos ocupa, pues ... el legislador ha querido atribuir una singular influencia procesal a la caducidad de la que aquí tratamos (aun sin hacerla perder su naturaleza sustantiva o material), pues de otro modo no se explicaría, ni la suspensión del plazo durante el tiempo empleado en el intento de conciliación preprocesal, ni tampoco el que los días de tal plazo hayan de ser hábiles, pues el concepto de días hábiles únicamente opera —aparte de en el procedimiento administrativo— en el proceso judicial, pero nunca en el ámbito del ordenamiento material o sustantivo".

Así, esta singular naturaleza del instituto de la caducidad cuando la acción ejercitada sea por despido llevó al Tribunal Supremo a concluir que todos los días que integran el plazo de caducidad que contempla el art. 103.1 de la norma procesal "forman parte de unas actuaciones encaminadas a la validez del proceso, sin que el hecho de que dentro de ese plazo deban plantearse la conciliación o reclamación previas rompan la conexión con el proceso para calificarlo de procesal ..., sería contrario a la lógica computar como hábil un día de la semana declarado inhábil y en el que, por eso, no es posible presentar la demanda".

5 Por todas, véase sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2006 (rec. núm. 1604/2005).

6 Rec.núm. 1565/2004.

II. EL EMPRESARIO APARENTE

El art. 103.2 LJS sigue regulando (y modifica en parte, como se verá seguidamente) la figura de lo que la doctrina viene denominando desde hace años como "empresario aparente"⁷. Así se adjetiva desde antiguo la institución procesal que permite, supuesto que se hubiese promovido "papeleta de conciliación o solicitud de mediación, reclamación previa o demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario", interponer "nueva demanda" contra el verdadero empresario, o (afirma ahora la LJS) "ampliar la demanda si no se hubiera celebrado el juicio". De este modo, con el fin de evitar que en tales casos expire el plazo de caducidad de la acción por despido, la norma permite demorar su inicio hasta el "momento en que conste quién sea el empresario".

Como no podía ser de otro modo, la norma exige para ello, en primer lugar, error en la persona del empresario, y además que el demandante logre acreditar tal circunstancia, esto es, que pruebe con posterioridad al despido, sea "en el juicio o en otro momento anterior del proceso", que el empresario lo era un tercero y el demandado un mero empresario aparente.

Aunque el propio art. 103 de la LJS (en concreto, en su apartado primero) afirme que el plazo de caducidad de la acción por despido lo será a todos los efectos, la institución de la que venimos hablando —recuérdese, contenida en el apartado segundo del art. 103 de la LJS— lo que viene es precisamente a establecer una excepción en esa regla procesal básica. Estamos hablando de la posibilidad de interrumpir el plazo de caducidad de la acción por despido que, como tal, sólo podría tolerar suspensiones. A la vista de lo dispuesto en el art. 103.2 de la LJS cabe, pues, la interrupción del plazo de caducidad de la acción por despido, arbitrando la norma para ello la posibilidad de un nuevo cómputo de veinte días hábiles si el demandante ha cometido un error al identificar al empresario, demandando a quién únicamente aparentaba serlo, pero que ha resultado ser en realidad un mero "empresario aparente".

De la literalidad de la norma se desprende, entonces, la necesidad de que el error en la persona del empresario sea "excusable". Así, al efecto de poder determinar si el error en la persona del empresario era o no excusable, es decir, si resultó o no imputable en exclusiva al trabajador, la doctrina científica recomienda la utilización de tres reglas básicas⁸. La primera de ellas será comprobar si el trabajador contaba o no con suficientes elementos de juicio para saber si el empresario que le despedía era realmente su empleador, de tal manera que si aquél poseía datos bastantes como para poder concluir quién o quiénes eran sus verdaderos empresarios, esa errónea atribución sólo puede ser achacable al trabajador, resultando así un error inexcusable en la persona de su empleador, lo que deberá suponer, por ende, la imposibilidad de interrumpir la caducidad del plazo de la acción por despido. Un ejemplo diáfano de todo ello se contempla en una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 17 de diciembre de 2010⁹.

7 Cfr. MARTÍNEZ GIRON, J., *El empresario aparente*, Civitas (Madrid, 1992), *passim*.

8 Acerca de todas estas posibles modalidades, véase MARTÍNEZ GIRON, J., *El empresario aparente*, Civitas (Madrid, 1992), págs. 77 ss.

9 Rec. núm. 4047/2010.

En ella, el trabajador había prestado servicios en un Colegio Oficial de Farmacéuticos cedido por varias empresas de trabajo temporal, con objeto de realizar un trabajo idéntico al de otros trabajadores del Colegio de manera continuada durante más de cinco años. Tras ser cesado por la última empresa de trabajo temporal para la que había trabajado, presentó demanda por despido —se discutía además la existencia de un cesión ilegal— frente a todas las empresas de trabajo temporal, pero se olvidó de demandar al Colegio, cosa que hizo más adelante (en concreto, una vez transcurridos tres meses desde el despido), mediante la ampliación de su demanda inicial.

Como es fácil suponer, la consecuencia de ese —a todas luces defectuoso— comportamiento procedimental fue la declaración de caducidad de la acción por despido, respecto únicamente del Colegio. Incontrovertido el hecho de que había transcurrido respecto a este concreto demandado el plazo de caducidad de 20 días hábiles (entre el despido y la "ampliación" de la demanda), y discutiéndose además la existencia de una cesión ilegal entre las empresas demandadas, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia concluyó que el plazo de caducidad de las acciones por despido "resulta improrrogable ... y únicamente se interrumpe cuando se haya promovido demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acredite en el juicio que lo era un tercero (art. 103.2 LPL)", y la única manera de que el plazo de caducidad pueda computarse de nuevo resulta cuando "la demanda por despido se haya promovido contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acredite en el juicio que lo era un tercero (art. 103.2 LPL), debiendo, para concretar si el error cometido le resulta o no imputable al trabajador, comprobarse si el trabajador tenía o no suficientes elementos de conocimiento, desde el principio, para saber quién era el empresario que le despedía, o si concurrieron o no circunstancias que pudiesen inducir a error al trabajador".

En esta ocasión, sin embargo, el error cometido resultaba plenamente imputable al trabajador "que había venido prestando servicios desde el año 2004 en el colegio demandado (que además es mencionado en demanda), ampliando luego la demanda frente a éste tres meses después del despido, habiendo transcurrido así con creces el plazo de caducidad en la acción por despido frente al Colegio Oficial de Farmacéuticos, sin que el hecho de haber presentado la demanda frente a las empresas de trabajo temporal haya tenido efecto interruptivo frente a ella (ningún precepto procesal lo impone), por lo que la acción frente al colegio demandado debe entenderse caducada". En definitiva, concluye el Tribunal Gallego, el plazo de caducidad de la acción por despido no se interrumpe si se "conocía perfectamente la cualidad de empresario del Colegio demandado en el momento del despido, haciendo constar en demanda que todos los contratos fueron para prestar servicios en aquél, no hallándonos así ante el supuesto de excepción a la caducidad que regula el artículo 103.2 de la LPL por hallazgo de empresario sobrevenido a la interposición de la demanda, ya que en el momento en que ésta se interpuso se conocían todos los hechos en los que se fundamentó la posterior ampliación de demanda frente al Colegio de Farmacéuticos", no existiendo pues "ni error ni desconocimiento en la persona del empresario, sino que el supuesto se enmarca en el ámbito de la ampliación de la demanda inicial contra otro posible obligado por efecto de la

responsabilidad que marca el art. 43 ET, y hacerlo a destiempo no se debe a un error de hecho sino a un error de derecho que en modo alguno impide el transcurso del plazo de caducidad"¹⁰.

En suma, la presencia de un error de derecho, y no de hecho, no impide que entre en juego la institución de la caducidad. El supuesto previsto en el actual art. 103.2 de la LJS ha de ser interpretado restrictivamente, incluyendo únicamente aquellos supuestos en los que no se conozca verdaderamente al empresario, pero no en aquellos otros en los que se sufra una mera equivocación. El error en la persona del empresario ha de ser totalmente involuntario y proceder de un desconocimiento real de la persona del verdadero empresario, por lo que no puede actuar esta causa cuando documentalmente le pudiera constar al demandante quién era el empresario real. De ahí que la segunda regla de las tres de las que venimos hablando afirme que es necesario comprobar si concurren o no circunstancias que hayan podido inducir a error al trabajador, bien imputables al propio empresario verdadero no demandado (por ejemplo, empresario que falsea al despedir su propia identidad), bien al empresario aparente demandado (por ejemplo, atribuirse públicamente la condición de empresario), que fue justo lo que pasó en el supuesto que tuvo que enjuiciar una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias de 16 de abril de 2008¹¹.

La causa del error sufrido por el trabajador fue muy simple: el demandante suscribió contrato de trabajo con un determinado empresario persona física, siendo dado de baja (sin su conocimiento) en la Seguridad Social al ser trasladado de centro de trabajo, e inmediatamente después de alta por una nueva empresa persona jurídica creada por su empresario inicial. Como es lógico, el trabajador, tras ser despedido, demandó únicamente al empresario persona física, y tres meses después de la extinción de su contrato amplió la demanda contra la empresa en la que se encontraba dado de alta en la Seguridad Social.

10 Así se pronuncia, por lo demás, el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2006 (RJ 2005/2746), en relación con todos aquellos supuestos en los cuales nos encontramos con una ampliación de demanda frente a quien ya se sabía tenía la condición de empresario en el momento del despido, cuando tal ampliación resulta extemporánea y afectada por el instituto de la caducidad. Según esta resolución, cuando en la carta de despido ya se menciona a la empresa contra la que se ampliará posteriormente la demanda, "si bien coincidimos con la sentencia recurrida en que a la empresa correspondía «la carga de la prueba de que el actor conocía con anterioridad a la fecha en que solicita la ampliación de la demanda la transmisión ... de Mercamadrid», mal puede afirmarse acto continuo que «no ha aportado prueba alguna en este sentido», siendo así que la propia Sala tiene por acreditado [hechos declarados probados] que en la carta de despido se adujo como causa organizativa «no disponer la sociedad de puesto de venta en Mercamadrid para el desarrollo de su actividad desde el pasado mes de enero en que se produjo la entrega de dicho puesto [el 124] al comprador» ... Con lo que es claro que el trabajador tuvo conocimiento de la transmisión desde la misma fecha en que la misma se materializó en 15/enero, de manera que desde la misma fecha en que le fue comunicado su despido objetivo [18/febrero] pudo haber dirigido su demanda contra la adquirente «Dimarosa», por lo que la ampliación de la demanda -dirigiéndola contra ella- en 11/junio fue palmariamente extemporánea y desajustada a la prevención temporal de los arts. 59.3 ET y 103 LPL, infringidos por la sentencia recurrida ... En todo caso hemos de destacar que no se trató, como parece pretenderse, del simple problema de que se desconociese el negocio de la transmisión [el trabajador tuvo cumplido conocimiento de ella, conforme a lo indicado], sino más bien el posible error jurídico de no haber considerado desde el principio la posibilidad de que frente al cese respondiese la nueva adquirente del puesto de venta. Y que no se diga que se sabía la existencia de la venta del puesto, pero que se desconocía el nombre de la nueva empresa titular, porque ni ello resulta creíble [el demandante había trabajado un mes completo para la nueva empresa] ni a la postre ello sería obstáculo para demandar, en tanto que extremo superable extraprocesal y procesalmente [actos preparatorios de los arts. 76 y 77 LPL, por ejemplo]".

