

CONSIGNACIÓN. INDEMNIZACIÓN. LIBERACIÓN DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN*

ALICIA CATALÁ PELLÓN**

Resumen: Análisis del artículo 56.2 del ET, después de la reforma introducida en el mismo, por la Ley 45/2002 de 12 de diciembre. Requisitos para paralizar salarios de tramitación. Reconocimiento empresarial de improcedencia. Oferta de la indemnización. Oferta plena, adecuada y no condicionada. Doctrina del error. Error excusable en el RD Ley 10/2010 y Ley 35/2010. Depósito judicial y otros medios igualmente eficaces para paralizar salarios de trámite como pago realizado a través de cheque o en metálico. Examen y evolución jurisprudencial de los efectos del artículo 56.2 del ET. **Palabras clave:** Despido, Despido improcedente, Oferta de indemnización, Error. Salarios de trámite.

Abstract: Analysis of Article 56.2 of the Spanish Worker's Statute, following the reform introduced in it, by Law 45/2002 of 12 December. Requirements to halt processing wages. Corporate recognition of impropriety. Offer of compensation. Offer full, adequate and unconditional. Error doctrine. Excusable error in the Royal Decree Law 10/2010 and Law 35/2010. Deposit in Court and equally effective means to paralyze processing wages, treated as salary payments made by check or cash. Through study of the evolutions of Court decisions of the meaning of Article 56.2 of the Spanish Worker's Statute.

Keywords: Dismissal, Unfair dismissal, Offer of compensation, Error, Processing wages.

SUMARIO: I. UNA APROXIMACIÓN AL ARTÍCULO 56.2 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES; 1. Nociones generales sobre el artículo 56.2 del ET; 2. Requisitos para la paralización de los salarios de tramitación; II. RECONOCIMIENTO EMPRESARIAL DE IMPROCEDENCIA; 1. Naturaleza jurídica del reconocimiento: Declaración de voluntad unilateral del empresario no sujeta a requisitos de forma; 2. Plazo para reconocer la improcedencia del despido; III. OFRECI-MIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN; 1. Naturaleza; A. La oferta como requisito imprescindible para la paralización de salarios de trámite; B. Plenitud e incondicionalidad; 2. Doctrina del error; A. No sustancial o excusable; B. Sustancial o no excusable; C. Alcance del error, desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del

* Fecha de recepción: 18 de octubre de 2010.

Fecha de aceptación: 23 de noviembre de 2010.

** Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Correo electrónico: a.catala@poderjudicial.es.

mercado de trabajo, en los despidos objetivos por causas económicas; IV. DEPÓSITO DE LA INDEMNIZACIÓN. OTROS MEDIOS CON EFICACIA LIBERATORIA; 1. Depósito en el Juzgado de lo Social; A. Delimitación del Juzgado territorialmente competente; B. Elección de fuero equivocado; 2. Otros medios; A. Transferencia bancaria; B. Pago en metálico; C. Cheque bancario; V. COMUNICACIÓN AL TRABAJADOR; VI. CONCLUSIONES.

I. UNA APROXIMACIÓN AL ARTÍCULO 56.2 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

El artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores¹ (en adelante ET), en su redacción actual consecuencia de la vigente Ley 45/2002, de 12 de diciembre², de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad³, establece que “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”.

¹ Norma, cuya complejidad resalta la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2009 (Recurso número 71/2009). Magistrada especialista de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

² En SEMPERE NAVARRO, A. V., y MARTÍN JIMÉNEZ, R., “*El despido aspectos sustantivos y procesales*”, Thomson Aranzadi, Navarra 2004, p. 50, se describe el contexto en el que la Ley fue aprobada, en el seno de un “tobogán de ... cambios normativos en el año 2002”, afirmándose que aun cuando desde “algunos ámbitos se esté apuntando lo curioso del resultado final: aprobación de una ley para dejar las cosas exactamente igual a como estaban con el anterior Real Decreto Ley 5/2002 de 24 de mayo”, la realidad es mucho más matizada y compleja ... puesto que no se ha precedido a la mera derogación del RD Ley ni a la reproducción de los textos legales primigenios...”.

³ SEMPERE NAVARRO, A. V., y MARTÍN JIMÉNEZ, R., “*El despido aspectos sustantivos y procesales*”, cit., p. 604. La norma reimplantó los salarios de tramitación con carácter general para todos los despidos no ajustados a derecho eliminando el efecto perverso de su falta de devengo en los despidos improcedentes sin readmisión.

El citado precepto, experimentó una significativa reforma⁴ con respecto a la redacción anterior operada por Ley 11/1994, de 19 de mayo⁵, por la que se modifican determinados artículos del ET, del Texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, no solo por no referir a un momento temporal concreto ni adjetivar el “dies ad quem” para reconocer la improcedencia (como conciliación “previa”, utilizando en su lugar y sin mayor precisión el término conciliación), sino porque en la redacción originaria ni era necesario que el ofrecimiento de la indemnización y el depósito de la indemnización se pusieran en conocimiento del trabajador, ni se preveía la facultad de extinción del contrato de trabajo desde la fecha del despido de cumplirse los requisitos actualmente detallados en la norma, ni se contemplaba tampoco la posibilidad de que el trabajador no aceptara la indemnización y el despido fuera declarado improcedente en sede judicial.

La norma, dejada intacta a pesar de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (vigente del 18 de junio al 18 de septiembre de 2010) y de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (vigente desde el pasado 19 de septiembre), se construye sobre dos premisas: 1) “...Anticipar la transacción sobre el despido con respecto al acto formal de conciliación, a través de la iniciativa empresarial de ofrecer al trabajador el reconocimiento de la improcedencia del despido y el abono de la indemnización correspondiente debidamente garantizada. Que se trata de abrir la posibilidad de una transacción es indudable, pues el precepto legal se refiere al ofrecimiento empresarial y a su aceptación por parte del trabajador, aparte de insistir en que tal ofrecimiento ha de ponerse “en conocimiento” del trabajador”; y 2) Evitar que, mediante acciones estratégicas, pueda provocarse una continuación artificial del proceso con la única finalidad de prolongar el devengo de los salarios de tramitación, se prevé la posibilidad de paralizar ese devengo, siempre que se cumplan dos condiciones: a) Que el trabajador tenga conocimiento del ofrecimiento empresarial, pues sólo quien conoce los términos de una oferta puede pronun-

⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V., y MARTÍN JIMÉNEZ, R., “*El despido aspectos sustantivos y procesales*”, cit., p.52, en el sentido de que “de manera hábil podría decirse, la norma aprovecha la benevolencia con que se la contempla (en contraposición a su predecesora) desde ámbitos sindicales y otorga a las empresas la posibilidad de abaratar sus despidos improcedentes mediante la eliminación de los salarios de tramitación; lo que sucede es que no lo prescribe así *ex lege* sino que introduce al efecto, un sistema más delicado y dependiente de la voluntad empresarial”.

⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V., y MARTÍN JIMÉNEZ, R., “*El despido aspectos sustantivos y procesales*”, cit., pp.611 y 612. Una de las principales novedades de la Ley 11/1994 fue la contención de los salarios de tramitación y que el nuevo artículo 56.2 del ET, enriquece el texto del precedente de 1994,... añadiendo dos aportaciones del máximo interés: En primer término, la que se refiere al periodo de tiempo en que puede efectuarse el reconocimiento de la improcedencia, a saber: desde la fecha del despido hasta la de la conciliación. Esto es, ya no hace falta que transcurran los días entre el despido y la conciliación previa, sino que desde el primer momento puede evitarse que corran salarios de tramitación. Y en segundo término, la novedad que representa la posibilidad de que ni siquiera corran salarios de tramitación (no se devengará cantidad alguna) con solo que el empresario tenga la cautela de depositar el importe de la indemnización debida “en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido”.

ciarse sobre ella; b) Que ese ofrecimiento sea susceptible de proporcionar al trabajador una satisfacción plena, tanto en términos de contenido, como de garantías, de la pretensión de impugnación del despido, pues sin esa plenitud de la satisfacción la pretensión no pierde su objeto en los términos previstos en el artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni la consignación libera al deudor (artículo 1176 del Código Civil)...” (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009, Recurso número 3672/2008).

Y comporta al mismo tiempo, una serie de ventajas para el empresario, que como recuerda la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2010 (Recurso número 1068/2009), podrían sintetizarse en dos: 1) La extinción del contrato de trabajo en la fecha del despido; 2) Exclusión o paralización del devengo de la indemnización complementaria de despido, correspondiente a los salarios de tramitación o “salarios dejados de percibir”. Esta Sentencia contempla la aceptación por parte del trabajador de esa indemnización básica que el empresario le ofrece, como integrada en el seno de “...un contrato de transacción en el marco de la relación individual de trabajo...”, afirmando incluso que de la licitud de ese contrato no cabe dudar al tratarse de una “... transacción destinada bien a prevenir bien a poner fin a un posible litigio entre las partes de un contrato de trabajo extinguido por decisión del empresario...”, siguiendo la doctrina de la Sala en la Sentencia del Tribunal Supremo 18 diciembre 2009, Recurso número 71/2009 (Sala General), que tendremos ocasión de analizar a lo largo del presente trabajo.

1. Nociones generales sobre el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores

Bajo la perspectiva de la sentencia antes citada, el reconocimiento de la improcedencia y la oferta de la indemnización, con su puesta a disposición al trabajador en cualquiera de las modalidades en que dicho requisito se entiende cumplido por la Jurisprudencia, persigue evitar que el proceso continúe mediante un acuerdo transaccional, con anterioridad incluso a la conciliación, fundamentalmente para limitar los costes procesales del despido, cuando existe una decisión empresarial “que, con las debidas garantías de efectividad, proporciona una plena satisfacción de la pretensión del trabajador, dejando, por tanto, sin objeto la continuación del pleito”.

Ese fin se cumple en todos los casos en los que se logre acreditar que al tiempo de la conciliación judicial, el trabajador tenía conocimiento (cabal y completo) de una oferta empresarial indemnizatoria (adecuada, clara y plena), y se traduce en la paralización automática del devengo de salarios de tramite desde el despido hasta el depósito (que si se hace en el plazo legal de dos días hábiles, implica la desaparición del deber de abono).

2. Requisitos para la paralización de los salarios de tramitación

Los requisitos los delimita el artículo 56.2 del ET de suerte que para que se paralizen los salarios de tramitación se necesita:

1. Reconocimiento de la improcedencia del despido.
2. Ofrecimiento de la indemnización prevista legalmente para el despido improcedente.
3. Depósito de la indemnización en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador, o abono en cualquiera de las formas admitidas (metálico y cheque).
4. Comunicación al trabajador de los tres requisitos antes mencionados.

La extensión temporal de la obligación de abono de salarios de tramitación⁶, queda delimitada al lapso de tiempo que discurre entre el despido y la fecha en la que el trabajador tenga conocimiento de la puesta a su disposición de la indemnización. No es el depósito realizado por el empresario el momento a tener en cuenta para fijar la duración del plazo, sino la fecha en la que el trabajador conozca el ofrecimiento empresarial de indemnización, de conformidad con lo previsto en el artículo 1176 del Código Civil, según el cual, para que el deudor (en este caso, el empresario), quede liberado de la obligación cuando el acreedor (o sea, el trabajador) se niegue sin razón a admitirla, se requiere que consigne la cosa debida (en este caso, la indemnización y salarios de tramitación, en su caso). Consignación que según el artículo 1177 del Código Civil, debe anunciarse a todas las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación (en nuestro caso, al trabajador).

La extinción de contratos temporales⁷, cuya naturaleza permanezca indiscutida y que venzan con anterioridad al dictado de la sentencia que declare la improcedencia del despido, surte dos efectos: El primero, que al no ser viable que el empresario opte por readmitir al trabajador, su opción se reduce al abono de la indemnización legal por despido improcedente, con la complementaria de salarios de tramitación. El segundo, que la delimitación de éstos debe hacerse exclusivamente hasta la fecha en la que el contrato llegó a su fin y no hasta la notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia del despido (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2009, Recurso número 1187/2008, reiterando doctrina establecida en Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2005, Recurso número 1322/2004 y 14 de abril de 1997, Recurso número 1803/1996).

⁶ Véase, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009 (Recurso número 3672/2008).

⁷ DESDENTADO BONETE, A., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Despido y Jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina”, Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, marzo 2002, p. 94. Doctrinalmente se alude al “despido dentro del despido”, cuando se produce un despido disciplinario y mientras discurre el proceso de tramitación judicial que el mismo origina, tiene lugar la terminación del contrato.

II. RECONOCIMIENTO EMPRESARIAL DE IMPROCEDENCIA

1. Naturaleza jurídica del reconocimiento: Declaración de voluntad unilateral del empresario no sujeta a requisitos de forma

Se trata de un requisito⁸, sobre el que el artículo 56.2 del ET, poco o más bien nada precisa pero que, tradicionalmente se ha considerado como una declaración unilateral del empresario que ni precisa concurso del trabajador, ni que el primero justifique los motivos en que se basa, ni que la comunique personalmente al trabajador.

Basta con que reconozca, sin más, que la medida extintiva carece de justificación. Y ello puede desprenderse de la propia conducta del empleador⁹ no expresada verbalmente, siempre que se asegure su finalidad, que no es otra que la de informar de modo suficiente al trabajador "... acerca del contenido de la actuación empresarial..." de modo que "... el trabajador llegue a juicio sabiendo lo que se le ofrecía"¹⁰.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, admite el reconocimiento tácito como medio eficaz para enervar el abono posterior de salarios de trámite, porque el artículo 56.2 del ET se limita a exigir al empresario que reconozca la improcedencia, sin especificación del medio a través del que debe expresar su declaración de voluntad. A falta de indicación del "modo" y al no imponerse en el precepto una forma determinada, como requisito "ad solemnitatem", dado que en nuestro ordenamiento jurídico, la forma especial, como requisito constitutivo, es excepcional y "... solo puede reivindicarse cuando expresamente se imponga... (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2006 (Recurso nº 3462/2005), con cita de las de 13 de marzo de 2001, Recurso número 3689/1999 y 30 de mayo de 2005, Recurso número 2914/2004), se admite, la plena validez del reconocimiento tácito.

