

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 18 Dic. 2009, rec. 71/2009

Ponente: Desdentado Bonete, Aurelio.

Nº de Recurso: 71/2009

Jurisdicción: SOCIAL

LA LEY 273478/2009

Carácter no vinculante del ofrecimiento de indemnización por despido improcedente, pudiendo optar la empresa por la readmisión tras el pleito

DESPIDO IMPROCEDENTE. Carácter no vinculante del ofrecimiento de indemnización tras el reconocimiento de la improcedencia del despido. Interpuesta demanda por el trabajador la indemnización es incrementada por sentencia, por lo que la empresa opta por la readmisión de éste. Dado el carácter transaccional de la oferta de la indemnización, se rechaza la irrevocabilidad de la opción y la aplicación de la doctrina de los actos propios, por lo que la empresa no queda vinculada por una oferta transaccional no aceptada. Si al trabajador se le ha ofrecido el reconocimiento del despido improcedente y una determinada indemnización, y no ha aceptado esta oferta y optando por abrir el proceso, no puede esperar que lo que se ha ofrecido para evitar el pleito se mantenga en éste. VOTO PARTICULAR.

*El Tribunal Supremo estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ Madrid, en recurso de suplicación sobre despido.*

#### Texto

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Diciembre de dos mil nueve

#### SENTENCIA

. Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa AVANT GARANTIAS, S.L., representada y defendida por el Letrado Sr. Prieto Romero, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de octubre de 2.008 (LA LEY 224218/2008), en el recurso de suplicación nº 4144/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 9 de mayo de 2.008 por el Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid, en los autos nº 292/08, seguidos a instancia de D. Jose Pablo , ASISTENCIA TECNICA INDUSTRIAL, S.A., VALLE Y CABRERA ASOCIADOS, S.L., contra dicha recurrente, sobre despido.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido D. Jose Pablo , representado y defendido por el Letrado Sr. Palop Carmona.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete ,

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 22 de octubre de 2.008 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid, en los autos nº 292/08 , seguidos a instancia de D. Jose Pablo contra dicha recurrente, sobre despido. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid es del tenor literal siguiente: "Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Jose Pablo , frente a la sentencia número 190/08, dictada por el Juzgado de lo Social nº 35 de los de Madrid, el día 9 de mayo de 2008 , en los autos nº 292/08, en procedimiento por despido seguido frente a AVANT GARANTÍAS, S.L, VALLE Y CABRERA ASOCIADOS, S.L. y ASISTENCIA TÉCNICA INDUSTRIAL, S.A. y en consecuencia revocamos la misma, manteniendo la calificación del despido como improcedente y la absolución de VALLE CABRERA ASOCIADOS, S.L. y ASISTENCIA TÉCNICA INDUSTRIAL, S.A. y la condena a AVANT GARANTÍAS, S.L. a abonar al demandante una indemnización de cuarenta y cuatro mil ciento sesenta euros con noventa céntimos (44.160,90€) más los salarios de tramitación devengados desde el 31 de enero de 2008 al 11 de febrero de 2008, a razón de un salario día de ochenta y seis euros con cincuenta y nueve céntimos(86,59), deduciéndose la cantidad ya consignada de 14.788,25 euros. ".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 9 de mayo de 2.008, dictada por el Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid , contenía los siguientes hechos probados: "1º.- Que el actor D. Jose Pablo , en relación a las sociedades demandadas Avant Garantías S.L., Valle y Cabrera Asociados y Asistencia Técnica Industrial S.A. presenta el siguiente iter contractual:

"Inicialmente fue contratado el 1.10.96 para la compañía Valle y Cabrera Asociados S.L., causando baja voluntaria en la misma el 1.05.2004 para, el mismo día y de manera simultánea al resto de la plantilla de la empresa, causar alta en la agrupación de interés económico Avant Garantías AIE, compuesta por la ya citada Valle Cabrera Asociados S.L., y la Sociedad Asistencia Técnica Industrial S.A. Dicha baja voluntaria se suscribió igualmente por todos los trabajadores de Valle y Cabrera. A partir del 1.11.2004 la mencionada agrupación cesa en sus actividades pasando el conjunto de las mismas y sus trabajadores a una sociedad nueva denominada Avant Garantías S.L., a la sazón filial de la otra participante en la AIE la ya citada Asistencia Técnica Industrial S.A. Así el 31.10.2004 causó el actor baja en Avant Garantías AIE para ser dado de alta al día siguiente en Avant Garantías S.L."

En ningún momento el actor vio modificado, ante el cambio empresarial, sus funciones y categoría profesional y puesto de trabajo. ----2º.- Que el actor actualmente presta servicios en la empresa Avant Garantías S.L., mencionada con la categoría profesional de Comercial, desempeñando los trabajos propios de dicha categoría y percibiendo un salario anual fijo y bruto de 26.250 euros más comisiones. El promedio de las comisiones percibidas en el último año asciende a 5358 euros. ----3º.- Con fecha 31.01.2008 la empresa AVANT GARANTIAS S.L., le entregó una carta de despido del siguiente tenor literal:

"Muy Sr. Nuestro: Por la presente le comunicamos su despido de esta empresa con efectos del día de hoy por las causas contempladas en el apartado d) del artículo 54 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores que se refieren a la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de su trabajo normal que viene prestando para esta empresa. Reconociendo la improcedencia de su despido en este mismo acto pongo a su disposición la indemnización de 45 días por año de servicios que asciende a la cantidad de 14.788 ,25 euros. Rogándole se sirva firmar el duplicado de la presente, le saludamos atentamente". Igualmente, se le hizo entrega de un escrito que contenía un recibo de la cantidad de 14.788,25 señaladas que firmó con la mención "no conforme".