11 Rec. núm. 852/2007.

Como es fácil suponer, la empresa (la persona jurídica) alegó en pleito que la acción había caducado. El Tribunal Canario, sin embargo, frente a la alegación de caducidad de la acción por parte de la empresa, concluyó que la regla del art. 103 de la Ley de Procedimiento Laboral "se justifica tanto por la complejidad de ciertas estructuras empresariales como por la eventual puesta en práctica de una actividad abiertamente defraudatoria, tendente a encubrir al verdadero empresario a través de otros interpuestos ... , coherente con la doctrina jurisprudencial sobre el empresario aparente, a tenor de la cual la condición de empresario ha de atribuirse a los que por sí contratan y reciben la prestación de servicios, ya lo hiciesen en interés propio, ajeno, o bien comunitario de cualquier grupo de organización empresarial más o menos regular, cuya existencia y características sólo a los integrantes de esa agrupación ha de afectar, pero no a los trabajadores que de buena fe concertaran su contratos, sobre quienes no debe pesar el oneroso deber de indagación de complejas relaciones negociables internas, para ellos, en principio, desconocidas y que no suelen ser fáciles de descubrir", tratándose en esta ocasión "de un error no imputable de la trabajadora propiciado por la propia administradora de ambas empresas".

En fin, la tercera de las reglas enunciadas exige examinar la conducta de los empresarios involucrados en el hipotético error, al efecto de discernir si realizaron o no un mínimo esfuerzo tendente a deshacer el error de hecho —nunca de derecho, recuérdese— padecido por el trabajador, ya que en el caso de haber sucedido así, no cabría otorgar la cualidad de excusable al error padecido por el trabajador. Y es precisamente por ello por lo que aquí lo que de verdad merece ser destacado, en relación precisamente con esta importante figura del empresario aparente, es que la nueva LJS permite ahora subsanar el error en cualquier fase del procedimiento, incluso en la vía preprocesal.

Hasta el día de hoy la Ley de Procedimiento Laboral sólo permitía, en efecto, la subsanación una vez iniciado en pleito, al afirmar que "si se promoviese demanda ... y se acreditase en el juicio que lo era un tercero...". La nueva LJS, por el contrario, considera posible, lógicamente, que el error sea percibido antes del inicio del juicio, y por eso mismo permite, antes de su celebración, "ampliar la demanda" en el caso de haber promovido "papeleta de conciliación o solicitud de mediación, reclamación previa o demanda ... contra una persona a la que erróneamente se hubiere atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase con posterioridad ... que lo era un tercero".

A mi modo de ver, con esa ampliación lo único que se consigue es confundir al exégeta de la norma. Conforme a lo dispuesto hoy en el art. 103.2 de la LJS, el trabajador que haya cometido un error de hecho en la identificación del empresario puede, siempre que se percate de su error antes del juicio, ampliar su demanda contra el verdadero empresario. Sin embargo, a mi modo de ver resulta ciertamente complicado que el error se cometa antes de la presentación de la demanda, ya que si en ella la acción se dirige frente al verdadero empresario, el error en cualquier momento procedimental anterior carecerá de sentido, es decir, que el mecanismo procesal utilizado por el legislador resulta a todas luces inadecuado, sobre todo a la vista de que la jurisprudencia viene admitiendo desde hace años sin rubor la posibilidad de ampliar la demanda en estas ocasiones. Hay que tener en cuenta, además,

que la ampliación de la demanda sólo se admite en el acto del juicio, tal y como dispone hoy el art. 85.1 de la LJS. De este modo, sea cual fuere el momento en el que el accionante se percate de su error, y sea cual sea el trámite preprocesal en el que se haya cometido la equivocación, no podrá ser hasta el juicio cuando se demande al verdadero empresario, que en todo caso deberá ser debidamente emplazado.

Así, aunque el art. 103.2 de la LJS afirme ahora que el demandante podrá "ampliar la demanda si no se hubiera celebrado el juicio" (lo que, de nuevo, conduce lógicamente a pensar que el error siempre se habrá cometido finalmente en demanda), lo cierto es que la ampliación de la demanda sólo se contempla en el art. 85.2 de la LJS una vez iniciado el pleito, sin que a tales efectos deban (aunque parece que eso es lo que hace la norma procesal) confundirse subsanación y ampliación. Que sea así puede, no obstante, hasta resultar beneficioso para el trabajador, permitiendo concretar el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción por despido, esto es, "el momento en que conste quién sea el empresario".

III. LA NUEVA REGLA DE APLICACIÓN SUPLETORIA

La LJS añade a su art. 103 un nuevo apartado, el tercero, en el que se contiene una regla de aplicación supletoria. Ahora, en efecto, las reglas "del presente capítulo" —esto es, el Capítulo II, relativo a "despidos y sanciones" (aunque hubiera sido mejor que se hubiera referido únicamente a la sección 1ª, que es la que disciplina el proceso por despido)— serán de aplicación "a la impugnación de las decisiones empresariales de extinción de contrato con las especialidades necesarias, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 120 y de las consecuencias sustantivas de cada tipo de extinción contractual"¹². De este modo, toda extinción del contrato de trabajo deberá buscar ahora su regulación adjetiva en la modalidad procesal de despido.

Así, supuesta una extinción contractual por cualquiera de las causas contenidas en el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores, la vía procedimental correcta será la de los procesos por despido (olvidémonos, pues, del proceso de impugnación de sanciones), a salvo, eso sí, de que se trate de la extinción del contrato por las causas que recogen las letras h), i) y l) del art. 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, porque en tal caso deberá atenderse a las especialidades contenidas en los arts. 120 a 124 LJS, relativas tanto a los despidos objetivos como a los colectivos.

Al respecto de esa nueva incorporación normativa cabe hacer una precisión final. Se trata simplemente de poner de relieve que esa previsión legal no resulta original, por cuanto que lo único que hace es reproducir la doctrina que venían sosteniendo los Tribunales Laborales desde hace lustros al respecto. Así lo prueba, por ejemplo, una sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1996¹³, para la que "la expresión despido no debe entenderse

12 Afirma ahora el art. 103.3 de la LJS literalmente lo que sigue: "Las normas del presente Capítulo serán de aplicación a la impugnación de las decisiones empresariales de extinción de contrato con las especialidades necesarias, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 120 y de las consecuencias sustantivas de cada tipo de extinción contractual".

13 Rec. núm. 383/1996.

constreñida, en principio, al que tuviera origen disciplinario, ya que su significado también comprende por lo general cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aun cuando estuviera fundado en causa ajena a su incumplimiento contractual, grave y culpable. El despido, pues, constituye concepto genérico, diversificable, por razón de su causa, en especies distintas". A igual conclusión, continúa el alto Tribunal, conduce el Convenio número 158 de la OIT¹⁴, referido a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del trabajador, "en el que, al exigir concurrencia de causa justificada, refiere éstas a la capacidad del trabajador, a su conducta o a las necesidades de funcionamiento en la empresa". En suma, concluye el Tribunal Supremo, "la resolución del contrato de trabajo que unilateralmente decide el empresario ... es incluíble dentro del concepto genérico de despido, por lo cual el ejercicio de la acción para impugnar tal decisión empresarial se haya sometido al plazo de caducidad que establece el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo sustanciarse la misma, cuando, cual es el caso, persiga el restablecimiento de la relación laboral que existía antes del cese, por la modalidad procesal que regulan los artículos 103 y siguientes del LPL, sin que obste a ello que la rúbrica de la sección en que tales artículos se incluyen contenga mención al despido disciplinario".

IV. LOS REQUISITOS DE LA DEMANDA POR DESPIDO

Como es bien sabido, los requisitos generales que debe contener toda demanda laboral se relacionan en el art. 80.1 de la LJS, con lo que, tratándose de demandas por extinción contractual, debiera bastar con sujetarlas a esas exigencias generales de procedibilidad. Ocurre, sin embargo, que las que el art. 103.3 de la LJS denomina "consecuencias sustantivas de cada tipo de extinción contractual" exigen ampliar esos requisitos generales de la demanda previstos en el art. 80.1 de la LJS. Y esa es justamente la función que el legislador otorga al día de hoy al art. 104 LJS, al ser en él donde se refieren los requisitos "adicionales" que deberá contener cualquier demanda de despido, o mejor, de extinción contractual.

Así pues, toda demanda cuyo objeto sea impugnar una decisión empresarial de extinción del contrato de trabajo deberá contener, además de los requisitos generales contenidos en el art. 80.1 de la LJS, la "antigüedad" del trabajador en la empresa, debiendo concretarse a tales efectos "los períodos en que hayan sido prestados los servicios"¹⁵. Aparte de la antigüedad, ahora también se exige identificar la categoría profesional (que se repite de manera innecesaria en el precepto hasta en dos ocasiones), el salario, el tiempo y forma de pago, el lugar de trabajo, la modalidad y duración del contrato, la jornada, y las características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido¹⁶.

Es definitiva, si puesta en relación la previsión normativa del art. 104 de la LJS con la redacción contenida en ese mismo precepto de la antigua Ley de Procedimiento Laboral, se descubre que la norma añade, de un lado, la modalidad y duración del contrato —así como la

14 Ratificado por España y publicado en el BOE de 29 de junio de 1985.

15 Art. 104 a) de la LJS.

16 Art. 104 a) de la LJS.

jornada—, y por el otro, exige ahora determinar con exactitud la antigüedad en la empresa, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios en ella, sobre todo a efectos de precisar si existe unidad esencial en el vínculo laboral para poder así cuantificar con precisión la indemnización por despido, supuesta la existencia de interrupciones entre los distintos contratos suscritos por el demandante¹⁷.