Así ha sucedido un supuesto en el que se entregó al trabajador la carta de despido, sin reconocimiento explícito de improcedencia, con entrega simultánea de documento expresivo de la indemnización, liquidación y de su depósito en el Juzgado, ante el que sí se presentó escrito reconociendo la improcedencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2007, Recurso número 994/2006) o en un despido por causas económicas en el que el mismo día, la empresa depositó en el Juzgado el importe correcto de la indemnización con

⁸ SEMPERE NAVARRO, A. V., y MARTÍN JIMÉNEZ, R., "*El despido aspectos sustantivos y procesales*", cit., p. 613. El reconocimiento por el empresario de la improcedencia tiene carácter extraprocesal... y en cuanto a su forma, puede hacerse mediante cualquiera de los medios admitidos en derecho. La única exigencia es que llegue a conocimiento del trabajador y sobre todo, que ello pueda probarse por el empresario llegado el caso.

⁹ MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; y GARCÍA MURCIA, J., "*Derecho del trabajo*", Madrid, 2008, p. 728: "El reconocimiento de la improcedencia de despido conforme al artículo 56.2 del ET, puede ser expreso o tácito.... El criterio de la buena fe debe guiar el entendimiento y la aplicación de esta regla...".

¹⁰ En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2008 (Recurso número 3566/2007).

escrito de reconocimiento de la improcedencia del despido, sin comunicación al trabajador quien tuvo conocimiento del depósito y del reconocimiento a través del Juzgado, antes de la conciliación (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2006, Recurso número 2457/2005).

Esta concepción del reconocimiento de la improcedencia, no ha experimentado cambios en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo durante los años 2009 y 2010.

Recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 (Recurso número 2024/2009), en un supuesto de despido objetivo en el que el empresario ofreció la indemnización legal de veinte días de salario por año de servicio y durante el mismo día la amplió a la prevista para el despido disciplinario improcedente, comunicando a los afectados que ello lo hacía en "... en ánimo conciliatorio...", el Tribunal Supremo ha declarado que "... por más que la empresa no comunicara "expresis verbis" a los trabajadores que reconocía la improcedencia de sus despidos, tal reconocimiento tácito podía deducirse sin duda alguna de la conducta de la empleadora que, tras haber comunicado en un primer momento que los despidos tenían la naturaleza de "objetivos" amplió las indemnizaciones de suerte que los trabajadores tuvieron conocimiento, antes de la conciliación judicial de lo que se les ofrecía...", atribuyendo al depósito efectuado por la empresa, el valor liberatorio.

Todo lo anteriormente expuesto, nos sirve para deducir que del reconocimiento de la improcedencia, puede prescindirse. Pero no sucede lo mismo con el ofrecimiento de la indemnización¹¹, al tratarse, como veremos, de un requisito de insoslayable observancia para paralizar los salarios de trámite.

2. Plazo para reconocer la improcedencia del despido

Esta cuestión se resuelve por vez primera, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2008 (Recurso número 3566/2007), que, como ella misma advierte, da respuesta al interrogante muchas veces planteado¹² sobre el momento en el que finaliza el plazo para reconocer la improcedencia, en vista de que el precepto comentado (artículo 56.2 del ET) alude exclusivamente a que debe realizarse "desde la fecha del despido

¹¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2010 (Recurso número 2024/2009), introduce en su argumentación el artículo 1177 del Código Civil, precepto que exige, para que la consignación tenga eficacia liberatoria, que sea previamente "anunciada" a todas las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación. De suerte que el ofrecimiento de la indemnización al trabajador, es ineludible para que empresario se libere del abono de salarios de tramitación.

¹² En la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2005 (Recurso número 484/2004) al hilo de la exigencia de especificación en la cantidad ofrecida como indemnización por despido, para que no induzca a errores al trabajador, parece indicarse que la conciliación a la que se refiere el artículo 56.2 del ET, es la administrativa, cuyo fin obviamente es el de evitar el proceso.

hasta la de la conciliación”. Razona la Sala que “...la conciliación a que la norma se refiere es –para la Sala– la conciliación judicial. Y esta conclusión viene amparada por tres argumentos que ahora pasamos a exponer: a).- Gramatical.- En este sentido ha de tenerse en cuenta que en tanto la conciliación ante el órgano administrativo [arts. 63 a 68 LPL] es denominada legalmente “conciliación previa”, la conciliación que se intenta ante el órgano judicial [art. 83 a 85 LPL] recibe el nombre –sin adjetivar– de “conciliación”, que es precisamente el vocablo utilizado por el art. 56.2 ET de que tratamos. Y no hay que olvidar que la interpretación de las normas ha de realizarse conforme a los criterios hermenéuticos establecidos en el art. 3 CC, y que entre estas reglas interpretativas adquiere singular relevancia el elemento de la literalidad, que ordena, al intérprete, estar “al sentido propio de sus palabras” (Sentencias del Tribunal Supremo –últimas– de 04/05/06 –REC. 2782/04–; 13/03/07 –RCO 39/06–; 31/10/07 –RCUD 4181/06–; y 27/05/08 –RCUD 4775/06 –). b).- Histórico.- La anterior argumentación se refuerza con la consideración de que en la redacción proporcionada por la Ley 11/1994, de 19/Mayo, la expresión utilizada era la de “conciliación previa” [“ 2. ... la cantidad ... quedará limitada a los salarios devengados ... hasta la de la conciliación previa, si en dicho acto el empresario reconociera el carácter improcedente del despido y ofreciese la indemnización...”], en tanto que en la vigente redacción –debida a la Ley 45/2002, de 12/Diciembre– se utiliza la escueta expresión “conciliación” [“... el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación”], y no parece dudoso que si la intención legislativa hubiese sido referirse al mismo acto de conciliación de la norma derogada [ante el órgano administrativo competente], hubiese utilizado idéntica expresión [“conciliación previa”], de específica significación jurídica. c).- Finalístico.- ... si se tiene en cuenta que el objetivo de la reforma operada por la Ley 45/2002 fue claramente la de reducir el coste que para el empresario comportan los despidos improcedentes, eliminando o reduciendo los salarios de tramitación, finalidad ésta que es innegablemente alcanzable hasta la fecha en que tiene lugar el acto de conciliación judicial, de manera que limitar temporalmente tal posibilidad [situando en la conciliación previa la fecha límite para reconocer la improcedencia y consignar la indemnización, con la consiguiente reducción de los salarios] supone una interpretación restrictiva que no solamente es opuesta a la literalidad del precepto [apoyada en los antecedentes históricos], sino que es contraria al fin perseguido por la norma...”.

Una aplicación práctica de esta doctrina la encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009, Recurso número 4004/2008 que atribuye el efecto paralizador de salarios de tramitación, al periodo comprendido entre el despido y el ofrecimiento empresarial de indemnización y salarios de tramite producido después de la conciliación previa y antes del acto del juicio oral, al no mermar la situación del trabajador que acudió a la vista con pleno conocimiento de lo que se le había ofrecido por el empresario, para evitar el futuro pleito.

III. OFRECIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN

1. Naturaleza

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2009 (Recurso de casación nº 71/2009)¹³, da un giro un tanto brusco, respecto de la forma en la que tradicionalmente se ha interpretado la naturaleza, alcance y la posterior fuerza de obligar de la oferta realizada por el empresario, antes de ser aceptada por el trabajador.