4º.- El actor percibió la cuantía indicada mediante talón bancario. Asimismo y simultáneamente a la entrega de la carta y escrito percibiendo la indemnización la empresa entregó al actor un recibo de liquidación por importe bruto

de 2600,50 euros correspondiente al salario de enero 2008, parte proporcional de pagas extraordinarias, comisiones y gratificaciones devengadas hasta el 31.01.08; en dicho recibo de liquidación se indica:

"El suscrito trabajador cesa en la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa y recibe en este acto la liquidación de sus partes proporcionales en la cuantía y detalle que se expresan al pie con cuyo percibo reconoce hallarse saldado y finiquitado por todos los conceptos con la referida empresa, por lo que se compromete a nada más pedir ni reclamar. El actor firmó dicho recibo y percibió dicha cuantía."

5º.- Que las demandadas están afectas al Convenio Colectivo del sector de seguros. ----6º.- Se ha intentado la preceptiva conciliación ante el SMAC. ----7º .- Que el actor presta servicios por cuenta ajena desde el 11.02.08 con la percepción de un salario similar."

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que estimando como estimo la demanda de despido formulada por D. Jose Pablo contra AVANT GARANTIAS SL, VALLE Y CABRERA ASOCIADOS SA y ASISTENCIA TECNICA INDUSTRIAL SA, debo declarar y declaro el mismo improcedente con condena a Avant Garantías SL, a que en el plazo de cinco días opte por la readmisión del actor o bien le indemnice con la cuantía de cuarenta y cuatro mil ciento sesenta euros con noventa céntimos (44.160,90) correspondientes a quinientos diez (510) días de salario en todo caso a los salarios de tramitación devengados desde el 31 de enero de 2008 a 11 de febrero de 2008, a razón de un salario día de ochenta y seis euros con cincuenta y nueve céntimos(86,59). Caso de optar por la indemnización deberá descontarse a cuenta la cantidad de catorce mil setecientos ochenta y ocho euros con veinticinco céntimos (14788,25) ya percibidos, de optar por la readmisión el actor deberá reintegrar dicha cantidad con compensación de los salarios de tramitación indicados. Se absuelve al resto de las sociedades codemandadas."

TERCERO.- El Letrado Sr. Prieto Romero, en representación de la empresa AVANT GARANTIAS, S.L., mediante escrito de 13 de enero de 2.009, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 18 de julio de 2.006 . SEGUNDO.- Se alega la infracción del artículo 56.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores y artículos 110.1 y 111.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral .

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 3 de febrero de 2.009 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 10 de noviembre actual Por providencia de 10 de noviembre, dadas las características de la cuestión jurídica planteada y su trascendencia, procede su debate en Sala General, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 197 de la Ley Orgánica del poder Judicial. A tal efecto se suspende el señalamiento acordado para el día 10 de noviembre, trasladando el mismo para el día 16 de diciembre actual, para cuya fecha se convocará a todos los Magistrados de esta Sala.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hay que comenzar el examen del presente recurso con un breve resumen de los hechos que han dado lugar a la decisión recurrida. La empresa despidió al actor, reconociendo la improcedencia del cese y abonándole la cantidad de 14.788,25 € en concepto de indemnización, cantidad que el trabajador percibió, aunque manifestando su disconformidad con el cese. La sentencia de instancia declaró el despido improcedente y condenó a la empresa a abonar una indemnización de 44.160,90 €, por el cómputo de una antigüedad superior a la tenida en cuenta por la empresa, más los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta aquélla en que el

trabajador inició la prestación de servicios en otra empresa con un salario similar. La sentencia de instancia concedía a la empresa la opción entre readmisión e indemnización, debiendo devolver el actor en el primer caso lo percibido. Pero la sentencia recurrida estimó el recurso del trabajador para establecer que no procedía esta opción por haber optado la empresa por la indemnización en el momento del despido, excluyendo, en su razonamiento, la aplicación analógica del artículo 111.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral en atención a que el ofrecimiento del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores no es un intento conciliatorio, sino una declaración unilateral del empresario que tiene carácter irrevocable, de modo que en el acto de juicio sólo será posible discutir "aquellas cuestiones alegadas por el trabajador que hayan motivado su discrepancia", pues lo contrario supone para el empleador ir contra los actos propios. Añade la sentencia que el artículo 111.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral no es aplicable por analogía, pues el mismo contempla el cambio del contenido de una condena impuesta por un tercero y no una decisión unilateral de la propia parte.

Contra este pronunciamiento recurre la empresa demandada, aportando como sentencia contradictoria la de la Sala de lo Social de Galicia de 18 de julio de 2006 . En ella se trata también de un despido, en el que el empresario reconoció la improcedencia y consignó la cantidad de 2.278,34 € en concepto de indemnización y liquidación. Planteada demanda por el trabajador, la sentencia de instancia declaró la improcedencia, condenando al abono de una indemnización de 16.564 ,27 € por diferencia en el cómputo de la antigüedad, pero admitiendo la opción del empresario entre el pago de esa indemnización y la readmisión, lo que se razona en atención a la analogía con el supuesto regulado en el artículo 111.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral .

Como señala el Ministerio Fiscal, hay que apreciar la contradicción entre las dos sentencias, sin que puedan aceptarse las objeciones que plantea la parte recurrida. El que el trabajador haya encontrado un nuevo empleo en el presente caso -lo que no consta en la sentencia recurrida- es irrelevante en orden a la cuestión debatida, que es una cuestión de estricta legalidad a efectos de determinar cuál debe ser el alcance de la condena en un supuesto como el presente. La situación de empleo del demandante, si bien puede afectar al reconocimiento de los salarios de tramitación, es obvio que es un dato que carece de relevancia en orden a la opción entre indemnización y readmisión, sin perjuicio de que esa circunstancia pueda proyectarse sobre el interés de las partes en una u otra opción, creando, por ejemplo, una preferencia del demandante por la indemnización. Ningún fraude hay en la posición de la empresa que sostiene la procedencia de la opción, sin duda porque esa opción conviene a sus intereses, en especial cuando formuló una oferta inicial en términos muy distintos a los que luego fijó la sentencia de instancia, al modificar al alza la indemnización. De la misma forma, tampoco hay fraude en que el actor pretenda beneficiarse de una indemnización por despido como la reconocida cuando consta que ha encontrado ya otro empleo, pero ha perdido probablemente la antigüedad del anterior. La legislación actual admite esas conductas y lo que hay que determinar es cuál de ellas tiene amparo legal en el supuesto controvertido. Dice también la parte recurrida que la sentencia de instancia ha incurrido en incongruencia *extra petita* , al conceder la opción entre indemnización o readmisión, cuando el actor solicitó sólo la indemnización, pero, aparte de que la opción es una consecuencia que la ley vincula con carácter necesario a la declaración de improcedencia, lo cierto es que para mantener esta posición la parte tendría que haber formulado en su momento la correspondiente impugnación, lo que no es el caso.