La letra b) del art. 104 de la LJS exige, al igual que sucedía con la Ley de Procedimiento Laboral, concretar en la demanda la "fecha de efectividad del despido, forma en que se produjo y hechos alegados por el empresario", o lo que es igual, si el despido se ha producido o no por escrito. La Ley de Procedimiento Laboral exigía, pues, al demandante explicitar el contenido habitual de la carta de despido, conforme a lo dispuesto en el art. 55.1 del Estatuto de los Trabajadores¹⁸. No hacía falta, entonces, acompañar con la demanda la carta de despido, tal y como acredita una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 4 de noviembre de 2009¹⁹, en la que se concluyó con rotundidad que "si bien es cierto que el art. 81.1 LPL impone al órgano judicial la advertencia al demandante de los defectos, omisiones o imprecisiones en que haya incurrido al redactar la demanda, a fin de que los subsane dentro del plazo de cuatro días, dicho trámite se circunscribe únicamente al incumplimiento de requisitos de carácter formal (entre los que no se encuentra, obviamente, el de la aportación de la carta de despido, que no se encuentra entre los requisitos de la demanda)".

Ahora, en cambio, el art. 104 b) LJS parece exigir al demandante que adjunte a la demanda la carta de despido —supuesto, lógicamente, que no se trate de un despido verbal o tácito—, al afirmar que la "comunicación recibida, en su caso", deberá acompañar a la demanda. Esa impresión inicial, sin embargo, se desvanece si uno presta atención al hecho de que el precepto se concluye así: "o haciendo mención suficiente de su contenido".

¿En qué quedamos? ¿Es o no necesario que la carta de despido acompañe la demanda? Pues parece finalmente que no va a ser necesario que la acompañe —con lo que nos encontramos con otro clamoroso defecto material de la LJS—, debiendo bastar, habida cuenta la literalidad del art. 104 b) de la LJS, con hacer mención —tal y como sucedía antes de la reforma— suficiente de su contenido en la demanda; lo cual, por cierto, tampoco será necesario si uno ya ha revelado la fecha de efectos del despido así como los hechos que lo

17 Y es que, en materia de sucesión de contratos temporales, y al efecto de concretar la antigüedad a efectos de las indemnizaciones por despido, el Tribunal Supremo viene concluyendo que "para resolver esta cuestión, conviene recordar la doctrina de esta Sala con respecto a la antigüedad a computar a efectos de la indemnización por despido, en supuestos —como el aquí se enjuicia— de cadena de contratos temporales, con declaración final de contrato indefinido ... Esta doctrina, que establece, en definitiva, que en supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad esencial del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación ... sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos ... En esta línea, conviene hacer referencia a la Sentencia de 4 de julio de 2006 (TJCE 2006\ 181), Caso Adeneler, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde se declara que «la Clausula 5ª del Acuerdo Marco (Europeo) sobre el trabajo de duración determinada (Anexo de la Directiva 99/70/CE, de 28 de junio [LCEur 1999\ 1692]) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que considera que únicamente deben calificarse de sucesivos los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales»; sentencia que sin duda avala la solución que se da al presente caso" (sentencia de 8 de marzo de 2007 [rec. núm. 175/2004]).

18 Literalmente, "el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos".

19 Rec. núm. 3730/2009.

motivan, que resulta ser el contenido mínimo y esencial de toda carta de despido según el Estatuto de los Trabajadores²⁰.

En otro orden de cosas, y si presentes las especialidades con las que cuenta en nuestro ordenamiento laboral el despido de un representante legal o sindical de los trabajadores²¹, conviene advertir que el art. 104 c) de la LJS continúa exigiendo informar de tal circunstancia al Juez en la demanda (en concreto, si "el trabajador ostenta, o ha ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores"), tal y como venía sucediendo con la antigua Ley de Procedimiento Laboral. Precisamente por el hecho de que en ocasiones la declaración de nulidad o improcedencia del despido puede venir provocada por razones exógenas, se entiende que la LJS reclame ahora al demandante —justamente en ese art. 104 c)— que haga constar en la demanda "cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso".

En último lugar, debe dejarse igualmente constancia de que la letra d) del art. 104 LJS se limita a reproducir el contenido de la Ley de Procedimiento laboral, que exigía informar al Juez acerca de si el trabajador se encontraba o no afiliado a un sindicato, "en el supuesto de que alegue la improcedencia del despido por haberse realizado éste sin la previa audiencia de los delegados sindicales, si los hubiera". A mi modo de ver, tras la reforma operada en la letra c) del precepto, la letra d) ha quedado vacía de contenido, ya que aquélla —sabido es— exige ahora hacer constar en demanda "cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de ... improcedencia"; circunstancias éstas dentro de las cuales cabe, obviamente, la afiliación sindical del trabajador despedido y, consecuentemente, la necesaria audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato.

V. LOS EFECTOS DERIVADOS DEL RECONOCIMIENTO DE LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO

La posición de las partes en el proceso por despido sigue encontrando su regulación adjetiva en el art. 105, ahora, lógicamente, de la LJS. Sus dos primeros apartados (que permanecen inalterados con relación a su precedente normativo) se dedican principalmente a la ya tradicional inversión de la carga de la prueba, exigiendo la alternancia en el orden de intervención de las partes durante la celebración del juicio oral; el tercero de ellos, en cambio, en el que se contienen importantes novedades en el ámbito del proceso por despido, ha resultado tener una vida procesal muy corta²².

En el apartado primero de ese art. 105 se sigue afirmando que, una vez ratificada la demanda, "tanto en la fase de alegaciones como en la práctica de la prueba, y en la fase de conclusiones corresponderá al demandado exponer sus posiciones en primer lugar"; es decir, que tras la ratificación de la demanda a la que se refiere el art. 85.1 de la LJS, en las restantes fases del procedimiento (esto es, alegaciones, prueba y conclusiones) deberá ser

20 Cfr. su art. 55.1.

21 Entre otros, la apertura de expediente contradictorio ex art. 55.1 del Estatuto de los Trabajadores.

22 Al haber sido derogado por la Disposición Derogatoria Única. 1 e) del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero.

el empresario el que adopte una función acusadora²³, "por lo que se alteran, en alguna medida, las posiciones procesales de las partes ... El art. 105.1 LPL atribuye al empleador la iniciativa en los trámites de alegaciones, prueba y conclusiones, y a él corresponde exponer sus posiciones en primer lugar, y es el trabajador el que «contesta» al demandado"²⁴.

Así, el precepto "engarza con diversos principios constitucionales, ya que la inversión en el orden de la actuación de las partes, que novedosamente introduce la Ley de Procedimiento Laboral de 1990 (mantenida con anterioridad por la jurisprudencia laboral), no sólo se ajusta al principio de igualdad procesal, sino que contribuye a que el trabajador pueda articular una defensa más adecuada"²⁵. De este modo, "el éxito de la pretensión del actor no dependerá tanto de la eficacia de su defensa cuanto del fracaso de las alegaciones y prueba del empleador demandado, el trabajador ocupa realmente la posición de parte demandada y, en consecuencia, puede limitarse a afirmar o negar los hechos contenidos en la carta de despido"²⁶.

El art. 105.1 de la LJS impone además al demandado "la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido como justificativos del mismo". No cabe, por lo tanto, "exigir al trabajador la prueba de la inexistencia de despido"²⁷, siendo el empresario el que deberá probar la existencia de "motivos o causas que justifiquen la decisión extintiva adoptada por el empresario, con base en presuntos incumplimientos contractuales del trabajador"²⁸. En caso contrario, el art. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores considera improcedente la decisión extintiva, cuando "no se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva".

El apartado número dos del art. 105 de la LJS, por su parte, continúa afirmando que "para justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido". El empresario sigue así sin poder imputar al trabajador en juicio la comisión de hechos distintos a los contenidos en la carta de despido, con el fin de justificar —causalmente— la extinción del contrato; y ello, "a los efectos de facilitar la defensa del trabajador impidiendo esta inexistencia de previa imputación que puedan ser tenidas en consideración"²⁹, con lo que de esta manera se delimita (cuando menos fácticamente) la controversia, y a su vez se facilita la defensa en juicio del trabajador³⁰.

23 Para el Tribunal Constitucional, en su Auto 108/1992, de 22 de abril, "es dudosa, sin embargo, su conexión con el principio acusatorio, pues el proceso de despido no persigue la declaración de culpabilidad del despedido frente al que no existe acusador, sino simplemente la calificación del despido como procedente, improcedente o nulo con las consecuencias inherentes a tales pronunciamientos".

24 Sentencia del Tribunal Constitucional 130/1998, de 16 de junio.

25 Sentencia del Tribunal Constitucional 130/1998, de 16 de junio.

26 Sentencia del Tribunal Constitucional 130/1998, de 16 de junio.

27 MONTOYA MELGAR, et. al., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, 2ª ed., Aranzadi (Pamplona, 2003), p. 351.

28 SEMPERE NAVARRO, A.V. (dir.) y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (coord.), *El despido: Aspectos sustantivos y procesales*, Aranzadi (Pamplona, 2004), p. 813.

29 Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1987 (Repertorio Aranzadi 6228/1987).

30 Sobre este tema, puede verse SEMPERE NAVARRO, A.V. (coord.) y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (dir.), *El despido. Aspectos sustantivos y procesales*, Aranzadi (Pamplona, 2004), p. 805 y ss.

Como dijimos anteriormente, la LJS añadió en su momento un nuevo apartado, el tercero, a su art. 105. En él se contenían importantes novedades en el ámbito del proceso por despido, tales como la imposibilidad de que el empresario, que haya reconocido la improcedencia del despido, pueda variar esa calificación. Sin embargo —también se ha dejado escrito— el art. 105.3 de la LJS ha resultado tener una vida procesal muy corta, al haber sido derogado por el Real Decreto-ley 3/2012³¹. Con todo, no puede dejarse de lado que mientras se mantuvo vigente incorporó el loable intento del legislador de regular el denominado "despido exprés".

