

Incluye



Tratado del despido

Director

Juan José Fernández Domínguez

■ LA LEY

Tratado del despido

Director

Juan José Fernández Domínguez

© Varios autores, 2018
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: diciembre 2018

Depósito Legal: M-39179-2018

ISBN versión impresa: 978-84-9020-285-2

ISBN versión electrónica: 978-84-9020-364-4

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

al trabajador durante el período de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes. Ello no impide, sin embargo, que el contrato pueda resolverse mientras el período de prueba está interrumpido por incapacidad temporal [STS 12 de diciembre de 2008 (rec. 3925/2007) (LA LEY 226105/2008) o STSJ Cataluña 15 de febrero de 2018 (rec. 6910/2017) (LA LEY 44102/2018)], incluso cuando esta deriva de accidente de trabajo [STS 12 de julio de 2012 (rec. 2789/2011) (LA LEY 142335/2012)], en tanto una extinción bajo tales circunstancias no debe reputarse *per se* abusiva o contraria a algún derecho fundamental [SSTS 20 de enero de 2014 (rec. 375/2013) (LA LEY 6655/2014) o 3 de octubre de 2008 (rec. 2584/2007) (LA LEY 176248/2008)].

En fin, transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa. Otro efecto se contempla en el art. 52.a) ET, según el cual, si bien el contrato puede extinguirse por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa, es preciso tener presente que la ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento. Esto es así debido a la propia finalidad de la misma: dado que su objeto es acreditar la idoneidad del trabajador para el empleo que motiva el contrato y el logro de ese objetivo lo condiciona todo, si el trabajador no acredita la aptitud debida puede el patrono desistir del contrato libremente, pero si se supera el período de prueba, al entenderse acreditada la idoneidad, no cabe rescindir libremente el contrato por ineptitud, salvo que sea sobrevenida [STS 23 de octubre de 2008 (rec. 2423/2007) (LA LEY 184900/2008)].

III. PACTOS INDEMNIZATORIOS

El ET contempla diversas indemnizaciones asociadas a incumplimientos empresariales, pero que carecen de carácter de *restitutio in integrum* de la totalidad del daño causado que es propio de las indemnizaciones de daños y perjuicios [SSTS 20 de septiembre de 1990 (sent. 1239/1990) (LA LEY 1546-JF/0000)]. En las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato, aquellas no resarcen la pérdida del empleo por parte del trabajador, de modo que únicamente en caso de despido nulo con reintegro en el puesto de trabajo se produce un resarcimiento total, que se produce *in natura*.

De este modo, la indemnización a cargo de las empresas se calcula en función del tiempo de prolongación de la relación laboral, evidenciando que

no guarda una relación de identidad con los perjuicios que pueda sufrir realmente el trabajador como consecuencia del despido improcedente sin readmisión. Se trata de una indemnización *ex lege*, valorada en función de los criterios mencionados, pero sin tomar en cuenta de forma expresa datos como, por ejemplo, el tiempo necesario o la dificultad existente para encontrar un nuevo empleo; tales circunstancias en nada afectan al cálculo. En consecuencia, cabe concluir que esta indemnización legal que abona la empresa es concebida como una cantidad que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios (aunque no se calcula en función de los mismos) y que opera (si bien *ex lege*) de un modo similar a como lo hace una cláusula penal [STC 24 de enero de 1984 (sent. 6/1984) (LA LEY 8478-JF/0000)].

Se trata de un sistema que unas veces beneficiará y otras perjudicará al trabajador, quien, por una parte, se verá liberado de la necesidad de acreditar los daños y perjuicios sufridos, pues su existencia se encuentra amparada con una presunción *iuris et de iure*, pero, de otra, queda privado de acreditar que los que sufre alcanzan en verdad una dimensión económica superior a la que resulta de las precisas reglas de valoración que contiene la norma estatutaria [STS 23 de octubre de 1990 (rec. 527/1990) (LA LEY 1778-JF/0000)].

Al haberse adoptado la decisión de política socioeconómica consistente en fijar indemnizaciones legales tasadas, el órgano judicial no puede hacer un análisis casuístico para determinar una cantidad diferente a la contemplada, rígidamente, en la ley. El parámetro básico viene dado por la indemnización prevista para el despido disciplinario (treinta y tres días de salario por año de servicio con un tope de veinticuatro mensualidades, ex art. 56.1 ET), aplicable también a la extinción por voluntad del trabajador pero fundada en incumplimiento del empresario (art. 50 ET). El esquema no difiere en los supuestos de despido colectivo, objetivo o por opción del empleado en caso de traslado, aunque en este caso la cuantía sea de veinte días de salario por año de servicio con un máximo fijado en doce mensualidades (arts. 51.4, 53.1 y 40.1 ET); asimismo, en la extinción por modificación sustancial de condiciones que perjudique al trabajador (también veinte días, pero con el tope de solo nueve mensualidades, art. 41.3 ET).

Este cálculo automático y sus componentes (salario y antigüedad) han sido objeto de un estudio jurisprudencial exhaustivo, reflejado en los apartados correspondientes de esta obra. Baste aquí, por tanto, con señalar que la estructura extintiva diseñada por el legislador (procedimiento, indemnización, etc.) admite una *reformatio in melius* o incluso una transacción [STS 23 de mayo de 2005 (rec. 1753/2004) (LA LEY 12861/2005)], en todo caso,

con el límite dado por la indisponibilidad por parte de los trabajadores de derechos irrenunciables (art. 3.5 ET).