**SEGUNDO.**- En el único motivo del recurso se denuncia la infracción de los números 1 y 2 del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores y de los artículos 110.1 y 111.1 de la Ley de Procedimiento Laboral , argumentando que el mandato legal es claro en orden a conceder a la empresa la opción entre readmisión e indemnización y que es éste un mandato que no puede ser desconocido por los órganos judiciales, añadiendo, con cita de doctrina de suplicación, que cuando se eleva significativamente el importe de la indemnización el empresario puede variar el

sentido de su opción.

El motivo debe ser estimado. El artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores establece que cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación, o el abono de la indemnización cuya cuantía fija el precepto. Por su parte, el artículo 110.1 de la Ley de Procedimiento Laboral determina que la sentencia que declare el despido improcedente condenará al empresario a la readmisión del trabajador o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización en la indicada cuantía. Es un precepto imperativo y así lo ha declarado la Sala con reiteración incluso en aquellos supuestos en que la calificación legalmente prevista no se ha pedido en la demanda (sentencia de 19 de junio de 1990). La única excepción es la que prevé el artículo 110.2 de la Ley Procedimiento Laboral sobre el cambio de sujeto en el ejercicio de la opción. Pero la sentencia recurrida fundamenta, como hemos visto, su inaplicación de la norma legal en virtud de la opción ejercitada por la empresa en el momento del despido, lo que excluiría la posterior opción por la readmisión en virtud del principio de los actos propios.

De esta forma, la decisión impugnada viene a apoyarse en la regulación que contiene el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores sobre la denominada paralización de los salarios de tramitación, por lo que es preciso examinar el alcance real del ofrecimiento empresarial a partir de este precepto. El párrafo primero del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores comienza señalando 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". Añade el artículo citado que "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". El último párrafo del precepto indica que "a estos efectos, el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación".

Como recuerda la reciente sentencia de 27 de octubre de 2009 (LA LEY 223238/2009) , la redacción actual de la norma proviene de la Ley 45/2002 y esta disposición tuvo su origen en la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 5/2002 , en el que el devengo de los salarios de tramitación se limitaba a los supuestos de readmisión. En la Ley 45/2002 el objetivo de reducir los costes procesales del despido se modera, pero se mantiene, permitiendo que el empresario pueda paralizar el curso de los salarios de tramitación en determinadas condiciones que implican la satisfacción del interés del trabajador despedido. Esa posibilidad ya se contemplaba en la anterior redacción del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994 , pero en forma más limitada, pues el ofrecimiento empresarial se formulaba en el acto de conciliación y sólo a partir de este momento se producía la paralización. En las dos reformas -la de 1994 y la de 2002- se advierte con claridad en los propios términos de los preceptos y en su contexto general que la finalidad perseguida por el legislador ha sido limitar los costes meramente procesales del despido cuando existe una decisión empresarial que, con las debidas garantías de efectividad, proporciona una plena satisfacción de la pretensión del trabajador sobre la improcedencia del despido, dejando, por tanto, sin objeto la continuación del pleito cuando éste tiene por finalidad la declaración de la improcedencia del despido. En este sentido, como indicaba también la sentencia de 27 de octubre de 2.009 (LA LEY 223238/2009) , la nueva norma contiene dos previsiones fundamentales que conviene diferenciar, aunque están relacionadas:

1ª) La primera consiste en que se permite anticipar la transacción sobre el despido antes del acto formal de conciliación, a través de la iniciativa empresarial de ofrecer al trabajador el reconocimiento de la improcedencia 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.

2ª) Por otra parte, y para 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, aunque no exista transacción; posibilidad que ya contemplaba la redacción del precepto por la Ley 11/1994, pero que la reforma de 2002 adelanta y extiende a todo el periodo comprendido entre el despido y la conciliación.

El artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores es una norma compleja, que, para su adecuada comprensión, es conveniente exponer de forma sistemática. En su primera parte, que no se corresponde plenamente con la distribución de párrafos, se está contemplando una transacción: la oferta del empresario (*ofreciese*) y la reacción ante ella del trabajador (cuando *accepte* o *no acepte*). Si el trabajador acepta y hay acuerdo, se dan todos los elementos de la transacción: la situación potencial de controversia entre las partes sobre el despido y la necesidad de recíprocas concesiones entre ellas (reconocimiento de la improcedencia por parte del empresario con abono garantizado de una indemnización de al menos el importe legal y renuncia por parte del trabajador a otras pretensiones mayores en orden al resultado del litigio); concesiones que operan precisamente como vía de poner fin al pleito mediante el acuerdo. 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. El efecto normal de la falta de aceptación del trabajador será que no hay acuerdo transaccional y que, por tanto, no se ha evitado el pleito ni se ha puesto término al que pudiera considerarse iniciado (artículo 1809 del Código Civil). De los tratos preliminares que se han producido para llegar a la transacción no surgirán obligaciones para las partes que han participado en ellos, salvo, en su caso, los propios de la denominada responsabilidad precontractual por los gastos ocasionados por esos tratos. Pero a ese efecto civil común del fracaso de la transacción se une un efecto específico laboral, que es el que prevé el párrafo segundo del número 2 del artículo 56. En él estamos fuera de la transacción, porque lo que se regulan son las consecuencias del fracaso del intento de transacción sobre las decisiones que se adopten en el pleito por despido y ello en la línea de las finalidades ya mencionadas de eliminar el incremento artificial de los costes del despido mediante la presentación de demandas estratégicas que persiguen aumentar los salarios de tramitación, que -no se olvide- a partir de cierto límite temporal tienen una financiación pública. Lo que regula el segundo párrafo del artículo 56.2 del ET es 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 y por ello se exige que la oferta transaccional del empresario sea idónea para determinar una satisfacción plena de la pretensión del trabajador en el momento que se formula. De esta forma, el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores, lejos de ser una regla contraria a la tutela judicial efectiva, es una institución plenamente respetuosa con ella y coherente con la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal de la pretensión.