Desde la publicación de la Ley 11/1994, de 19 de mayo³², de modificación de determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, el empresario podía limitar o incluso (tras la reforma operada por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre³³) enervar el devengo de los salarios de tramitación³⁴. Conforme a lo que disponía el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores antes de la reforma de 2012, el empresario tenía dos maneras de ahorrarse (total o parcialmente) el abono de los salarios de tramitación. En ambas, el empleador debía: a) reconocer la improcedencia del despido, b) ofrecer la indemnización legal de 45 días de salario por año de servicio, c) depositar la indemnización en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador, y d) poner en conocimiento del trabajador el depósito. Y ello siempre teniendo en cuenta que sólo cabía limitar los salarios de tramitación si el empresario llevaba a efecto cumplidamente todos y cada uno de esos requisitos desde la fecha del despido hasta la de la conciliación³⁵.

De esta manera, el empresario, reconociendo la improcedencia del despido, podía obtener como beneficio la exención total o parcial en el abono de los salarios de trámite. Como no podía ser de otro modo, la jurisprudencia tuvo que decidir acerca de determinadas cuestiones interpretativas suscitadas por la aplicación del precepto estatutario. La primera de ellas se planteaba cuando, habiendo reconocido la improcedencia del despido, el empresario intentaba posteriormente alterar esa calificación en pleito, habiéndose pronunciado sobre ello el Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 de diciembre de 2009³⁶.

En ella, partiendo de la base de que el art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores "es una norma compleja", se afirma que lo que se contempla en él es "una transacción:

31 En concreto, en su Disposición Derogatoria Única 1. e).

32 BOE de 23 de mayo de 1994.

33 BOE de 13 de diciembre de 2002.

34 Según disponía el art. 56.2 del ET antes de la reforma de 2012, "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, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste. 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 quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho 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".

35 De este texto se infiere que la «conciliación» a que la norma se refiere es - para la Sala- la conciliación judicial (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009 [rec. núm. 4004/2008]).

36 Rec. núm. 71/2009.

la oferta del empresario (ofreciese) y la reacción ante ella del trabajador (cuando acepte o no acepte)"; así, si el "trabajador acepta y hay acuerdo, se dan todos los elementos de la transacción", mientras que en "la segunda parte del precepto salimos de la transacción para entrar en la regulación de los efectos de la no aceptación por parte del trabajador de la oferta del empresario", siendo el efecto normal de la falta de aceptación del trabajador el "no ... acuerdo transaccional y que, por tanto, no se ha evitado el pleito ni se ha puesto término al que pudiera considerarse iniciado". De este modo, de los tratos preliminares que se han producido para llegar a la transacción "no surgirán obligaciones para las partes que han participado en ellos", lo que a efectos laborales significa la paralización de los salarios de tramitación cuando la oferta transaccional del empresario es adecuada para poner fin al pleito y la negativa del trabajador no es razonable.

En consecuencia, si no había aceptación por parte del trabajador, no existiría transacción y el pleito continuaría hasta dictarse sentencia. Ello suponía para el Tribunal Supremo, habida cuenta el hecho de que podía producirse —en caso de declaración judicial de la improcedencia del despido— la paralización de los salarios de tramitación con un alcance temporal distinto en función del momento en que se hubiese producido la consignación, que la "calificación judicial del despido no está vinculada por el ofrecimiento empresarial". De lo que resultaba, a su vez, que la opción por la indemnización realizada en el momento del despido no era vinculante, ya que, además de que ese efecto de "vinculación no está previsto en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores", el mismo "tampoco puede derivarse de lo dispuesto en el artículo 1816 del Código Civil y en el artículo 66 y concordantes de la Ley de Procedimiento Laboral, porque no ha existido acuerdo transaccional". La oferta del empresario, pues, si no era aceptada, "no se convierte en acuerdo vinculante en orden a la calificación del despido, aunque la ley penalice la no aceptación -cuando ésta no está justificada- con la pérdida de los salarios de tramitación". En conclusión, "no hay vinculación del empresario a la opción por la indemnización, porque su oferta no fue aceptada por el trabajador y porque esa oferta se refería a la indemnización establecida en la misma y no a otra superior".

Lo más curioso de la reforma legal es que, conociendo la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular, el legislador decidiese iniciar el art. 105.3 LJS afirmando que "el reconocimiento de la improcedencia del despido, efectuado en la carta de despido o en cualquier momento posterior, conforme al apartado 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, vincula al empresario, que no podrá alterar esta calificación ni el importe reconocido salvo error material de cálculo o subsanación en forma"; o lo que es lo mismo, que la LJS, antes de la reforma de 2012, impedía al empresario discutir en pleito la calificación del despido, supuesto que hubiese reconocido su improcedencia, otorgándole únicamente la posibilidad de variar la cuantía del importe consignado o la forma en la que se hubiera producido el despido, lo cual, por otra parte, coincidía con la opinión de cinco magistrados del Tribunal Supremo que se contiene en el voto particular a su sentencia de 18 de diciembre de 2009.

En efecto, para esos cinco Magistrados, "la no aceptación de la oferta por parte del trabajador no supone que el empresario pueda retractarse de lo ofertado por las siguientes

razones: ... la norma no prevé tal posibilidad, ni puede establecerse por aplicación de lo preceptuado en el Código Civil para la transacción ... De aceptarse que el empresario pudiera retirar su oferta nos encontraríamos con que dicha retractación ha de ser «a todos los efectos». Es decir, si ante la demanda de despido, el empresario no mantiene el reconocimiento de la improcedencia que realizó, no está cumpliendo con los requisitos que exige el artículo 56.2 E.T ... admitir que en el acto del juicio puede plantearse por el empresario la procedencia del despido iría contra la doctrina de los actos propios, que está construida sobre la base de la buena fe y del artículo 7 del Código Civil, y supone la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma, expresada en actos concluyentes e indubitados, y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquella ... Iría asimismo contra el principio de interdicción de la indefensión, pues el ofrecimiento empresarial ha generado una legítima confianza en el trabajador que acude a juicio con el convencimiento de que el despido ha sido reconocido como improcedente y únicamente procede discutir determinados aspectos del mismo".

Sea como fuere, lo cierto es que pese a lo dispuesto en el derogado art. 105.3 de la LJS, que impedía al empresario alterar la calificación del despido, entiendo que la solución que propugnaba el voto particular con relación a aquellos supuestos en los cuales el trabajador reclamaba la nulidad del despido podía encontrar plena vigencia a la vista de la redacción del precepto. De este modo, "supuesto de que el trabajador reclamare en la demanda la nulidad del despido, al no haber aceptado el reconocimiento de la improcedencia hecho por el empresario ..., si se aprecia la vulneración de derechos denunciada, únicamente cabría la declaración de nulidad o procedencia del despido, por lo que si el empresario ha reconocido la improcedencia al trabajador le bastaría probar en juicio indicios de vulneración de alguno de dichos derechos (artículos 96 y 179.2 de la L.P .L.), para que el despido se declarara nulo. En dicho supuesto, al no haber aceptado expresamente el trabajador el reconocimiento de la improcedencia del despido efectuado por el empresario, el objeto del debate se amplía y, a efectos de evitar la indefensión del empresario, éste podrá aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, a fin de desvirtuar los indicios de la vulneración de derechos fundamentales alegada por el trabajador, manteniendo el reconocimiento de la improcedencia del despido".

Por último, el art. 105.3 de la LJS recogía, ahora sí, la doctrina elaborada a lo largo de los años por el Tribunal Supremo con relación a la posible consignación de la indemnización debida (por el empresario) a la que se refería el art. 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, con la finalidad de ahorrarse los salarios de tramitación. Esa jurisprudencia fue construida como resultado de los, por lo demás nada inhabituales, errores cometidos por el empresario a la hora de calcular la indemnización por despido debida al trabajador. Porque, lógicamente, el empresario podía equivocarse, y consignar una indemnización por despido inferior (también, por qué no, superior) a la que le correspondería al trabajador. En consecuencia, el Tribunal Supremo se vio en la tesitura de decidir qué hacer cuando el empresario padecía un error al calcular el importe de la cantidad depositada con el fin de paralizar los salarios de tramitación, y acabó decantándose por la dicotomía sustancial-insustancial.

Así, cuando el error en la cantidad ofrecida y depositada se pudiese calificar como "no sustancial", debido a que la diferencia se considerase como excusable, la sentencia debería limitarse a condenar al empresario a abonar la diferencia económica entre lo consignado y la cuantía legal que corresponda; en cambio, cuando el error hubiera sido calificado de "sustancial" (consignación insuficiente por negligencia o error inexcusables), los salarios de tramitación no se paralizaban con el depósito "sustancialmente insuficiente", aunque el empresario recobraría el derecho de opción³⁷.

Como es lógico, los datos que permitían calificar un error como excusable o no podían variar de un supuesto a otro, y habrían de ser ponderados por los tribunales en cada caso; así, por ejemplo, un indicio de error excusable era la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar —diferencia achacable en ocasiones a error de cuenta—, cuya probabilidad se acrecentaba por la complejidad de la estructura retributiva en algunas empresas. Otra causa de error de consignación insuficiente —excusable— era la dificultad "jurídica" del cálculo de las indemnizaciones en aquellos supuestos en que los cuales los conceptos o elementos a computar en las mismas podían dar lugar a una "discrepancia razonable". En tal caso, el error no invalidaría el efecto interruptivo de los salarios de tramitación, pero debería ser corregido mediante el abono de la diferencia realmente resultante³⁸.

Decía antes que toda esa doctrina judicial la recogió la LJS. Y así es, en efecto, ya que el novedoso art. 105.3 de la LJS afirmó durante unos meses que "si se apreciare en sentencia un error no sustancial o excusable del empresario respecto de la cantidad debida como indemnización y, en su caso, salarios de tramitación, la sentencia declarará la improcedencia del despido y se limitará a condenar al empresario a abonar la diferencia entre lo abonado o depositado y la cuantía que corresponda", y además que "cuando la diferencia en la cantidad abonada o consignada responda a un error sustancial o inexcusable, la sentencia condenará

37 Al respecto de todo ello, véase sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007 (rec. núm. 3794/2006). La redacción del art. 105.3 es la siguiente: "El reconocimiento de la improcedencia del despido, efectuado en la carta de despido o en cualquier momento posterior, conforme al apartado 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, vincula al empresario, que no podrá alterar esta calificación ni el importe reconocido salvo error material de cálculo o subsanación en forma. Si se apreciare en sentencia un error no sustancial o excusable del empresario respecto de la cantidad debida como indemnización y, en su caso, salarios de tramitación, la sentencia declarará la improcedencia del despido y se limitará a condenar al empresario a abonar la diferencia entre lo abonado o depositado y la cuantía que corresponda, con los demás efectos del citado apartado 2 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando la diferencia en la cantidad abonada o consignada responda a un error sustancial o inexcusable, la sentencia condenará al empresario a optar entre readmisión o indemnización en la cuantía que se declare procedente, con abono de los salarios dejados de percibir, en los términos del apartado 1 del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. La percepción por el trabajador del importe ofrecido por el empresario o la retirada del importe consignado a su favor no le impiden impugnar la extinción contractual".