El único debate en casación se circunscribió a si el ofrecimiento de la indemnización era o no vinculante para el empresario atendido el hecho de que las sumas dinerarias a cuyo abono resultó condenado en sentencia, excedieron notablemente de las ofrecidas inicialmente. Se discutió si el empresario quedaba o no vinculado de forma irrevocable a su elección (de indemnización al trabajador en lugar de readmisión) no pudiendo después retractarse por aplicación de la doctrina de los actos propios y por impedirlo la legislación, puesto que el único precepto que autoriza un cambio de sentido en la opción es el artículo 111 de la LPL, que contempla un supuesto diferente y respecto del que no cabe una aplicación analógica.

Tradicionalmente, el ofrecimiento de la indemnización, ha sido entendido como una declaración unilateral del empresario, irrevocable una vez realizada, en virtud del alcance de la teoría de los actos propios. En sintonía con dicha concepción del ofrecimiento, desde el momento en el que conste que el empresario reconoce la improcedencia antes de la conciliación judicial, ofreciendo la indemnización, los Juzgados no admiten en la vista, y esa es la praxis judicial que se ha seguido siempre, ningún debate sobre cuestiones relacionadas con la calificación del despido. Y no se admite discusión sobre la procedencia o improcedencia de la decisión extintiva porque en tales casos se entiende que la dialéctica huelga por ociosa, con la salvedad derivada del contenido del suplico de la propia demanda, en aquellos supuestos en los que la pretensión formulada con carácter principal fuese la de nulidad del despido por vulneración del derecho fundamental, en cuyo caso, la práctica diaria demuestra, que el debate solo se admite en tanto se circunscriba a la acreditación de la alegada transgresión.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2009 (Recurso número 71/2009), contempla el ofrecimiento de la indemnización, desde una perspectiva bien

¹³ Sintetizando a grandes rasgos el supuesto litigioso, se trataba de una trabajadora, objeto de un despido disciplinario por disminución continua y voluntaria de su rendimiento, respecto de la que el empresario reconoció la improcedencia del despido, ofreciéndole la indemnización legal, de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, que la trabajadora cobró aunque expresando su disconformidad, por valor de 14.788,25 euros. El Juzgado de lo Social, dictó sentencia en instancia, calificando al despido como improcedente, fijando la antigüedad por apreciar una antigüedad en la prestación de servicios superior, en 44.160,90 euros y concediendo al empresario de nuevo, el derecho a optar entre la indemnización que escogió en su día, o la readmisión. En suplicación, la Sala de lo Social declaró que tal posibilidad no asistía ya al empresario, por haber hecho uso de la misma al reconocer la improcedencia y optar por la indemnización.

distinta. La define de forma expresa como una transacción, en los términos en que ésta institución aparece definida en el artículo 1809 del Código Civil, descartando la aplicación de la doctrina de los actos propios (sin embargo, defendida en los cinco votos particulares que la sentencia contiene) y manteniendo la posibilidad de que el Juzgado de lo Social conceda al empresario un nuevo derecho a elegir, a pesar de haberlo hecho ya, por aplicación analógica del artículo 111 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Transacción respecto de la que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2009 (Recurso número 2236/2005) y 30 de noviembre de 2009 (Recurso número 349/2005), razona que “...quien ofrece como pago una cantidad a otro, está reconociendo su condición de deudor respecto del mismo, con independencia de la cantidad de que se trate, o, como mínimo, permite al Tribunal presumir la existencia de dicha relación obligatoria (artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) con una inferencia lógica que difícilmente puede ser discutida” y cuyo significado es el de un “... un acuerdo que respondió a la finalidad de eliminar la controversia ... (con) reciprocidad de concesiones...”.

Tales sentencias también aluden a los fines que pretende asegurar el artículo 1809 del Código Civil citando entre otros, los de: 1) Poner término a un litigio (SS 21 de octubre de 1997, 27 de noviembre de 1987); 2) Eliminar un pleito (SS. 8 de marzo de 1962, 4 de noviembre de 1969); 3) Terminar con la controversia judicial pendiente (SS. 16 de mayo de 1991, 13 de octubre de 1997); 4) Sustituir una situación o relación jurídica incierta, por estar pendiente de una apelación entablada por los demandados, por otra cierta e incontrovertible (SS. 19 de julio de 1998, 10 de julio de 2002)...

Si el ofrecimiento realmente es una transacción, no cabe aducir, para negar al empresario el nuevo derecho de elección, el alcance de la doctrina de los actos propios¹⁴ (de construcción civil), porque la oferta ya no es una concluyente manifestación de voluntad, encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho que no pueda ser después modificada por quien la realizó y porque realmente, no origina para el trabajador derechos y obligaciones concretos e inmodificables sino que se inscribe deliberadamente en un marco de negociación, frente al que cabe el rechazo del trabajador.

De hecho, la propia norma contempla la posibilidad de que así ocurra (... *o cuando no la acepte...*) y parece razonable que ante una variación notable de las circunstancias en las que el ofrecimiento fue realizado (como ocurrió en el supuesto litigioso en el que la sentencia condenó al empresario, al abono de una indemnización incrementada en casi el doble de su cuantía inicial), no se mantenga, permitiendo a quien lo hizo reconsiderar el sentido en el que, en su momento, optó. La Sentencia mayoritaria afirma incluso, que el trabajador que rechaza lo que se le ofrece para evitar el pleito, no puede pretender que el debate en juicio quede después inalterado.

¹⁴ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2005, Recurso número 46/2004 y STS (Sala 1º) 16 de febrero de 1988, LA LEY, 53496-JF/0000.

La consideración del ofrecimiento del empresario como intento de evitar el futuro pleito del despido de cara a abaratar sus costes, parece una tesis correcta que asimila el ofrecimiento a una terminación del proceso por satisfacción extraprocesal de la pretensión, que, sin carácter constitutivo, se enmarca en el contexto de una negociación y no atenta contra el principio de seguridad jurídica cuando el nuevo derecho a elegir se conceda al empresario que haya actuado de buena fe y en supuestos en los que las diferencias cuantitativas sean relevantes.

La nueva doctrina¹⁵, permite al empresario no condicionarse en el futuro por haber ofrecido al trabajador la indemnización legalmente prevista. Pero debe tenerse en cuenta que los razonamientos jurídicos de la sentencia, pivotan sobre la determinación de la naturaleza del ofrecimiento de la indemnización y no sobre el reconocimiento de la improcedencia. En cualquier caso, se abre la posibilidad de debatir en el acto del juicio, la naturaleza de la decisión extintiva: Si es improcedente o nula (lo que, como veíamos era factible hasta ahora) o incluso si es o no procedente (discusión hasta ahora vetada en la praxis judicial). Este interrogante (si cabe la discusión sobre la procedencia, cuando el empresario tras la oferta y reconocimiento, es demandado por el trabajador, quien deliberadamente rechazó el ofrecimiento inicial) se anuncia como controvertido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2009 (Recurso número 2631/2008), pero no se resuelve por no apreciarse la contradicción necesaria, si bien se indica que "... la fuerza de obligar de ese reconocimiento previo, depende de la "... significación del acto dentro del esquema legal del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 1258 y 1262 del Código Civil"...".