En este sentido debe entenderse la doctrina de nuestras sentencias de 30 de abril de 1998, 12 de mayo de 2005 (LA LEY 12865/2005) y 21 de junio 2007 (LA LEY 125132/2007), que se coordina sin dificultad con la de la sentencia del Pleno de 27 de octubre 2009 (LA LEY 223238/2009). En ellas ciertamente se afirma que "la oferta legalmente exigida no tiene carácter transaccional y, por ello, susceptible de ser discutida o modalizada a la baja, sino que tiene la condición de ofrecimiento liberatorio de una obligación legal". Así es, pero con ello no se niega que

se trate de una oferta transaccional en sí misma, sino que lo que se está precisando, con plena corrección, es que, para que esa oferta produzca los efectos de paralización del curso de los salarios de tramitación, tiene por lo menos que ajustarse al importe legal, proporcionando así al trabajador una satisfacción plena del contenido legal de su pretensión en el momento en que se formula. Por ello, la oferta, como dicen muy expresivamente las sentencias, no puede abrir una negociación a la baja en función de la incertidumbre del pleito, pues por debajo del mínimo legal no cumple la función de satisfacción de la pretensión y de paralización de los salarios de tramitación.

TERCERO.- En resumen, dentro de este esquema legal hay que distinguir dos hipótesis. Si hay transacción, mediante la aceptación expresa o tácita de la oferta empresarial, se producirán los efectos propios de la misma, pues se habrá evitado el pleito y habrá que estar a lo acordado por las partes en orden a la calificación del despido como improcedente y a la percepción del trabajador de la indemnización correspondiente, conforme a los artículos 1809 y 1816 del Código Civil, en relación con el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 56.2.2º del Estatuto de los Trabajadores recoge esta solución cuando, al regular el supuesto, se limita a indicar que la cantidad devengada por salarios de tramitación será únicamente la correspondiente a la comprendida en su caso entre la fecha del despido y la del depósito, cuando éste no se haya constituido en las 48 horas siguientes al despido, sin que sea necesario que el despido se declare improcedente si ha habido transacción.

Si no hay aceptación por parte del trabajador, no existirá transacción y el pleito continuará dictándose sentencia. Así se desprende también del artículo 56.2.2º del Estatuto de los Trabajadores cuando señala que "cuando el trabajador no acepte" la oferta empresarial y "el despido sea declarado improcedente" se produce la limitación, lo que evidencia que es necesaria una calificación judicial del despido y que ésta puede no ser la de improcedencia ofertada por la empresa. Es cierto que el pleito puede seguirse también para conseguir una declaración de nulidad o una indemnización superior a la ofertada. Ahora bien, lo que la norma establece es que, aunque no haya transacción, puede 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 haya producido la consignación, lo que evidencia que la calificación judicial del despido no está vinculada por el ofrecimiento empresarial. La única vinculación que establece el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores es la relativa a la limitación de los salarios de tramitación cuando el despido se declara improcedente, lo cual se explica en atención a que, como ya hemos dicho, la ley, tanto en su versión de 1994 como en la de 2002, ha querido desincentivar la continuación del proceso cuando la pretensión del trabajador ha de considerarse satisfecha por el ofrecimiento empresarial.

Pero *lo que aquí interesa es determinar si la opción por la indemnización realizada en el momento del despido es vinculante*. Ya hemos visto que *ese efecto de vinculación no está previsto en el artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores*; 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 sentencia recurrida deriva ese efecto de la doctrina de los actos propios, pero es obvio que no estamos ante un supuesto de aplicación de la misma*, que requiere "una expresa y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica", de forma que esa declaración de voluntad vincula a su autor que no puede adoptar después un comportamiento contradictorio que sería opuesto a la buena fe y a las exigencias de la confianza legítima (sentencias de 19 de diciembre de 2006 (LA LEY 175996/2006) y 2 de abril de 2007). *En el presente caso lo que se ha formulado por el empresario, al amparo del artículo 56.2.2º del Estatuto de los Trabajadores, no es una declaración de esta clase - constitutiva, en sí misma-, sino una oferta en el marco de una negociación orientada a evitar un pleito; oferta que, por exigencias de garantía para el trabajador, se acompaña de una consignación, y este tipo de*

*declaraciones responde en cuanto a su eficacia a las reglas generales de la contratación* (artículos 1258 y 1262 del Código Civil), *por lo que su carácter vinculante depende de que la oferta sea aceptada y de que esta aceptación llegue a conocimiento del oferente. Si no es así, la oferta 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.* Esto distingue el presente supuesto del que decidió nuestra sentencia de 7 de octubre de 2009 (LA LEY 218031/2009) (recurso 2694/ 2008), pues el acto de despido sí es una declaración unilateral que tiene efectos por sí misma en orden a la extinción del contrato. El que la indemnización se consigne judicialmente tampoco pone de manifiesto su pretendido carácter irrevocable, pues, conforme al artículo 1180 del Código Civil , puede ser retirada por quien la ha hecho mientras el acreedor no la hubiese aceptado o no hubiere recaído declaración judicial de que está bien hecha, en el presente caso de que el despido es procedente y la opción aplicable es la indemnización.