38 Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2003 (rec. núm. 3673/2002). Se ha entendido que existía "error excusable" en los siguientes supuestos: 1º) Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000 (rec. núm. 308/1999), a pesar de la gran diferencia entre lo depositado y lo debido depositar, la Sala entendió que era error excusable pues el Juzgado de instancia consideró correcto el cálculo efectuado por la empresa; 2º) Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2005 (rec. núm. 239/2005), escasa diferencia -157,90 euros- y salario de cálculo especialmente complejo; 3º) Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2006 (rec. núm. 3813/04, no incluyó en el cálculo del depósito el valor atribuible a las *stock options*".

al empresario a optar entre readmisión o indemnización en la cuantía que se declare procedente, con abono de los salarios dejados de percibir". No sólo eso, el precepto finalizó declarando que "la percepción por el trabajador del importe ofrecido por el empresario o la retirada del importe consignado a su favor no le impiden impugnar la extinción contractual", o lo que es igual, para el trabajador la transacción no impedía que éste pudiese impugnar la decisión empresarial. El precepto, no obstante, obviaba referencia alguna al destino del importe percibido, supuesto que la sentencia que recayese modificase la cuantía a percibir por el trabajador o declarase la nulidad del despido.

Para la doctrina, por su parte, ese último inciso no era otra cosa que la respuesta legislativa a la doctrina sentada por una sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2010³⁹, conforme a la cual "aunque existan discrepancias entre empresario y trabajador sobre el importe de la indemnización o de los salarios de tramitación, el proceso adecuado para reclamar estas cantidades será el ordinario, cuando se trate simplemente de hacer una operación matemática para el cálculo de dichos importes"⁴⁰. El art. 105.3 de la LJS no hacía otra cosa, pues, que acabar con esa tesis jurisprudencial, retomando una tesis judicial ya clásica, "aclarando que la modalidad procesal por despido es el cauce adecuado para reclamar el importe de la indemnización ...y ... salarios de tramitación ...si la discrepancia ... se debe a un error aritmético, a una discrepancia razonable sobre los conceptos o su naturaleza jurídica..., a una conducta abusiva o fraudulenta ... o a la ausencia de toda justificación razonable"⁴¹.

Como es fácil de imaginar, todo lo expresado hasta ahora no ha tenido en cuenta las modificaciones operadas en la LJS y en el Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero. Y es que si se hubiera tenido en cuenta el comentario del art. 105.3 de la LJS se hubiera reducido a lo siguiente: el novedoso precepto ha sido derogado por la Disposición Derogatoria Única 1. e)⁴².

39 Rec. núm. 3360/2009.

40 ALEGRE NUENO, M., "Las modalidades procesales", en BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M. (Dir.), La reforma del proceso laboral, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012), p. 291.

41 ALEGRE NUENO, M., "Las modalidades procesales", en BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M. (Dir.), La reforma del proceso laboral, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012), p. 292.

42 El legislador, sin embargo, no tuvo en cuenta los problemas de Derecho Transitorio que podía provocar tal derogación, sobre todo cuando la sentencia que resolvía un pleito por despido anterior a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012 era dictada ya vigente la norma; problema éste que la mayoría de la jurisprudencia de suplicación resuelve en los siguientes términos: *"debe reputarse como constitutivo de un despido improcedente con las consecuencias legales inherentes al mismo (arts. 55. 4 y 56 ET, en su redacción anterior al RD-Ley 3/2012), esto es, la opción por parte de la empresa entre su readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse su despido, o bien a satisfacerle la cantidad de 29.152,64 euros en concepto de indemnización, con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde su despido y hasta la notificación de la presente sentencia, a razón del salario diario de 87,61 euros, toda vez que la extinción del vínculo laboral por despido se produjo antes de la entrada en vigor del RD-Ley 3/2012 de 10 de febrero, que no es de aplicación en la modificación que contiene del art. 56 del ET. En tal caso, a falta de disposición transitoria sobre este particular, debe entenderse aplicable la Disposición Transitoria segunda del C.c. (tempus regit actum), que establece que los actos y contratos se regirán conforme la normativa del tiempo en que se celebraron, reforzada por el mandato del 9.3 CE que impide la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, como es el caso del mencionado Real Decreto Ley, que -según el contenido de la opción de la empresa- mantiene o suprime los de salarios de tramitación"* (sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 23 de abril de 2012 [rec. núm. 5228/2011]).

VI. LAS GARANTÍAS DEL PROCESO

El art. 106 de la LJS —rubricado "garantías del proceso"— reproduce casi *ad peddem litterae* el contenido del art. 106 de la Ley de Procedimiento Laboral⁴³. Así, mientras que su apartado uno sigue insistiendo en que, en los supuestos de acumulación de demandas por despido y por extinción por voluntad del trabajador ex art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, "habrán de respetarse las garantías que, respecto de las alegaciones, prueba y conclusiones, se establecen para el proceso de despido disciplinario", por lo que en tales casos siguen siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 105.1 de la LJS; el apartado dos, por su parte, exige de nuevo al empresario que aporte el expediente contradictorio al que se refieren los arts. 55.1 y 68 del Estatuto de los Trabajadores —en el que serán oídos además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese—, en los supuestos de despidos de "miembros de comité de empresa, delegados de personal o delegados sindicales", que "alcanza a los representantes elegidos durante su mandato y durante el año siguiente a la expiración de éste, también a los representantes electos antes de tomar posesión de sus cargos, e incluso a los candidatos proclamados para la elección en tanto dure el proceso electoral"⁴⁴, y cuya ausencia dará lugar a la declaración de improcedencia del despido.

VII. LOS NUEVOS HECHOS PROBADOS DE LA SENTENCIA

El mandato del art. 107 de la LJS sigue teniendo por destinatario al Juez de lo Social. El precepto continúa imponiéndole hacer constar en su sentencia una serie de circunstancias relativas al pleito sobre despido en el apartado relativo a hechos probados. No obstante, la nueva LJS introduce, con relación al contenido de la Ley de Procedimiento Laboral, dos novedades importantes. La primera de ellas es la reducción de los cuatro apartados del precepto —letras de la a) a la d)— a los tres actuales. La segunda de esas novedades es la adición de nuevas circunstancias que el juzgador debe aportar en las sentencias que dicte sobre despido.

En efecto, conforme a lo dispuesto ahora en la LJS, el Juez, además de la obligación de incluir en los hechos probados de la sentencia sobre despido la antigüedad del trabajador —concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios—, su categoría profesional, su salario, el lugar de trabajo, las características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido, la fecha del despido, y si el trabajador ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical; además de todo ello, decimos, la sentencia deberá incorporar el tiempo y forma de pago del salario, la modalidad y duración del contrato, la jornada, la forma del despido, las causas invocadas para el mismo, en su caso, y los hechos acreditados en relación con dichas causas, así como cualquier otra circunstancia

43 La referencia que antes se hacía al art. 32 de la Ley de Procedimiento Laboral, se hace ahora al apartado 1 del art. 32 de la LJS.

44 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997 (rec. núm. 1868/1996).

relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, como por ejemplo, la afiliación a un determinado sindicato o la presencia de un supuesto de reducción de jornada por cuidado de hijo. La norma exige ahora, entonces, en correspondencia con los nuevos requisitos de la demanda por despido del art. 104 de la LJS, que el juzgador de instancia haga referencia a todos esos extremos en su sentencia sobre despido, lo cual, por otra parte, ya venía siendo habitual en esta clase de resoluciones.

Se trata, por lo demás, de una exigencia legal que no resulta en absoluto baladí, por cuanto que la omisión de alguno de tales datos puede dar lugar en suplicación a la nulidad de la sentencia recurrida, al haber provocado al litigante (conforme a lo dispuesto en el art. 193 a] de la LJS) indefensión. Un ejemplo de ello se contiene en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 10 de marzo de 1998⁴⁵, que declaró la nulidad de la sentencia de instancia al no contenerse en ella ni el salario, ni la categoría profesional, ni los distintos contratos celebrados por los trabajadores despedidos, ya que con ello se vulneraba la exigencia contenida en los arts. 107 y 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, que imponía la declaración como probados de todos aquellos hechos que fueran trascendentes para el sentido del fallo, debiendo el juzgador por ello mismo reflejar las afirmaciones de hecho que se consideren básicas para la solución del caso concreto, sin que las omisiones del relato fáctico (que pueden haber sido subsanadas mediante la incorporación en la fundamentación jurídica de determinados hechos que se estimen como probados) intrascendentes en la solución del caso, y que no causen indefensión, puedan dar lugar a la nulidad de la sentencia de instancia, siendo además la anulación de la sentencia por insuficiencia de hechos probados la última *ratio* para el caso de que las omisiones en que haya incurrido la decisión judicial no puedan subsanarse en vía recurso.

VIII. LA AUTORIZACIÓN DE IMPOSICIÓN DE SANCIÓN ADECUADA.

Al igual que sucede con otros muchos preceptos de la nueva LJS, su art. 108 se limita a reproducir el contenido de su homólogo de la Ley de Procedimiento Laboral, en este caso con la particularidad añadida de incorporar un nuevo párrafo final a su apartado primero. Dicho precepto tenía como función primordial la de incrustar en la norma adjetiva laboral determinados aspectos sustantivos, ya recogidos —lógicamente— en el Estatuto de los Trabajadores, en concreto, en su art. 55, relativo a la posible calificación de despido. Al día de hoy, sin embargo, el legislador ha decidido que el precepto no se quede sólo ahí, sino que ha entendido que debe ir un poco más allá, por ello ha introducido en él, como novedad, un tercer párrafo en su apartado 1⁴⁶.