¹⁵ Encontramos antecedentes a esta solución, en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en Sentencia de 16 de febrero de 2009 (Recurso de suplicación número 5990/2008). En el supuesto litigioso, el empresario había reconocido la improcedencia del despido, ofrecido 5478 euros de indemnización y 1533.84 euros de salarios de tramitación, consignando tales cantidades. Fue condenando en la instancia al abono de 8563.94 euros de indemnización y 3652 euros de salarios de tramitación. Y ante tal circunstancia, la Sentencia de suplicación razonó que "... el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, mantiene el derecho a optar por la readmisión si la sentencia considera la consignación incorrecta, ha merecido soluciones divergentes en la doctrina judicial, esta Sala se ha decantado –y, por razones de seguridad jurídica, a esa solución, por lo demás razonable, nos atenderemos– por mantener el derecho a optar por la readmisión porque, como hemos razonado en la Sentencia de 26.11.2004, Recurso 4495/2004, resulta obligado conceder la opción conforme a los apartados 1 y 3 del artículo 56 ET, dado que no es de aplicación el apartado 2 del artículo, y se declara la improcedencia del despido en términos distintos a los que llevaron a la empresa a optar por la indemnización inicialmente y consignar ésta (incluso el art. 111.1.b LPL prevé conceder nueva opción si se eleva en suplicación la cuantía indemnizatoria de instancia)". La citada STSJG de 26 de noviembre de 2004, llegaba a la misma conclusión aunque en un supuesto algo diferenciado porque en él, la empresa había admitido de forma expresa que la cantidad que consignaba lo era en concepto de "clausula de blindaje que constaba en el contrato del trabajador" y no se trataba en consecuencia, de la indemnización por despido improcedente, que exige el precepto de suerte que la inaplicabilidad del párrafo segundo del artículo 56 del ET, deviniera forzada y tuviera que estarse a las consecuencias generalmente previstas en los apartados uno y tres del mismo precepto legal.

También podemos citar la doctrina contenida en la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 22 de marzo de 1997, según la cual la empresa no queda vinculada por su ofrecimiento, ya que, al no ser aceptado éste por la trabajadora, "se frustró la finalidad transaccional del acto" y la oferta "revocable por naturaleza" quedó privada de eficacia, sin que sea aplicable la doctrina de los actos propios, ya que "expresamente se reservó la empleadora la posibilidad de defender su derecho ante el órgano judicial si se sigue proceso".

Lo que parece claro es que si a ese reconocimiento previo, no se le dota de fuerza de obligar, sino de acto transaccional que bien puede ser aceptado o no, la conclusión sería que cabría analizar la naturaleza del despido (de forma amplia) siendo incluso posible su calificación judicial como procedente. Solución que no parece coherente con el principio de seguridad jurídica de protección del trabajador que fiado de un reconocimiento previo de improcedencia, acude a juicio en la creencia de que se mantendrá.

Llama poderosamente la atención por otra parte, que ante un supuesto litigioso de tan poco interés como sucede en el caso, se dicte una Sentencia en Sala General y con cinco particulares, concurrentes, a mayor abundancia. Quizá el único significado para todo ello, visto que el supuesto de hecho carece de una significativa trascendencia, pudiera venir encaminado a modificar la doctrina futura y en consecuencia, permitir el debate sobre la procedencia del despido en todos los casos.

Habría que esperar a que el Tribunal Supremo delimite el alcance de esta doctrina, que a mi juicio, no debiera privar, al menos al acto de reconocimiento, de carácter constitutivo. De otro modo, si consideramos que no está bajo la influencia de la doctrina de los actos propios y no vincula tampoco a su autor, tampoco vincula al juez, y ello conduce a una solución poco garante de los derechos del trabajador, que sería la de ampliar en toda su extensión, las posibilidades de alegación y defensa del empresario en el acto del juicio, de suerte que la decisión extintiva pudiera ser declarada hasta procedente, lo que no parece deseable.

Recapitulando todo lo anterior, podría afirmarse que: 1) La doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo analizada, resulta de aplicación en la fase del ofrecimiento de indemnización, cuando la sentencia finalmente dictada condene al abono de cantidades significativamente más elevadas que las ofrecidas en su inicio por el empresario; 2) El reconocimiento de un nuevo derecho de opción, puede ser compatible con una aplicación analógica del artículo 111 de la LPL, porque no es tan relevante para restringir el alcance del precepto, que éste se circunscriba al caso de que sea la Sala de lo Social del correspondiente Tribunal Superior, quien al estimar el recurso de suplicación, incremente la cuantía de la indemnización, en lugar de referirse al propio Juzgado de lo Social, en la sentencia de instancia; 3) La doctrina del error quedaría sin efecto, si ante cualquier tipo de diferencia entre la cantidad ofrecida y aquella a cuyo pago se condena al empresario, nunca se paralizara el devengo de salarios de trámite. Pero no, si la nueva doctrina se limita a supuestos en los que las diferencias sean notables, en que se mantendría toda la virtualidad de la vasta teoría elaborada por la Jurisprudencia de la Sala IV sobre los efectos del error; 4) El reconocimiento empresarial de improcedencia, es desde mi punto de vista, irrevocable para su autor, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1283 del Código Civil¹⁶, de manera que no cabe que el empresario se retracte del mismo con posterioridad.

¹⁶ Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar.

A. *La oferta como requisito imprescindible*

Requisito ineludible, pues la sola consignación, no es suficiente. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de octubre de 2009, Recurso número 3672/2008, en el sentido de que “...no basta la consignación de la cantidad para paralizar el curso de los salarios de tramitación, sino que es también preciso que se haya formulado la correspondiente oferta al trabajador...”.

El ofrecimiento de la indemnización y la consignación, no tienen que ser simultáneos en el tiempo, pudiéndose distinguir entonces, dos situaciones a las que la Sentencia alude expresamente:

“... 1º) Cuando el ofrecimiento se produzca en el momento inicial –es decir, antes de que transcurran 48 horas del despido– será posible que la paralización de los salarios de produzca desde la fecha del despido, aunque la consignación sea posterior al ofrecimiento, pero siempre que esa consignación sea anterior a las cuarenta y ocho horas siguientes al despido y siempre que el ofrecimiento se hubiese producido en el mismo plazo.

2º) Si el ofrecimiento y la consignación se producen con posterioridad, aunque siempre antes de la conciliación judicial (sentencia de 3 de noviembre de 2008), la paralización se producirá, pero sólo desde el momento en que se cumplan las dos exigencias –comunicación al trabajador del ofrecimiento y consignación–, bien entendido que en este supuesto la consignación deberá cubrir la totalidad de las obligaciones empresariales derivadas de la improcedencia del despido, pues sólo una oferta de satisfacción plena –indemnización y salarios de tramitación devengados hasta la fecha en que se formula la oferta (sentencias de 4 de marzo de 1997, 30 de diciembre de 1997, 27 de abril de 1998, 29 de diciembre de 1998 y 23 de abril de 1999) –tiene eficacia para excluir el pleito en los términos del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , justificando así la paralización de los salarios de tramitación...”.