Por otra parte, no es cierto que la no vinculación del empresario sea susceptible de causar indefensión al trabajador. *No hay indefensión alguna porque no hay una expectativa razonable de que el empresario limite su oposición en el proceso a los términos de un ofrecimiento que no ha sido aceptado. Al trabajador se le ha ofrecido el reconocimiento del despido improcedente y una determinada indemnización; no ha aceptado esta oferta y opta por abrir el proceso. Pero no puede esperar que lo que se ha ofrecido para evitar el pleito se mantenga en éste.*

Pero además, aunque se aceptara por hipótesis, la vinculación por el ofrecimiento de indemnización, esa vinculación quedaría limitada obviamente por los términos de la propia oferta, en este caso el importe de la indemnización ofertada y no comprendería la oferta de una indemnización superior. Este es un principio general que se deduce de la propia definición de la autonomía privada, en la que, como aclara el artículo 1283 Código Civil , para la interpretación de las declaraciones de las partes, no pueden en tales declaraciones entenderse comprendidos "casos diferentes" y "cosas distintas". De la misma manera que no habría acuerdo vinculante si el trabajador hubiera contestado que aceptaba la oferta empresarial de reconocimiento de la improcedencia del despido, pero que lo hacía con una indemnización superior, tampoco puede haber vinculación por una declaración de voluntad a la que se ha variado un elemento esencial de su criterio por la intervención de un tercero. En este sentido la regla del artículo 111.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral no es más que una manifestación específica de un principio general de la dogmática del negocio jurídico en cuanto al alcance de las declaraciones de voluntad.

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.

Procede, por tanto, la estimación del recurso, como propone el Ministerio Fiscal, para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación, desestimando el recurso del actor y confirmando el fallo de instancia. Todo ello sin imposición de costas en este recurso, ni en el de suplicación.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

#### FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la empresa AVANT GARANTIAS, S.L., contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de octubre de 2.008, en el recurso de suplicación nº 4144/08, interpuesto frente a la sentencia dictada el 9 de mayo de 2.008 por el Juzgado de lo Social nº 35 de Madrid , en los autos nº 292/08, seguidos a instancia de D. Jose Pablo ,



ASISTENCIA TECNICA INDUSTRIAL, S.A., VALLE Y CABRERA ASOCIADOS, S.L., contra dicha recurrente, sobre despido. Casamos la sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos y resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimamos el recurso de esta clase interpuesto por D. Jose Pablo y confirmamos el fallo de instancia. Sin imposición de costas en este recurso, ni en el de suplicación.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Voto particular que formula la Magistrada Excm.a Sra. Doña Maria Luisa Segoviano Astaburuaga en la sentencia dictada en el recurso 71/09 al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agusti Julia, Doña Rosa Maria Viroles Piñol y Doña Maria Lourdes Arastey Sahun.

De conformidad con lo establecido en el artículo 260.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo voto particular a la sentencia dictada en el recurso 71/09 .

### El voto particular

se funda en las siguientes consideraciones jurídicas:

**PRIMERO.-** Con todo respeto a la opinión mayoritaria de la Sala que se recoge en la sentencia, discrepo no del fallo de la misma, como a continuación se expondrá, sino de los razonamientos que han conducido a dicha decisión.

**SEGUNDO.-** 1- El único punto de controversia al que entiendo ha de circunscribirse la Sala es si al haber variado la sentencia, que declaró improcedente el despido del actor, la cuantía de la indemnización -fijándola en 44.160'90 euros-, en su día ofrecida y depositada en el Juzgado por el empresario -14.788 ,25 euros- puede éste recobrar la posibilidad de optar entre la readmisión y la indemnización y, en su caso, decantarse por la primera. Partiendo de que tiene y efectúa su opción a favor de la readmisión, lógicamente, en este supuesto el empresario habría de abonar los salarios de tramitación correspondientes al período transcurrido desde la fecha del despido hasta la de la readmisión, aplicándose la regla general contenida en el artículo 56.1 E.T. y no la previsión especial del apartado 2 de dicho precepto.

2- Para resolver tal cuestión se ha de acudir a la reiterada doctrina de esta Sala sobre los efectos que en la paralización de los salarios de tramitación desencadena la calificación como sustancial o no sustancial del error padecido por el empresario en el importe de la cantidad depositada correspondiente a la indemnización por despido improcedente, en los supuestos en los que el trabajador interpone demanda por despido.

Así:

a) Cuando el error en la cantidad ofrecida y depositada, cumpliendo la totalidad de requisitos establecidos en el artículo 56.2 E.T ., se ha calificado de "no sustancial" ("consignación insuficiente por error excusable") la sentencia se limita a condenar al empresario a abonar la diferencia económica entre lo consignado y la cuantía que corresponde, sin que tal error prive de efectos a la actuación empresarial: no se devengan salarios de tramitación -si el depósito se hizo en las 48 horas siguientes al despido- o quedan limitados a la fecha del depósito y notificación al trabajador -si el depósito y notificación se efectuó transcurridas dichas 48 horas- y se mantiene la opción que ejercitó el empresario a favor de la indemnización.

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 de esta Sala de 19 de Junio de 2003, recurso 3673/02 , 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.

Se ha entendido que existía "error excusable" en los siguientes supuestos:

Sentencia de 24 de abril de 2000, recurso 308/99 (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). Sentencia de 26 de diciembre de 2005, recurso 239/05 (escasa diferencia -157,90 euros- y salario de cálculo especialmente complejo). Sentencia de 26 de enero de 2006, recurso 3813/04 (no incluyó en el cálculo del depósito el valor atribuible a las stock options). Sentencia de 7 de febrero de 2006, recurso 3850/04 , (no incluyó en el cálculo del depósito la partida correspondiente al salario en especie, consistente en el valor de utilización del vehículo facilitado por la empresa). Sentencia de 28 de febrero de 2006, recurso 121/05 (no incluyó el "bonus" en el cálculo de la indemnización). Sentencia de 24 de octubre de 2006, recurso 2154/05 (calculó la indemnización partiendo del salario percibido por la trabajadora que tenía reducida la jornada por guarda legal de un menor). Sentencia de 13 de noviembre de 2006 , recurso 3110/05 (no tuvo en cuenta que en el momento de la contratación a la actora se le había reconocido la antigüedad de los servicios prestados en otra empresa). Sentencia de 27 de junio de 2007, recurso 4128/06 (diferencia de escasa cuantía 54,45 euros). Sentencia de 19 de octubre de 2007, recurso 4128/06 (en el pleito de despido se le reconoció la categoría superior, por lo que la inferior cantidad depositada obedecía a que en el momento del despido ostentaba una categoría inferior y la indemnización se calculó conforme al salario de dicha categoría). Sentencia de 16 de mayo de 2008, recurso 523/07 (no inclusión en el cálculo de la indemnización de los beneficios del ejercicio de las stock options).