45 Rec. núm. 743/1997.

46 Del tenor literal siguiente: "En caso de improcedencia del despido por no apreciarse que los hechos acreditados hubieran revestido gravedad suficiente, pero constituyeran infracción de menor entidad según las normas alegadas por las partes, el juez podrá autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta, de no haber prescrito la de menor gravedad antes de la imposición empresarial de la sanción de despido; sanción que el empresario podrá imponer en el plazo de caducidad de los diez días siguientes a la firmeza de la sentencia, previa readmisión del trabajador y siempre que ésta se haya efectuado en debida forma. La decisión empresarial

En él se parte de la declaración de improcedencia del despido por parte del Juez, por no apreciarse —atendiendo a la resultancia fáctica del pleito— la gravedad necesaria para merecer el calificativo de procedente. Y es justamente sobre este pilar sobre el que se construye la novedad legal. Ahora la norma, supuesto que los hechos acreditados constituyan "infracción de menor entidad según las normas alegadas por las partes", permite al juez "autorizar la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta", siempre y cuando —eso sí— no haya "prescrito la de menor gravedad antes de la imposición empresarial de la sanción de despido". Ello, a mi modo de ver, exigirá al empresario que decida despedir tener presente, de un lado, cuál puede ser la menor sanción a imponer por la falta cometida, y del otro, el plazo de prescripción de la misma en la norma alegada en pleito, sobre la que, obviamente, pueden existir divergencias, especialmente si existen dudas sobre el convenio colectivo aplicable.

Para la norma, además, la habilitación judicial deberá hacerse efectiva en el plazo de caducidad de los "diez días siguientes" —por lo que legalmente no debieran excluirse los inhábiles⁴⁷— a la firmeza de la sentencia, siempre, lógicamente, "previa readmisión del trabajador ... en debida forma"; es decir, que sólo podrá sancionarse al trabajador si el empresario opta por readmitirlo, cumpliendo los requisitos de los art. 278 y ss. de la LJS.

Como no podía ser de otro modo, la decisión empresarial de sancionar (meramente potestativa) puede ser impugnada por el trabajador en el plazo de caducidad de "los veinte días siguientes" —de nuevo, sin excluir los inhábiles— a su notificación, a través del "incidente de ejecución de la sentencia de despido, conforme al artículo 238 [LJS]", esto es, con el tratamiento que la norma otorga a las cuestiones incidentales mediante comparecencia "en el plazo de cinco días, a las partes, que podrán alegar y probar cuanto a su derecho convenga, concluyendo por auto o, en su caso, por decreto que habrán de dictarse en el plazo de tres días", siendo el "auto resolutorio del incidente ... impugnabile en suplicación o casación ... , [y] deberá expresar los hechos que estime probados", si bien, sobre el mismo deberá entrar en juego el efecto positivo (o prejudicial) de la cosa juzgada material, que impone al juzgador la obligación de estar a lo resuelto en un proceso anterior que concluyó con sentencia firme, tal y como dispone hoy el artículo 222.4 de la LEC⁴⁸.

Se trata, por lo demás, de una novedad, sí, con respecto a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral, pero no así con relación a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular, que, cuando menos desde su sentencia de 19 de junio de 1982⁴⁹ venía considerando que "si bien es facultad empresarial ... la del poder sancionador y disciplinario sobre sus operarios ... , [resulta] atribución del juzgador la de confirmar o revocar la sanción impuesta o adecuarla a la falta cometida, si a través del juicio de valor que formule en su

será revisable a instancia del trabajador, en el plazo, igualmente de caducidad, de los veinte días siguientes a su notificación, a través de incidente de ejecución de la sentencia de despido, conforme al artículo 238".

47 Cfr. art. 133.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

48 Que afirma lo siguiente: "Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal".

49 Repertorio Aranzadi 4046/1982.

sentencia, aprecia en el último de los supuestos planteados, que los hechos acaecidos en el ámbito laboral son merecedores de sanción pero no tan grave como la impuesta por el empresario"; potestad ésta revisoria "de los actos de los particulares para ajustarlos a derecho que responde a principios generales sobre los que se asienta la administración de justicia en todos sus órdenes, y que se plasma, en el proceso laboral en varios de sus preceptos reguladores en los diversos períodos legislativos ..., reveladores todos ellos, de la facultad otorgada a los trabajadores para impugnar ante la jurisdicción laboral las sanciones que les fueren impuestas y de las atribuciones de aquélla para enjuiciarlas conforme a la normativa jurídica aplicable teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto".

Hay que confesar, no obstante, que una sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1993⁵⁰ rectificó posteriormente esa doctrina. En ella lo que se discutía era justamente saber "cuáles son las facultades que tiene atribuidas el Juez a la hora de revisar la decisión extintiva de despido producida por el empresario a consecuencia de un incumplimiento grave y culpable del trabajador", concluyendo al respecto que "en la regulación vigente de la improcedencia del despido ..., arts. 56 del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la Ley de Procedimiento Laboral ..., el empresario puede elegir entre la readmisión del trabajador o la indemnización económica como resultado de tal declaración y, en este régimen no resulta adecuado que el Juez pueda autorizar a una sanción inferior al despido, pues se le concedería al empresario una facultad que está condicionada a que su opción sea a favor de la readmisión, siendo irrealizable en el caso que elija (como la Ley le permite) la indemnización, no resultando correcto el que la sentencia contenga un pronunciamiento que no pueda cumplirse de forma incondicionada y en todo caso".

El resto de pronunciamientos del art. 108 de la LJS, como comentamos, se limitan a reproducir el contenido del art. 55 del Estatuto de los Trabajadores. Así, la norma exige en primer lugar al juzgador que califique el despido como procedente, improcedente o nulo, tras haber realizado un juicio de valor sobre la gravedad y culpabilidad de las faltas alegadas para despedir, aunque sin mencionar si dicha calificación en el fallo, supuesta la improcedencia del despido, debe o no llevar aparejada, de ser apreciada, la existencia de una infracción de menor entidad; a mi modo de ver, ello no impide que el juzgador incorpore al fallo la autorización al empresario de imponer una sanción adecuada a la gravedad de la falta, aunque sin más precisiones, no encontrándose obligado a precisar la concreta tipificación normativa de la falta cometida, quedando en manos del empresario la concreta facultad de imponer la sanción que estime apropiada, dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones; decisión empresarial esta que, como ya dijimos, puede ser revisable a instancia del trabajador por los trámites previstos para las cuestiones incidentales en ejecución.

En segundo término, el art. 108 de la LJS reproduce casi a la letra los apartados 4 y 5 del art. 55 del Estatuto de los Trabajadores, concretando los distintos efectos de la decisión empresarial de despedir disciplinariamente, así como los requisitos para una u otra

50 .Rec. núm. 3805/1992.

calificación por parte del juzgador. Finaliza el artículo indicando en su apartado 3 que "si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas del número anterior, el juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo".

Se trata de una previsión legal sobre la que coinciden doctrina y jurisprudencia al señalar que en su interpretación "no es posible compartir la tesis ... según la cual la vulneración de derechos fundamentales ha de apreciarse de oficio a tenor del art. 108.3 LPL"⁵¹, de un lado, porque en "el proceso laboral rige el principio dispositivo o de justicia rogada ... el cual dispone que los tribunales ... decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes"⁵², y la Ley de Procedimiento Laboral "establece la obligación de indicar en la demanda el derecho fundamental que se estima lesionado, como excepción a la regla general del proceso ordinario que no requiere ninguna alegación de fundamentos de derecho"⁵³, pues de "no expresarse en la demanda la vulneración pretendida se causaría indefensión a la parte demandada, que no podría defenderse adecuadamente ni practicar prueba respecto a una conducta anticonstitucional que por primera vez se le imputa en el acto del juicio; y con mayor motivo si se trata de despido, porque se invierte el orden de alegaciones .. y la vulneración se alegaría cuando ya la parte demandada ha efectuado sus alegaciones"⁵⁴; y del otro lado, porque "el art. 108.3 LPL ... no está obligando al juez a pronunciarse de oficio, sino solamente estableciendo que el posible defecto de forma del despido no exime al juez de pronunciarse sobre el móvil anticonstitucional, pero siempre que haya sido alegado y probado por la parte, con arreglo al principio dispositivo de inexcusable observancia"⁵⁵.

IX. LOS EFECTOS DEL DESPIDO

El primero de los preceptos dedicados a los efectos del despido sigue siendo el art. 109 de la LJS, que mantiene la misma redacción que la contenida en la Ley de Procedimiento Laboral, limitándose de nuevo a reproducir, aunque con ligeras variaciones gramaticales, el contenido del art. 55.7 del Estatuto de los Trabajadores. Consecuente con dicho predicado, el art. 109 de la LJS afirma al día de hoy que "si se estima el despido procedente se declarará convalidada la extinción del contrato que aquél produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación". Con ello, se "pone fin a una antigua discusión sobre el momento de la extinción del contrato, y ... sobre la eficacia de la sentencia que declaraba la procedencia del

51 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de diciembre de 2003 (rec. núm. 4754/2003).

52 *Ibidem*.

53 *Ibidem*.

54 *Ibidem*.

55 *Ibidem*. Con todo, no puede dejar de mencionarse que parte de la doctrina judicial, atendiendo a lo dispuesto en el art. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores ("Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio"), a propósito de los despidos objetivos, extiende su contenido a los supuestos de despido disciplinario (por todas, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de octubre de 2010 [rec. núm. 2089/2010]).

despido"⁵⁶, de tal manera que ahora el contrato se entenderá extinguido en la fecha de efectos notificada al trabajador, teniendo la resolución judicial resultante mero carácter declarativo.

Los efectos del despido improcedente, por su parte, se contienen en el art. 110 de la LJS. Si prestamos atención a su redacción con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2012⁵⁷ —que, dicho sea de paso, ha modificado pocos meses después de su publicación algunos artículos de la LJS, y entre ellos el que nos ocupa—, con él se incorporaron dos importantes novedades en la tramitación judicial de los pleitos por despido⁵⁸. El resto de los apartados, pese a la reforma, continúan en esencia indicando lo mismo.

Así, el apartado 1 del art. 110 repite los postulados del art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores en materia de efectos de la declaración de improcedencia del despido en instancia. De este modo, si el Juez declara el despido improcedente, deberá condenar al empresario a optar entre la "readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades"⁵⁹.

Por su parte, los restantes apartados del art. 110 de la LJS mantienen la redacción que ya les otorgaba la Ley de Procedimiento Laboral. El primero de ellos (que se corresponde con el art. 110.2 de la LJS) invierte la titularidad de la opción en el caso de despido improcedente de un representante legal o sindical de los trabajadores; opción ésta que la jurisprudencia ha extendido "al presentado o proclamado como candidato a la elección o al nombramiento de representante de los trabajadores"⁶⁰, o incluso a "aquellos empleados cuya candidatura electoral no se haya presentado formalmente antes de su despido, siempre que el proceso electoral este iniciado, la empresa conozca su condición de candidato y haya resultado elegido tras el cese"⁶¹, con el fin de proteger al trabajador para "evitar las injerencias de la empresa en el proceso electoral iniciado"⁶².