B. *Plenitud e incondicionalidad*

La citada Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2009 (Recurso número 3672/2008) alude a estos dos requisitos cuando literalmente razona que “... sólo una oferta de satisfacción plena –indemnización y salarios de tramitación devengados hasta la fecha en que se formula la oferta (sentencias de 4 de marzo de 1997, 30 de diciembre de 1997, 27 de abril de 1998, 29 de diciembre de 1998 y 23 de abril de 1999) –tiene eficacia para excluir el pleito en los términos del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , justificando así la paralización de los salarios de tramitación”.

Por ello, la oferta debe incluir todo los conceptos que se englobarían en un eventual pronunciamiento judicial condenatorio, esto es, indemnización y salarios de tramitación, que al revestir carácter indemnizatorio, no pueden excluirse de la oferta que realice el empresario precisamente para evitar el ulterior litigio (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1999, Recurso número 2135/1998 y 4 de marzo de 1997, Recurso número 3200/1996).

Se admite que el empresario ofrezca una cantidad global por indemnización y salarios de tramitación e incluso que lo haga en cuantía indeterminada¹⁷ (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1997, Recurso número 1649/1997), con dos exigencias: 1) Que la oferta se formule en términos lo suficientemente claros¹⁸ como para permitir la inmediata determinación de su cuantía y por consiguiente la inmediata aceptación por parte del trabajador. Si adolece de falta de claridad, no cabe aplicar la enervación siquiera la limitación de los salarios de tramitación (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2007, Recurso número 967/2006); y 2) Que no se incluya dentro de esa oferta global “elementos distorsionadores que supongan condicionar la aceptación de la oferta relacionada con el contenido de la acción de despido a la aceptación del propio saldo y finiquito de la relación laboral ...” (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2007, Recurso número 967/2006).

Ofrecimiento, respecto del que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, no solo exige plenitud e incondicionalidad sino también que se adecue a las previsiones del artículo 56.1 del ET, esto es, que tanto el ofrecimiento como el depósito, lo sean de una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio.

2. Doctrina del error

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2009, Recurso número 957/2009 establece que “... La doctrina de la Sala, respecto a los efectos que produce la realización del depósito previsto en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores,

¹⁷ DESDENTADO BONETE, A., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “*Despido y Jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*”, Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, marzo 2002, p. 122. La inclusión de salarios de tramitación en la oferta y en la consignación obedece a la finalidad del precepto de asegurar el cumplimiento de la obligación a la que la consignación se refiere, de modo que el trabajador exento de todo riesgo de incumplimiento pueda aceptar la oferta de la empresa. Esta interpretación guarda además simetría con el requisito de recurribilidad en suplicación de la sentencia de despido, en cuanto conforme constante Jurisprudencia, el cumplimiento del mismo exige la consignación de la indemnización y de los salarios de tramitación y ello aunque el empleador haya optado por la readmisión del despedido.

¹⁸ DESDENTADO BONETE, A., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., “*Despido y Jurisprudencia: La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*”, Lex Nova, 1ª edición, Valladolid, marzo 2002, p. 123. Sin embargo, no es válido a efectos de limitar los salarios de tramitación adeudados, el ofrecimiento empresarial en el acto de conciliación de una cantidad global que incluya saldo y finiquito.

cuando la cantidad depositada es inferior a la que se debió depositar, puede resumirse de la siguiente manera:

- a) No todas las diferencias cuantitativas permiten llegar a la conclusión de que la consignación esté mal hecha, pues admitido en su estricta literalidad conduciría a hacer ineficaz el precepto (STS de 15-4-98).
- b) En su consecuencia debe aceptarse cumplido el mismo cuando se produce algún error de cuantía, pero distinguiendo, según se trate de un error excusable, en cuyo caso la diferencia no impide entender cumplido el precepto, y un error inexcusable o injustificado, en cuyo supuesto debe estimarse incumplido el precepto en cuestión...
- c) Los datos que permiten calificar un error como excusable o no pueden variar de un supuesto a otro y habrán de ser ponderados en cada caso, en el decir textual de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19-6-05, que señala que un indicio de error excusable es la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar, diferencia achacable en ocasiones a error de cuenta, cuya probabilidad se acrecienta por la complejidad de la estructura retributiva en algunas empresas. Otro indicio de error excusable es la coincidencia del cálculo de la empresa en la cantidad a consignar con el efectuado por el Juez de lo Social en la sentencia de instancia; otra causa de error de consignación insuficiente excusable es la dificultad “jurídica” del cálculo de las indemnizaciones, en supuestos en que los conceptos o elementos a computar en las mismas puedan dar lugar a una “discrepancia razonable”. En tal caso el error no invalidará el efecto interruptivo de los salarios de tramitación, pero deberá ser corregido mediante el abono de la diferencia realmente resultante.

*A. No sustancial o excusable*¹⁹

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2009, Recurso número 957/2009, compendia de forma muy minuciosa, la doctrina de la Sala sobre error excusable en los siguientes términos:

- STS de 24-4-00, CUD 308/99 , a pesar de la diferencia entre lo consignado y lo que debió consignar la empresa, entendió que se trataba de error excusable pues el Juzgado de instancia consideró correcto el cálculo efectuado por la empresa y fue la sentencia de suplicación la que elevó dicha cantidad.
- STS de 26-4-00, CUD 239/05 , entendió que la escasa cuantía de la diferencia –157’90 euros– unido a que el salario de la demandante era de cálculo especialmente

¹⁹ En SEMPERE NAVARRO, A. V., y MARTÍN JIMÉNEZ, R.A., “*El despido aspectos sustantivos y procesales*”, cit., p. 617, también se denomina “disculpable”.

complejo, lo discutible de los conceptos y la presencia de factores ajenos a la mala fe en la consignación efectuada, hacen que el error haya de calificarse de excusable.

- STS de 26-1-06, CUD 3813/04 , entendió que se trataba de un error excusable el no haber incluido como salario, a efectos del cálculo del depósito, el importe atribuible a las stock options. Razona la sentencia que el estudio individualizado del carácter salarial o no de las opciones de compra de acciones suscritas no es sencillo y la complejidad del mismo aumenta con los problemas de conflicto de leyes planteados por los acuerdos de suscripción. Continúa razonando que de las opciones de compra de acciones pueden derivar dos ventajas o utilidades patrimoniales distintas, y sólo una de ellas puede, en su caso, ser considerada como salario e incluida, por tanto, en el cálculo de la indemnización del despido. La primera utilidad que es la que cabe considerar salario, si se asigna en contraprestación del trabajo realizado, es la constituida por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de la adquisición y el precio de ejercicio del derecho pactado. La segunda utilidad, que se produce ya fuera del marco de la relación de trabajo, y que carece en consecuencia de la condición de salario, es la obtenida por el trabajador mediante un posible posterior negocio jurídico mercantil con un tercero, consistente en “la venta de las acciones que adquirió al ejercitar la opción”, concluyendo que concurre una dificultad jurídica para fijar el salario, por lo que considera el error excusable.
- STS de 7-2-06, CUD 3850/04 , entendió que era error excusable el no haber incluido en el cálculo de la indemnización la partida correspondiente al salario en especie, consistente en el valor de utilización del coche.
- STS de 28-2-06, CUD 121/05 , entendió que era “error excusable” no incluir el “bonus” en el cálculo de la indemnización. La sentencia justificó su decisión en que existía cierta dificultad jurídica en la fijación del “bonus”, teniendo en cuenta el periodo de vencimiento de este concepto retributivo y la diversidad de regulaciones del mismo.
- STS de 24-11-06, CUD 2154/05 , consideró error excusable la insuficiente consignación efectuada por el empresario, que calculó la misma atendiendo al salario que percibía la trabajadora en el momento del despido, que correspondía a la jornada reducida realizada, por guarda legal de un menor.
- STS de 13-11-06, CUD 3110/05 , entendió que era error excusable el no tener en cuenta la antigüedad reconocida a la trabajadora en el momento de su contratación –la empresa la reconoció la antigüedad de los servicios prestados en otra empresa anterior “a todos los efectos”– a efectos de calcular la indemnización.
- STS de 27-6-07, RUD 1008/06, entendió que era error excusable el depositar 54,45 euros menos, dada su escasa cuantía.