b) Cuando el error ha sido calificado de sustancial (consignación insuficiente por negligencia o error inexcusables) la Sala ha entendido que los salarios de tramitación no se paralizaban con el depósito sustancialmente insuficiente y, por ende, el empresario recobraba el derecho de optar. Así, la sentencia de 1 de octubre de 2007, recurso 3794/06 , entendió que constituía error inexcusable el que la empresa calculara la indemnización atendiendo al salario neto percibido por el trabajador, en lugar de al salario bruto, por lo que el depósito de dicha indemnización no produce la paralización de los salarios de tramitación.

3- En el asunto ahora sometido a la consideración de la Sala el empresario ha incurrido en un error sustancial, por la importante diferencia entre lo depositado, en cumplimiento de las previsiones del artículo 56.2 E.T. -14.788 ,25 euros- y lo que debió depositar -44.160,90 euros- tal como fija la sentencia que declaró la improcedencia del despido, por lo que aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 111.1 b) L.P.L ., el empresario puede cambiar el sentido de su opción, -optó por la indemnización y, a la vista de la superior cuantía de la indemnización, opta por la readmisión- retro trayendo sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, lo que implica el abono de salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de readmisión.

4- Con el razonamiento anterior existía base suficiente para resolver el recurso en la forma efectuada, la que en cuanto al fondo comparto, y a sus extremos se reduce el objeto del debate. No obstante, la Sala entra a plantearse cuestiones que no se contemplan ni en la sentencia recurrida ni en la contradictoria, formulando diversas hipótesis, a modo de "obiter dicta", que pueden generar inseguridad en la aplicación del artículo 56.2 E.T .

TERCERO.- 1- La tesis de la sentencia de la Sala parte de que en el artículo 56.2 E.T. se pueden distinguir dos partes diferenciadas. Una primera parte, que no se corresponde plenamente con la distribución de párrafos, en la que se contempla una transacción, a saber, la oferta del empresario ("ofreciese") y la reacción ante ella del trabajador ("cuando acepte o no acepte"). Si el trabajador acepta y hay acuerdo, se dan todos los elementos de la transacción. En la segunda parte del precepto se sale 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 que no hay acuerdo transaccional y que, por tanto, no se ha evitado el pleito ni se ha puesto término al que pudiera considerarse iniciado (artículo 1809 del Código Civil). De los tratos preliminares que se han producido para llegar a la transacción no surgirán obligaciones para las partes que han participado en ellos, salvo, en su caso, los propios de la denominada responsabilidad contractual por los gastos ocasionados por estos tratos, uniéndose al efecto civil el específico laboral, que es el que prevé el párrafo segundo del número 2 del artículo 55 E.T., en él estamos fuera de la transacción porque lo que se regulan son las consecuencias del fracaso del intento de transacción sobre las decisiones que se adopten en el pleito por despido.

2- No comparto la tesis de la sentencia de que la regulación contenida en el artículo 56.2 E.T. es una transacción regulada por los artículos 1809 y concordantes del Código Civil, por las razones que a continuación se exponen:

En primer lugar, el concepto de transacción recogido en el artículo 1809 del Código Civil -"es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado"- presenta como elementos esenciales: 1º) Una relación jurídica incierta. 2ª) La intención de los contratantes de sustituir a la relación dudosa una relación cierta e incontestable y 3ª) una recíproca concesión de las partes, por virtud de la cual, cada una de ellas dando, reteniendo o prometiendo algo sufra un sacrificio. En cuanto al último requisito resulta que pueden ser objeto de transacción todos los derechos controvertidos o dudosos, siempre que por ser de interés privado y estar en el comercio sean susceptibles de disposición y renuncia por los particulares. El último requisito no concurre en el supuesto regulado por el artículo 56.2 E.T., ya que los derechos controvertidos no son susceptibles de disposición ni de renuncia pues, ni el empresario puede ofrecer menos de lo que establece el preceptado artículo 56.2, ni el trabajador puede aceptar oferta inferior a la fijada en dicho precepto, en palabras de las sentencias de esta Sala de 30 de septiembre de 1998, recurso 3358/97, 12 de mayo de 2005, recurso 484/04 y 14 de junio de 2007, recurso 967/02, la oferta empresarial no es "susceptible de ser discutida o modalizada a la baja".

En segundo lugar, la transacción regulada en el artículo 1809 del Código civil no exige forma alguna, admitiéndose la validez de la transacción verbal, en tanto la figura regulada en el artículo 56.2 E.T. exige determinadas formalidades, especialmente las que complementan el ofrecimiento. Así el artículo 56.2 exige que el empresario reconozca la improcedencia del despido, ofrezca la indemnización prevista en el artículo 56.1ª E.T., la deposite en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y lo ponga en conocimiento de éste. Previsión normativa que ha sido jurisprudencialmente interpretada, estableciendo el Juzgado en el que ha de efectuarse la conciliación -sentencia de 4 de noviembre de 2008, recurso 3832/07 -; la forma de cómputo de plazo de 48 horas -sentencia de 16 de octubre de 2006, recurso 3583/05 -; la forma de depositar la indemnización -sentencias de 25 de mayo de 2005, recurso 3798/04 y de 21 de marzo de 2006, recurso 2496/05 (no admiten la transferencia bancaria), sentencia de 22 de enero de 2008, recurso 1689/07 (admite el pago mediante cheque bancario)-; los conceptos que ha de incluir el depósito, extendiéndose también a los salarios de tramitación si los hubiera -sentencia de 21 de septiembre de 2006, recurso 4667/04, siguiendo la doctrina unificada iniciada por la sentencia de 27 de abril de 1998, recurso 3483/97 -; la forma en que ha de reconocerse la improcedencia del despido -sentencia de 23 de noviembre de 2006, recurso 3462/05 y de 18 de septiembre de 2007, recurso 994/06-; la forma de comunicar al