Es más, la doctrina del Tribunal Supremo sobre el particular viene desde hace más de tres lustros ampliando la protección legal hasta llegar incluso al "trabajador que es objeto de un despido improcedente, cuando ha sido representante de los trabajadores y el despido se produce dentro del año siguiente a su cese en esa representación, cualquiera que haya sido la causa del despido ..., por cuánto la protección frente al despido del trabajador que ha sido representante de los trabajadores ... quedaría vacía de contenido si, al día siguiente de su cese en funciones representativas, pudiera la empresa, unilateralmente, extinguir su contrato alegando un motivo fútil, por cuánto, aunque el despido se declarara improcedente

56 MONEREO PEREZ, J.L. (DIR), *El nuevo proceso laboral*, Comares (Granada, 2011), p. 485.

57 Cuyo art. 23 modificó el apartado 1 del art. 110 de la LJS.

58 Novedades que, por cierto, se mantienen *ad peddem litterae* en la Ley 3/2012, de 6 de julio.

59 De igual manera, la ahora letra c) del apartado 1 del art. 110 de la LJS continúa afirmando que "c) En los despidos improcedentes de trabajadores cuya relación laboral sea de carácter especial, la cuantía de la indemnización será la establecida, en su caso, por la norma que regule dicha relación especial".

60 Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2010 (rec. núm. 1596/2010).

61 *Ibidem*.

62 *Ibidem*.

y se le obligara a abonar una indemnización, quedaría burlado el fin que persiguen los preceptos legales interpretados: garantizar, al menos durante su mandato y un año después, que el empresario no tome represalias directas o indirectas contra quien tiene o ha tenido la representación de sus compañeros de trabajo, pues, en definitiva la realidad es que el temor a ser despedido sin motivo fundado al cesar en funciones representativas, aunque se vaya a percibir una indemnización, restringe la libertad de actuación del representante"⁶³.

El apartado 3 del art. 110 LJS impone al titular de la opción su ejercicio dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin necesidad de esperar por su firmeza en caso de que la declaración de improcedencia se haga en la instancia. La opción deberá ejercitarse, según la norma, "mediante escrito o comparecencia ante la oficina del Juzgado de lo Social", esto es, bien por escrito dirigido al órgano judicial, bien verbalmente ante el Secretario Judicial (opción esta que lógicamente deberá ser documentada). El incumplimiento de tales requisitos produce como efecto tener por no ejercitado expresamente el derecho de opción, y por ende, la readmisión forzosa del trabajador⁶⁴, sin que pueda tener valor a tales efectos el acuerdo extraprocesal entre las partes⁶⁵.

Por último, el art. 110.4 LJS permite al empresario, cuando el despido haya sido declarado improcedente por haber incumplido los requisitos de forma que impone el art. 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, y se haya optado por la readmisión, efectuar un nuevo despido dentro del plazo de siete días desde que la sentencia, sea o no firme, haya sido notificada, que surtirá efectos desde la fecha en que se produzca. Se trata de un supuesto clásico de "facultad limitada de subsanación o corrección de los defectos formales del acto de despido que ... la Ley de Procedimiento Laboral ... reconoce al empresario ... para el supuesto en que tal subsanación de los defectos formales del despido inicial se lleve a cabo en la situación jurídica creada por un despido incorrectamente formalizado o en la situación jurídica creada por una sentencia que califica a un despido como improcedente por defecto de forma en el supuesto legal del art. 110.4 de la LPL"⁶⁶. En estas ocasiones, se habilita al empresario (en el plazo "civil" de siete días) para que repita el acto extintivo, alegando idénticas causas de despido, al haber omitido alguno de los requisitos formales legalmente exigibles, tanto si se trata de un despido disciplinario, como de un despido objetivo o colectivo, habida cuenta la aplicación de esta concreta modalidad procesal a todos los procesos judiciales sobre extinción contractual.

Como se anunció anteriormente, el art. 110 de la LJS incorpora dos novedades en materia de efectos del despido improcedente. La primera de ellas es la contenida ahora

63 Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2009 (rec. núm. 180/2008). Al respecto de la doctrina aplicable a los representantes sindicales, véase la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2008 (rec. núm. 4359/2007), o la sentencia de ese mismo Tribunal de 29 de diciembre de 1998 (rec. núm. 4473/1997), para la cual basta con perder la condición de representante sindical para que se altere el sistema de opción.

64 Conforme al art. 56.3 del Estatuto de los Trabajadores, "en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera".

65 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 23 de julio de 2002 (rec. núm. 366/2002).

66 Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2000 (rec. núm. 3375/1999).

(tras la reforma de 2012) en la letra a) de su apartado 1⁶⁷. Como se sabe, el inmodificado (con relación a la Ley de Procedimiento Laboral) art. 110.3 de la LJS ordena al elector optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia entre la readmisión y la indemnización. Ahora, en cambio, la LJS (en su art. 110.1 a)) permite al titular de la opción anticiparla, dejando así prácticamente sin contenido el propio apartado 3 de ese mismo precepto, ya que la norma habilita al empresario a anticipar la opción en el acto del juicio, afirmando que en él "la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 111 y 112".

Lo que más llama la atención de la modificación legal es que suscita la siguiente reflexión: cómo puede el titular de la opción anticiparla si aún no conoce el fallo de la resolución que resuelva el litigio sobre despido (recuérdese que la norma no exige al juzgador atenerse a la opción, sino que únicamente habla de pronunciarse sobre ella en la sentencia), sobre todo tras haberse eliminado el denominado "despido exprés" en la reforma laboral de 2012. La explicación más plausible (de existir alguna) es aquella que pasa por entender el ejercicio de la opción en todo caso independientemente del posible pronunciamiento judicial ("por si acaso"), sin tener que esperar así al momento en que se dicte la sentencia, de tal manera que el juez omita la posibilidad de opción en el fallo, condenando al empresario según el sentido de la opción ya ejercitada.

No obstante, ello entraría en contradicción con el propio art. 110.1 de la LJS, que impone al Juez de lo Social, en caso de improcedencia del despido, condenar al empresario a optar entre abonar o readmitir. Con todo, creo que el precepto admite tres posibilidades, a saber: 1ª) anticipar la opción al efecto de llegar al acuerdo conciliatorio al que se refiere el art. 85.8 de la LJS, tras haber al Juez "suscitado" la posibilidad de pactar la improcedencia del despido; 2ª) optar, y que el Juez limite la condena al sentido de dicha opción; y 3ª) optar, consignando en el acta el sentido de la misma, sin que exista necesidad de reiterarla aun cuando se siga concediendo la opción legal en la sentencia. A este respecto, no está de más poner de manifiesto que los Tribunales Laborales ya venía admitiendo como válida esta última posibilidad.

Así lo demuestra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de junio de 1997⁶⁸, en la que la empresa en el acto del juicio (así consta en el acta del mismo) "solicitó se dictase sentencia conforme a lo dispuesto en el art. 110.4 de la LPL, optando ya ahora la empresa por la readmisión, y recayendo Sentencia dictada por el Juzgado ... por la que se declaró improcedente el despido y se condenó a la demandada a que en el plazo de cinco días desde la notificación de dicha resolución, opte por la readmisión del trabajador en las mismas condiciones laborales que regían antes de producirse el despido o que le indemnice". Ante la ausencia de esa opción tras la sentencia, el trabajador solicitó la

67 Antes de la reforma de 2012, la letra era la b) del art. 110.1.

68 Rec. núm. 2262/1997.

ejecución de la misma, interesando se dictase resolución por la que se declarase extinguida la relación laboral, lo que fue admitido por el juzgador de instancia. El Tribunal Gallego, sin embargo, dio plena validez a la opción empresarial efectuada en el acto del juicio, sin que quepa por lo tanto hablar en estas ocasiones "de no readmisión o de readmisión irregular desde el momento en que la empresa ya en el acto de juicio optó por la readmisión", ya que "la opción por la readmisión realizada por la empresa en el acto de juicio fue un hecho «conocido» por el trabajador, debidamente documentado en el acta del mismo, que fue suscrita por todas las partes litigantes".

La última de esas dos novedades pretende facilitar la extinción del contrato de trabajo cuando se constata el cierre de la empresa, o mejor, la imposibilidad de readmisión del trabajador. Hasta la reforma, el único precepto que se ocupaba de todos aquellos supuestos en los cuales ha quedado acreditada la imposibilidad de readmitir al trabajador por cierre de la empresa o cese de su actividad, o por cualquier otra causa de imposibilidad material o legal de continuar la prestación de servicios era el art. 284 de la Ley de Procedimiento Laboral (hoy, art. 286 de la LJS), limitando su aplicabilidad (derivada de su ubicación legal) a la ejecución de sentencias firmes de despido.

En cambio, el ahora art. 110.1 b) de la LJS permite en la actualidad que, "a solicitud de la parte demandante", el Juez pueda acordar, supuesta la declaración de improcedencia, "tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación ... y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia, y los salarios de tramitación, cuando procedan, hasta dicha fecha". Para ello, la ley únicamente exige que "constare no ser realizable la readmisión", con lo que no resulta estrictamente necesario que la parte actora acredite la imposibilidad de readmisión, bastando con que la misma le conste al juzgador, por ejemplo, si existen pleitos anteriores sobre la misma empresa en los cuales la readmisión haya devenido imposible.

En su momento (esto es, antes de la reforma de 2012) el precepto obligaba a condenar al empresario al abono de los salarios de tramitación hasta la fecha de la sentencia, no hasta la fecha de su notificación, como ordenaba el art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores (también antes de la reforma de 2012). La respuesta a esa paradoja legal se contenía en una sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2009⁶⁹, para la cual la solución del art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores "no resulta la decisión coherente cuando se decreta en la propia sentencia la imposibilidad de readmitir. Resultaría que la consecuencia, cuando tal imposibilidad se declarara o se acreditara posteriormente, sería la contemplada en el art. 284 en relación con el art. 279.2 ambos de la LPL, en el que se dispone expresamente que «se computará, como tiempo de servicios, el transcurrido hasta la fecha del auto» en el que se extingue la relación laboral".