- STS de 16-5-08, RUD 523/07 , entendió que era error excusable el no haber incluido en el cálculo de la indemnización por despido los beneficios del ejercicio de las opciones sobre acciones, dadas las especiales circunstancias concurrentes, ya que la orden de venta se produjo por el actor el sábado 18 de febrero de 2006, cuando conocía desde el miércoles 15 la decisión empresarial de despedirle, aunque no se le entregó la carta de despido hasta el lunes 20, y se materializó la cuenta –por estar cerrado el lunes el mercado de valores en EEUU– el 21 de febrero, martes, habiéndose efectuado la consignación por la empresa el día 22 , miércoles.

B. Sustancial o no excusable

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2009, Recurso número 957/2009 refiere como supuestos de error inexcusable:

- STS de 1-10-07, RUD 3794/06, entendió que era error inexcusable que la empresa calculara la indemnización atendiendo al salario neto percibido por el trabajador, en lugar del salario bruto.

Al que podemos añadir:

El supuesto previsto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2006 (Recurso número 2858/2005), que considera nulo, el despido objetivo practicado, al no poder entender realizada la imprescindible puesta a disposición de la indemnización por veinte días, en la efectuada por el empresario habiendo omitido en el periodo de cálculo el tiempo en el que el trabajador estuvo contratado en prácticas. Considera que tal olvido es constitutivo de error inexcusable, y en consecuencia, al haberse incumplido la puesta a disposición de la indemnización al tiempo del despido, este deviene nulo²⁰, y no puede producirse el efecto de paralización del devengo de salarios de tramitación.

La misma argumentación, se contiene en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2005 (Recurso número 760/2004), para un despido objetivo de un portero de una comunidad de propietarios al que se le puso a disposición una indemnización en cuya estimación dineraria se omitió la inclusión del salario en especie que integraba el salario modulo (uso de la vivienda, plaza de garaje y suministros de agua y energía).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2006 (Recurso número 3794/2006) reputa no excusable el cálculo de la indemnización sobre el salario neto y no sobre el salario bruto en un supuesto en el que además matizó, que ni se trataba de un error aritmético ni la estructura salarial revestía una significativa complejidad.

²⁰ Efecto que en la actualidad, ya no cabe predicar de los despidos objetivos que adolezcan de dicho requisito.

C. Alcance del error, desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en los despidos objetivos por causas económicas

Antes de la reforma operada en el artículo 53 del ET, por el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (vigente entre el 18 de junio al 18 de septiembre) y por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, vigente desde el día 19 de septiembre de 2010, la falta de cumplimiento del requisito de puesta a disposición del trabajador de la indemnización por veinte días de salario, producía tres efectos: El primero, que la acción extintiva era automáticamente nula. El segundo, que no se paralizaban los salarios de trámite. Y el tercero, que en casos de error excusable, el despido no era nulo (ex. antiguo artículo 122 de la Ley de Procedimiento Laboral), dando lugar entonces, a la condena del empresario al abono de la diferencia.

Desde el 18 de junio de 2010, el panorama cambia en dos aspectos: 1) En lo que respecta a la falta de cumplimiento del requisito de puesta a disposición, respecto del que literalmente se establece que la decisión extintiva se considerará improcedente (lo que sucede tanto cuando no se acredite la concurrencia de la causa en que se fundamentó la decisión extintiva como ante cualquier incumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo), en cuyo caso, es obligado acudir a la regulación contenida en el artículo 56.1 del ET, la cual permite, que si antes de la conciliación judicial el empresario ofrece una indemnización de cuarenta y cinco días por año de servicio y la deposita después, pueda paralizarse el curso del devengo de los salarios de trámite (desde el despido hasta el depósito); 2) El error excusable en el cálculo de la indemnización (suponiendo que sí se hubiera puesto a disposición del trabajador) no determina ahora siquiera la improcedencia del despido, y en consecuencia, el artículo 56 del ET no resulta de aplicación. Solo procede entonces, de conformidad con la nueva redacción del artículo 53 del ET, la condena del empresario al abono de los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta, con independencia de los demás efectos que procedan”:

IV. DEPÓSITO EN EL JUZGADO DE LO SOCIAL. OTROS MEDIOS IGUALMENTE LIBERATORIOS

1. Depósito en el Juzgado de lo Social

Pretende garantizar el cumplimiento de la requerida actuación de la empresa, con certeza de su fecha y con la concesión al trabajador de las opciones de contestar a través

del Juzgado o por otro medio, su aceptación o rechazo, o no contestar, y recoger la indemnización o mantenerla en depósito a su disposición, sin necesidad de actuar en distintos términos y mediante alguna gestión bancaria (Sentencia del Tribunal Supremo 21 de marzo de 2006, Recurso número 2496/2005, con cita de otra anterior de 25 de mayo de 2005, Recurso número 3798/2004).

A. Delimitación del Juzgado territorialmente competente

El silencio sobre el particular, puede autorizar la admisión de depósito realizado en el Juzgado, que territorialmente, sería competente para conocer de la demanda por despido (el del lugar de prestación de los servicios o domicilio del demandado, esto es empresario²¹, artículo 10.1 de la Ley de Procedimiento Laboral), a elección del demandante.

Otro criterio de delimitación avalado además por las reglas del Código Civil en materia de consignación civil²², ex. artículo 1171 del Código Civil, sería el del lugar de cumplimiento del contrato de trabajo designado por las partes o, en cualquier otro caso, en el lugar de domicilio de la empresa (STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2005, Recurso de suplicación número 2650/2005, recurrida en casación, no admitida por falta de contradicción en Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2007, Recurso número 5548/2005).

B. Elección de fuero equivocado

La doctrina de suplicación se encuentra dividida.