trabajador el reconocimiento de la improcedencia del despido -sentencia de 30 de mayo de 2006, recurso 2457/05 y de 17 de diciembre de 2008 , recurso 797/07-; la forma de ofrecer la cantidad, no admitiéndose que se haga junto con cantidades correspondientes a otros conceptos sin diferenciarlos -sentencia de 12 de mayo de 2005, recurso 484/04 y de 21 de junio de 2007 , recurso 967/06-; los efectos de la notificación tardía al trabajador del reconocimiento de la improcedencia y el depósito -sentencia de 27 de octubre de 2009, recurso 3672/08 -.

En tercer lugar la transacción judicial -la que se concluye para poner término a un pleito comenzado, comunicándose al juzgado- puede realizarse en cualquier momento de la primera instancia, o de los recursos, o de la ejecución de sentencia, a tenor de lo establecido en el artículo 19.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en tanto los actos del empresario a los que se refiere el artículo 56.2 E.T . únicamente pueden realizarse hasta el momento de la conciliación -entendiendo que es la conciliación judicial, tal como lo ha señalado la sentencia de 24 de julio de 2006, recurso 2425/05, y 3 de noviembre de 2008 , recurso 3566/07-.

En cuarto lugar, esta Sala ha señalado reiteradamente que la oferta empresarial regulada en el artículo 56.2 E.T . no tiene carácter transaccional y, por ello, susceptible de ser discutida o modalizada a la baja, sentencias de 30 de septiembre de 1998, recurso 3358/97, (Sala General), 12 de mayo de 2005, recurso 484/04 y 21 de junio de 2007, recurso 967/06 .

En consecuencia no procede aplicar la regulación de la transacción establecida en el Código Civil a la figura contemplada en el artículo 56.2 E.T.

3- Tampoco comparto la tesis de que, si no se llega a una transacción, de los tratos preliminares que se han producido no surgirán obligaciones para las partes, a salvo la responsabilidad precontractual por los gastos de dichos tratos, sino que aparecerá el efecto específico laboral previsto en el artículo 56.2 E.T .

A este respecto hay que señalar que el citado artículo no condiciona los beneficiosos efectos que para el empresario representa el cumplir sus previsiones -limitación e incluso exoneración de los salarios de tramitación- a la aceptación del trabajador, sino que tales efectos se producen, acepte o no el trabajador, e incluso si expresamente manifiesta su rechazo, pues se trata de un acto unilateral y espontáneo del empresario.

La no exigencia de aceptación por parte del trabajador resulta, en primer lugar, de la dicción legal del precepto "cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente"...siendo idéntico el efecto que en orden a la limitación de salarios se produce en uno y otro supuesto.

En segundo lugar, el precepto exige que la cantidad depositada se ponga a disposición del trabajador, lo que supone que este puede retirarla en cualquier momento -lo que es práctica habitual en la mayoría de los Juzgados de lo Social-, sin necesidad de manifestar su aceptación de la oferta empresarial y sin que dicho acto del trabajador suponga una aceptación tácita de dicha oferta. Por último, el precepto prevé la posibilidad de que el empresario realice dicho acto conociendo que el trabajador expresamente no ha aceptado su oferta. En efecto, el último párrafo del apartado 2 del artículo 56 E.T . dispone que: "A estos efectos el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación (judicial)", lo que implica que el empresario que depositó el importe de la indemnización a disposición del trabajador, aún conociendo que dicho trabajador no acepta su oferta, ya que ha demandado por despido,(en la tesis mayoritaria, la interposición de la papeleta de conciliación o de la demanda por despido, comporta, en todo caso, rechazar la oferta) puede reconocer la improcedencia del despido para evitar o limitar los salarios de tramitación.

En definitiva, el efecto previsto por el precepto, de limitar o evitar los salarios de tramitación, solo se consigue si el empresario mantiene su oferta, -incluso en el ámbito civil de la contratación la oferta se mantiene mientras no sea

expresamente retirada por el oferente- con independencia de la actitud que tome el trabajador.

La no aceptación de la oferta por parte del trabajador no supone que el empresario pueda retractarse de lo ofertado por las siguientes razones:

Primero: La norma no prevé tal posibilidad, ni puede establecerse por aplicación de lo preceptuado en el Código Civil para la transacción, por no tratarse de una transacción como ha quedado anteriormente razonado.

Segundo: La norma prevé, por el contrario, la no aceptación por el trabajador y la persistencia de la oferta empresarial. Así el último párrafo del artículo 56.2 dispone que el empresario podrá reconocer la improcedencia del despido hasta el momento de la conciliación (judicial).

Tercero: 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 -reconocer la improcedencia, ofrecer la indemnización, depositarla en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y ponerlo en conocimiento de éste- y, en consecuencia, si la sentencia reconociera la improcedencia del despido y fijara la misma indemnización que consignó el empresario, no se produciría el efecto de limitación o exoneración de salarios de tramitación. No cabe mantener el reconocimiento de improcedencia únicamente para los efectos favorables y no para los, en su caso, perjudiciales. En efecto, tal y como dispone el artículo 1180 del Código Civil, mientras el acreedor no hubiera aceptado la consignación, podrá el deudor retirarla, dejando subsistente la obligación, que a tenor del precepto examinado, supondrá el abono de la indemnización y de la totalidad de salarios de tramitación.

Cuarto: Si cabe la retractación de la totalidad de la oferta, como mantiene la sentencia de la Sala, también el empresario podría variar el sentido de su opción, aún cuando la indemnización fijada en la sentencia coincidiera exactamente con la ofertada y depositada por el empresario.