Así las cosas, y salvo prohibición legal expresa, son factibles los denominados «pactos indemnizatorios», ya sea referidos a cualesquiera causas extintivas que tengan asociado el pago de una indemnización, ya solo a algunas de ellas: cuando se haya pactado para una concreta causa de extinción, solo a ella resultará aplicable la mejora [STS 17 de abril de 1996 (rec. 3078/1995) (LA LEY 5451/1996)]. Asimismo, el pacto puede hacer referencia únicamente a alguno de los elementos del cálculo de su cuantía (aumentar los días, considerar salario partidas dudosas, alterar la antigüedad a valorar, etc.) o a su montante final.

Estos pactos pueden formar parte del contrato de trabajo (por acuerdo de las partes o por voluntad unilateral del empresario), en cuyo caso podrán figurar en el *ab initio* o incorporarse con posterioridad a lo largo de la vida de la relación laboral; también pueden proceder de la negociación colectiva. Cuando su origen sea un pacto colectivo, este será el que determine su régimen jurídico [SSTS 20 de marzo de 1996 (rec. 3350/1995) (LA LEY 4314/1996) y 6 de octubre de 2009 (rec. 2036/2008) (LA LEY 233313/2009)]. En algunos casos, la propia norma legal alude a este posible acuerdo, como ocurre con la llamada al convenio colectivo efectuada por el art. 49.1.c) ET respecto a la extinción de los contratos temporales, o con el acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores en los despidos colectivos, enmarcado en el régimen jurídico para él diseñado por el art. 51.3 ET.

Mención expresa merecen, en fin, los altos cargos directivos, no en vano el art. 11 del RD 1382/1985, de 1 de agosto, establece que el contrato puede extinguirse por desistimiento del empresario, en cuyo caso el alto directivo tendrá derecho en estos casos a las indemnizaciones pactadas en el contrato; sin embargo, a falta de pacto la indemnización será equivalente a siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades. En caso de despido disciplinario declarado improcedente, se estará a las cuantías que se hubiesen pactado en el contrato, siendo en su defecto de veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades.

Como ha señalado el Tribunal Supremo, es preciso determinar si este precepto permite o no que las partes pacten la extinción *ad nutum* por voluntad unilateral del empresario sin derecho del trabajador a indemnización

alguna, procediendo concluir que no, pues la disposición se compone de los siguientes tres elementos normativos:

a) El legislador confiere directamente al alto directivo un derecho incondicionado a percibir una indemnización cuando su contrato se extinga por voluntad unilateral del empresario sin necesidad de justa causa alguna; desistimiento, conforme indica el precepto con toda propiedad.

b) El legislador, sin embargo, no establece directamente la cuantía de dichas indemnizaciones, sino que se remite a la que pacten las partes.

c) El legislador, en fin, establece una regla subsidiaria para el caso de que las partes no hayan pactado tal cuantía.

Así pues, dada esta estructura y contenido del precepto, no parece lógico interpretar que el legislador permita un pacto cuyo contenido no se limite a fijar una cuantía diferente a esa subsidiaria, sino que consista, lisa y llanamente, en eliminar toda indemnización. Si fuera así, el legislador incurriría en una palmaria contradicción con lo que él mismo establece primero de manera terminante. Resultarán factibles, pues, modulaciones varias del derecho, pero nunca su completa ablación [STS 22 de abril de 2014 (rec. 1197/2013) (LA LEY 90987/2014)].

IV. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «Mutuo disenso, condición resolutoria, término final», en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «Suspensión y extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo y por causas consignadas en el contrato», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100 (2), 2000.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Pactos indemnizatorios en la extinción del contrato de trabajo*, Civitas, Madrid, 1990.

ARETA MARTÍNEZ, M., «Configuración del contrato de trabajo II: Forma, condición y término», en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A. V., Dir.), *El contrato de Trabajo. Volumen I. Régimen general del contrato de trabajo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2010.

BALLESTER PASTOR, M.^a. A., *El período de prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.



Papel

Digital

ACCESO ONLINE A SMARTECA:
consulte página inicial de la obra

Este Manual ha sido concebido con el propósito doble de ser una guía docente para el alumno y un instrumento útil para el profesional del Derecho. Contribuye, por tanto, un texto para el estudio de quienes se inician o quieren profundizar en el conocimiento de las distintas variantes en la finalización de la relación laboral y un libro de consulta eficaz y de manejo fácil para cuantos han de aplicar el ordenamiento laboral.

Intenta cubrir, de este modo, un hueco que no pueden ocupar otros manuales al uso, ni tampoco monografías especializadas en la materia. Los primeros porque, al abordar el examen de todo el Derecho del Trabajo, deben compendiar necesariamente muchas cuestiones sustanciales relativas a la extinción del contrato que aquí cabe perfilar con más detalle. Las segundas debido a que, al focalizar la atención en alguna o algunas de sus causas concretas para tratarlas con exhaustividad, pierden parte de la visión de conjunto que aquí se trata de satisfacer.

Bajo una sistemática sencilla y el permanente acompañamiento del parecer de los Tribunales, los autores vuelcan su experiencia como docentes, investigadores y profesionales del foro para ofrecer una visión práctica de las diversas formas bajo las cuales puede finalizar el contrato: el mutuo acuerdo originario (término y condición) o sobrevenido; el despido en sus diferentes modalidades de disciplinario, objetivo, colectivo (incluida la singular situación cuando se suscita en concurso) u obediente a razones de fuerza mayor; los supuestos causal y no causal del desistimiento del trabajador; las eventualmente derivadas de la muerte, declaración de incapacidad de ambas partes; en fin, y como colofón acorde con el propósito enunciado, las cuestiones procesales más salientes que suscita el despido en sus distintas formas y fases.

ISBN: 978-84-9020-285-2



3652K28544



Wolters Kluwer