Existe una postura flexibilizadora que lo asemeja al error excusable, de suerte que no lleva aparejado la eliminación del beneficio de limitación o exclusión de los salarios de trámite, al no perjudicar al trabajador, como tampoco menoscaba sus derechos la presentación de la demanda ante Juzgado territorialmente incompetente (artículo 14 de la Ley de

²¹ Domicilio del empresario, que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo identifica sin matices como el lugar el que radique el domicilio social de la empresa (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2007, Recurso número 3598/2005, 18 de octubre de 2006, Recurso número 1890/2005 y 9 de julio de 1990, ROJ: STS 5392/1990, Ponente: Sr. Desdentado Bonete y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de febrero de 2010, Recurso de suplicación número 5233/2009), de conformidad con lo previsto en el artículo 41 del Código Civil, que identifica al domicilio de las personas jurídicas al previsto en la Ley que las haya creado o reconocido, o al establecido en sus estatutos o reglas de fundación, y sólo en defecto de tal fijación “se entenderá que lo tienen en el lugar en que se halle establecida su representación legal, o donde ejerzan las principales funciones de su instituto”; criterios estos últimos cuya subsidiariedad respecto del primero (la fijación en la ley o estatutos).

²² Criterio hermenéutico utilizado en ocasiones por el Tribunal Supremo. En este sentido, véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2006, Recurso número 4667/2004, 27 de octubre de 2009, Recurso número 3672/2008, 18 de diciembre de 2009, Recurso número 71/2009 y 18 de enero de 2010, Recurso número 2024/2009.

Procedimiento Laboral), que le sigue atribuyendo en su caso, el derecho a deducirla ante órgano territorialmente competente. En este sentido, STSJ de Cataluña de 10 de marzo de 2004, Recurso de suplicación número 165/2003 y STSJ de Castilla León, Valladolid de 4 de octubre de 2004, recurso de suplicación número 1825/2004, aunque ésta fue casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2006, Recurso número 4667/2004.

Para otros, es identificable con la consecuencia de un error inexcusable y excluye el beneficio empresarial (STSJ de Madrid de 8 de noviembre de 2005, Recurso de suplicación número 2650/2005).

2. Otros medios

A. Transferencia bancaria

No sólo carece de previsión normativa, ni siquiera indirecta o tácita, como método alternativo de poner aquella a disposición del trabajador, en lugar de proceder a su depósito judicial. No se trata de un pago directo, que ingresa directamente en el patrimonio del trabajador sin protesta alguna (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2006, Recurso número 2496/2005 y 22 de enero de 2008, Recurso número 1689/2007).

B. Pago en metálico

Se admite el pago en metálico, como pago directo, cuando lo percibido ingresa directamente en el patrimonio del trabajador (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008, Recurso número 1689/2007).

C. Cheque bancario

Se admite la entrega de la cantidad ofrecida a través de cheque bancario cuando no conste dilación en la entrega ni discordancia en las cantidades (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008, Recurso número 1689/2007, 6 de marzo de 2008 Recurso número 4785/2006 y 25 de marzo de 2009 Recurso número 41/2008).

Esta doctrina actualmente se aplica al despido objetivo por causas económicas (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010, Recurso número 3449/2009 y 10 de mayo de 2010, Recurso número 3611/2009).

V. COMUNICACIÓN AL TRABAJADOR

Al igual que ocurre con la exigencia de oferta de indemnización con depósito del mismo en las formas que acabamos de analizar, nos encontramos en presencia de un requisito de insoslayable observancia. La norma solo precisa el plazo durante el que puede notificarse al trabajador (desde el despido hasta la conciliación judicial, Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2008, Recurso número 3566/2007), porque los fines que el artículo 56.2 del ET, se garantizan, si existe constancia de que el trabajador acude a juicio, sabiendo lo que se le ofrece.

Respecto a la forma de notificación, recordemos que el artículo 56.2 del ET, no especifica el medio a través del cual el empresario puede hacer el reconocimiento de la improcedencia, y por ello bastan las consideraciones antes realizadas sobre tal figura para reiterar aquí, que cualquier medio que garantice que el trabajador tuvo conocimiento pleno y cabal de la oferta indemnizatoria será válido para considerar cumplido el requisito, aun cuando no exista notificación personal del empresario al trabajador y el conocimiento se obtenga a través del Juzgado de lo Social.

VI. CONCLUSIONES

Al hilo de las consideraciones realizadas al analizar la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2009 (Recurso de casación nº 71/2009), sobre la naturaleza de la oferta indemnizatoria, podemos concluir afirmando que la escasa repercusión del supuesto enjuiciado en la misma, no se cohonestaba con una convocatoria a Sala General y cinco votos particulares no disidentes.

Quizá ello se explique porque el Tribunal Supremo pretende introducir una nueva doctrina en sentencias posteriores, a través de la que se permita discutir en juicio, la procedencia del despido²³, pese a que el empresario inicialmente lo reconociera como improcedente ofreciendo la indemnización legal. Intento éste, que no se compadece a mi juicio, con la necesaria garantía que debe ofrecerse al trabajador que acude a juicio en la creencia de que el despido ya ha sido reconocido por el empresario como improcedente²⁴ y respecto de la que

²³ SEMPERE NAVARRO, A. V., y MARTÍN JIMÉNEZ, R., “*El despido aspectos sustantivos y procesales*”, cit., pp. 614 y 615. En la doctrina...son mayoría los autores que, con argumentos varios, sobre todo el de la vinculación del reconocimiento a la consecuencia del acuerdo, defendieron el carácter no constitutivo de la declaración. Con la nueva versión del artículo 56.2 del ET sin embargo, algunas de aquellas razones han perdido fuerza. Especialmente porque ahora el reconocimiento de la improcedencia es un acto unilateral y espontáneo del empresario que produce efectos sin la aceptación del trabajador...

²⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2009 (Recurso número 71/2009) en el parecer mayoritario, dice textualmente: “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

no constituye una salvaguarda eficiente que el Juzgado de instancia, atendida la diferencia en lo que respecta a la cuantía de la indemnización una vez realizado el cálculo al inicio de la vista, la suspenda con citación de las partes para fecha posterior, a fin de poder celebrar el acto del juicio con las partes preparadas en igualdad de condiciones, en cuanto a los medios de alegación y defensa de los que pretenden servirse.

Tal vez todas estas consideraciones solo sean elucubraciones carentes de eficacia práctica y la doctrina del Tribunal Supremo no tenga más proyección que la apuntada en la sentencia mayoritaria, cuyo alcance, bien pudiera limitarse a los casos en los que se aprecie una significativa diferencia entre lo que el empresario de buena fe ofreció inicialmente para evitar el pleito y a lo que finalmente fue condenado concluido éste. O cuando el incremento de cantidades respondió a circunstancias tenidas en cuenta en sentencia pero no por el empresario, porque fueron resultado de su alegación “ex novo” por el trabajador en el acto del juicio (vgr. cuando se reclame una mayor antigüedad²⁵). Y sin poder beneficiarse el empresario, de la eliminación o paralización de salarios de tramitación si en tales circunstancias, se le concede una segunda facultad de elección²⁶.

En cualquier caso, habrá que esperar a que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre estas cuestiones y en especial, sobre el alcance de la doctrina que inicia en la Sentencia que hemos tenido ocasión de analizar a lo largo del presente estudio.

indemnización establecida en la misma y no a otra superior”. El interrogante que abre es si pese a la oferta de la indemnización, cabe plantearse la procedencia del despido en el acto del juicio.

²⁵ Y en general, en todos los supuestos de “discrepancia razonable”, como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2007 (Recurso número 4128/2008).

²⁶ En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A. V., y MARTÍN JIMÉNEZ, R., “*El despido aspectos sustantivos y procesales*”, cit., p. 615.