Pero con ser curioso todo eso, lo que finalmente se revelaba como verdaderamente llamativo era que esa sentencia se estaba refiriendo al supuesto de hecho que recoge ahora el art. 110.1 b) de la LJS, con lo que de nuevo nos encontramos con que la LJS no hace otra

69 Rec. núm. 2832/2008.

cosa que positivizar doctrina ya consolidada del Tribunal Supremo, en concreto la contenida en esa su sentencia de 6 de octubre de 2009, relativa a "determinar si en el supuesto en el que, por cese o cierre de la empresa, se decretara directamente en la propia sentencia en la que se declara la improcedencia del despido la extinción de la relación laboral ..., el cómputo del tiempo de servicios a efectos de fijar el importe indemnizatorio debe abarcar desde inicio relación laboral hasta la fecha del despido o hasta la fecha de la sentencia en que se declara extinguida la relación laboral", y en la que se concluyó que "a efectos de la indemnización por despido debe computarse como tiempo de servicios el transcurrido desde el inicio relación laboral hasta la fecha sentencia de instancia que declara extinguida la relación laboral".

La jurisprudencia laboral venía, pues, admitiendo la posibilidad de declarar en sentencia extinguida la relación laboral, tras estimar la improcedencia del despido, cuando resultara imposible la readmisión del trabajador. Así lo prueba, por ejemplo, una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de abril de 2010⁷⁰, para la que —conforme a lo dispuesto en los arts. 279 y 284 de la Ley de Procedimiento Laboral— cabe "entre las opciones de contenido de la sentencia en la que se declare improcedente un despido, ... que, por cese o cierre de la empresa y consecuente imposibilidad de readmitir, se decretara directamente en la propia sentencia en la que se declara la improcedencia del despido la extinción de la relación laboral existente entre las partes"; es más, la propia sentencia no duda en afirmar que "la solución judicial de adelantar la extinción contractual y efectuarla en la propia sentencia que declara la improcedencia del despido en los supuestos de acreditada imposibilidad de readmisión favorece al empresario, en cuanto reduce la cuantía indemnizatoria y los salarios de tramitación al no tenerse que esperar al momento de dictarse el auto resolutorio del incidente de no readmisión para la extinción y fijación de tales cuantías indemnizatorias superiores".

El art. 111 de la LJS —rubricado "efectos del recurso contra la sentencia de declaración de improcedencia del despido"— se limitaba, antes de la reforma de 2012, a efectuar una serie de retoques estéticos con relación a la redacción anterior de la Ley de Procedimiento Laboral, manteniendo el contenido esencial del mismo. La finalidad del precepto seguía siendo concretar los efectos derivados de la impugnación, por cualquiera de las partes litigantes, de la sentencia que hubiera declarado improcedente el despido. El primero de ellos (que se mantiene tras la reforma de 2012) resultaba ser la obligación impuesta al empresario de proceder a la readmisión del trabajador de forma provisional si se hubiera optado por ésta, en los términos, dice ahora la LJS (he aquí el retoque estético), establecidos por el art. 297 LJS⁷¹.

El segundo efecto (contemplado por la letra b) del art. 111 LJS, que ha sido modificada por el Real Decreto-ley 3/2012⁷²) trata el supuesto en el cual el empresario haya optado por la indemnización, y en él se sigue insistiendo⁷³ en que en tales casos, tanto en el supuesto

70 Rec. núm. 5565/2009.

71 La antigua Ley de Procedimiento Laboral hacía referencia a su art. 295, que se corresponde ahora con el art. 297 LJS.

72 En concreto, en su art. 23.2.

73 Sobre la polémica judicial suscitada desde la incorporación al texto legal de este concreto efecto legal, véase RON LATAS, R.P., "La situación legal de desempleo creada por el artículo 111.1 b) LPL-95; comentario a una STSJ Galicia de 13 diciembre 1995", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña*, 1997, núm. 1, ps. 627 y ss.

de que el recurso fuere interpuesto por éste como por el trabajador: 1º) no procederá la ejecución provisional de la sentencia, aunque ahora se sustituye esta última expresión por la de "no procederá la readmisión mientras penda el recurso"; y 2º) durante la tramitación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario, añadiéndose como novedad que así será según lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 208 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio⁷⁴, lo cual, a la vista del precepto, resulta reiterativo e inútil.

El resto del precepto mantiene su redacción primigenia. Los dos últimos párrafos del art. 111.1 de la LJS continúan indicando, de un lado, que cuando la sentencia que resuelva el recurso haya elevado la indemnización, el empresario en cinco días tras la notificación podrá cambiar el sentido de la opción, y, supuesto que opte ahora por la readmisión, ésta "retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo", debiendo ingresar el empresario "la citada cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador, ... en la Entidad gestora". Por otro lado, el último párrafo del art. 111.1 LJS concluye que "a efectos del reconocimiento de un futuro derecho a la protección por desempleo, el período al que se refiere el párrafo anterior se considerará de ocupación cotizada".

El apartado 2, y último, del art. 111 LJS repite (ya se dejó escrito) lo dispuesto en el art. 111.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, afirmando que la opción ejercitada por el empresario se tendrá por no hecha si el Tribunal Superior al resolver el recurso declara nulo el despido; lo cual resulta lógico, habida cuenta el necesario efecto de la declaración de nulidad del despido, cual es (según el propio art. 113 de la LJS) "la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir". Cuando la declaración de improcedencia se confirme, en cambio, "el sentido de la opción no podrá ser alterado", lo cual, en palabras de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 28 de febrero de 2005⁷⁵, significa que "cuando la sentencia es confirmada pues entonces lo ejecutado provisionalmente seguirá adelante (o se consolidará) como definitivo".

En fin, como ya se dejó escrito, el Real Decreto-ley 3/2012 se ha ocupado, en su art. 18 de la modalidad procesal de despido, modificando sus art. 110.1 y 111.1 b). La llevada a cabo en el art. 110.1 de la LJS tiene por único objetivo eliminar toda referencia a los salarios de tramitación cuando el empresario opte por indemnizar al trabajador, consecuencia necesaria de las modificaciones operadas por esa misma norma en la regulación sustantiva del despido y que ya hemos comentado. La segunda de esas modificaciones, por su parte, lo único que

74 "En el supuesto previsto en el apartado 1, letra b) del artículo 111 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, durante la tramitación del recurso contra la sentencia que declare la improcedencia del despido el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario, con derecho a percibir las prestaciones por desempleo, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en el presente Título, por la duración que le corresponda conforme a lo previsto en los artículos 210 ó 216.2 de la presente Ley, en función de los períodos de ocupación cotizada acreditados".

75 Rec. núm. 2207/2003.

hace es de nuevo evitar cualquier mención relativa a los salarios de tramitación cuando el empresario opte por indemnizar al trabajador.

Acabamos de concluir que el art. 111 de la LJS únicamente presenta meros retoques estéticos frente a su inmediato precedente en la Ley de Procedimiento Laboral. Pues bien, lo mismo que se acaba de relatar con relación a él puede predicarse, *mutatis mutandis*, del art. 112 de la LJS. En él se contemplan de nuevo los efectos derivados de la declaración de improcedencia del despido en sede judicial, aunque ahora referidos a los representantes legales o sindicales de los trabajadores, a los que, bien sabido es, corresponde la opción legal⁷⁶. Como se puede imaginar fácilmente, esos efectos son prácticamente los mismos que los predicados por la norma cuando el despido es un trabajador ordinario y la sentencia que declara la improcedencia es recurrida, con la particularidad de que aquí es el propio despido el que decide si opta por la readmisión o por la indemnización.

Así, cuando el trabajador opta por la readmisión (sea cual fuere la parte que recurra la sentencia), la norma indica ahora que habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 297 de la LJS, cuando antes la referencia era al art. 295 de la Ley de Procedimiento Laboral, es decir, que la ley adjetiva laboral sigue remitiéndose a lo que se disponga en materia de ejecución provisional de las sentencias por despido. Cuando, en cambio, el trabajador opte por la indemnización (de nuevo sea cual sea la parte recurrente), el art. 112.1 b) de la LJS indica lo mismo que indicaba el art. 112.1 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, con la salvedad de que se sustituye la expresión "no procederá la ejecución provisional de la sentencia", por la nueva fórmula ritual siguiente: "no procederá la readmisión ni el abono de salarios mientras esté pendiente el recurso".

Por lo demás, el art. 112.1 de la LJS sigue repitiendo el contenido del art. 112.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, a saber: 1º) durante la sustanciación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario; 2º) si la sentencia que resuelve el recurso interpuesto por el empresario disminuyera la cuantía de la indemnización, el trabajador, dentro de los cinco días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal caso, la readmisión retrotraerá a sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo; 3º) la citada cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador, habrá de ser ingresada por el empresario en la Entidad gestora; y 4º) a efectos del reconocimiento de un futuro derecho a la protección por desempleo, el período al que se refiere el párrafo anterior se considerará de ocupación cotizada.

Se repite, pues, en el precepto lo ya expresado con relación al trabajador ordinario, de tal manera que todo lo relatado *ut supra* puede ser perfectamente extrapolable a los despidos de los representantes legales o sindicales de los trabajadores. Tan es así que el

76 Conforme al art. 56.4 del Estatuto de los Trabajadores, en efecto, "si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será obligada".

último apartado del art. 112 de la LJS repite *ad peddem litterae* el contenido del art. 111.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, indicado que "cualquiera que sea el sentido de la opción ejercitada, ésta se tendrá por no hecha si el tribunal superior, al resolver el recurso, declarase nulo el despido", y "cuando se confirme la sentencia recurrida, el sentido de la opción no podrá ser alterado".

El último de los artículos de la LJS dedicados a la modalidad procesal de despido disciplinario resulta ser, al igual que sucedía con la Ley de Procedimiento Laboral, el art. 113, y al igual que él se ocupa únicamente de los efectos de la declaración de nulidad del despido. El primero de esos efectos resulta ser la "inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir", esto es, los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la readmisión, "de modo que los salarios que se abonen desde la readmisión, aunque se haya formulado recurso contra la sentencia, no tendrán en modo alguno la condición de salarios de tramitación"⁷⁷ a los efectos de la reclamación al Estado del pago de salarios de tramitación en juicios por despido.

El postrero inciso del art. 113 de la LJS se remite como siempre a la ejecución provisional de las sentencias por despido, indicando que la sentencia será "ejecutada de forma provisional ..., tanto si fuera recurrida por el empresario como si lo fuera por el trabajador", ahora en los términos establecidos en el art. 297 de la LJS, cuando antes la referencia se hacía al art. 295 de la Ley de Procedimiento Laboral. Conviene advertir, eso sí, que ahora, además de la obligación del empresario de satisfacer al trabajador "la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad a producirse aquellos hechos y continuará el trabajador prestando servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna", se pueden adoptar las medidas cautelares a las que se refieren los arts. 79 y 180 de la LJS.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 13 de mayo de 2009 (rec. núm. 1694/2008).