Quinto: Si en la demanda por despido el trabajador únicamente plantea el importe de la indemnización -por entender que ha de ser superior- o la titularidad del derecho de opción -por entender que no le corresponde al empresario - a estas cuestiones ha de ceñirse el debate, pues la improcedencia ha sido reconocida por el empresario y hasta ese momento no ha retirado su oferta. 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 (sentencia de 23 de marzo de 1999, recurso 4043/92; 24 de febrero de 2005, recurso 46/04; 23 de mayo de 2006, recurso 8/05; 19 de diciembre de 2006, recurso 2659/05 y 2 de abril de 2007, recurso 11/06).

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.

Sexto: En el 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, la solución ha de ser diferente. En efecto, a tenor del artículo 108.2 de la L.P.L. y 55.5 E.T., en los supuestos previstos en los mismos, 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.

CUARTO.- 1- Sentado que la regulación contenida en el artículo 56.2 E.T . no es una transacción, tal como aparece regulada en el Código Civil, resta por examinar su naturaleza jurídica, para lo que procede determinar, en primer lugar cuál es la finalidad de la norma cuya interpretación se cuestiona.

Como ha señalado la sentencia de esta Sala de 3 de noviembre de 2008, recurso 3566/07 , "en tanto que (la reforma) debida a la Ley 11/1994 obedeció -según mayoritaria doctrina- tanto a la finalidad de favorecer la conciliación extrajudicial cuanto de corregir el abuso de injustificadas oposiciones a la conciliación que prolongasen los salarios de trámite, el objetivo de la reforma operada por la Ley 45/2002 -que introduce la actual redacción de la norma- 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..."

No hay que olvidar que la reforma introducida por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre , corrige la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 5/2002 de 24 de mayo , que suprimió los salarios de tramitación, en el supuesto de que el despido se declarara improcedente, manteniéndolos únicamente para el supuesto en que el empresario, ante la declaración de improcedencia del despido, optara por la readmisión. La Ley 45/2002 siguió la estela del precitado Real Decreto-Ley, si bien reequilibrando el derecho al percibo de salarios de tramitación en los supuestos de despido improcedente, dando la oportunidad al empresario de limitar, e incluso suprimir su devengo, acudiendo a la figura establecida en el artículo 56.2 E.T ., manteniendo el derecho para el trabajador al percibo de dichos salarios de tramitación, en el supuesto de que el despido se declarara improcedente y el empresario no hubiera utilizado la previsión del artículo 56.2 E.T .

Por otra parte, la limitación de los salarios de tramitación también beneficia indirectamente al Estado, habida cuenta de la responsabilidad que en el pago de los mismos le impone el artículo 57 E.T .

2- Tal como reiteradamente ha venido reconociendo esta Sala, la oferta legalmente exigida por el artículo 56.2 E.T . tiene la condición de ofrecimiento liberatorio de una obligación legal que, por tanto, solo alcanzará eficacia cuando la contraparte "se negare sin razón a admitirlo "en los propios términos en que el mismo haya sido hecho", cual con carácter general exige el artículo 1176 del Código Civil -sentencia de 30 de septiembre de 1998, recurso 3358/97 y de 21 de junio de 2007 , recurso 967/06. Asimismo han sido aplicados los preceptos del Código Civil, situados bajo la rúbrica "del ofrecimiento de pago y de la consignación", artículo 1176 y siguientes del Código Civil , en la sentencia de 27 de abril de 1998, recurso 3483/97 , que examina el artículo 56.2 E.T. en la redacción dada por la Ley 11/1994 de 10 de mayo y en la sentencia de 21 de abril de 2006, recurso 4667/04 , que examina el citado precepto en la redacción actual. Por su parte la sentencia de 17 de septiembre de 2004, recurso 4102/03 , ha aplicado dichos preceptos en relación con el artículo 56.2 E.T., en redacción dada por Ley 11/1994 , respecto al depósito de la indemnización.

Por lo tanto, el cumplimiento por el empresario de todos los requisitos exigidos por el artículo 56.2 E.T . le libera de su obligación, tal como reconoce el propio precepto, disponiendo que se producen los mismos efectos, tanto si el trabajador acepta lo ofrecido como si no acepta y el despido se declara improcedente, siendo dichos efectos la limitación de los salarios de tramitación hasta la fecha del depósito, o el no devengo de dichos salarios si el

depósito se realiza en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido.

La voluntad del legislador de atribuir efectos a la conducta empresarial, con independencia de su aceptación o no por el trabajador, aparece reforzada por lo dispuesto en el último párrafo del artículo 56.2 E.T. que dispone que "a estos efectos el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación (judicial)", lo que supone que ya se ha iniciado el pleito, es decir el trabajador no ha aceptado, y, sin embargo, el empresario procede a reconocer la improcedencia del despido.

3- La aplicación a la figura regulada en el artículo 56.2 E.T. de los preceptos contenidos en el Código Civil bajo la rúbrica "Del ofrecimiento de pago y la consignación" ha de ser atemperada atendiendo a la finalidad del precepto laboral que, como anteriormente se consignó, no es otra que reducir el coste que para el empresario comportan los despidos improcedente, eliminando o reduciendo los salarios de tramitación, e, indirectamente, tratando de evitar el proceso. Por ello no resulta de aplicación lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1180 del Código Civil - "mientras el acreedor no hubiera aceptado la consignación o no hubiere recaído la declaración judicial de que está bien hecha, podrá el deudor retirar la cosa o cantidad consignada, dejando subsistente la obligación"- , por los motivos que a continuación se exponen:

- No se lograría la finalidad perseguida por la norma de reducir o, en su caso, eliminar los salarios de tramitación pues, retirada la oferta empresarial, no se cumplen los requisitos del apartado 2 del artículo 56 E.T. y se aplica el apartado 1 del mismo.

- La previsión contenida en el artículo 56.2 E.T. , que establece que la cantidad se deposita "a disposición del trabajador", lo que supone que este puede retirarla en cualquier momento, se compadece mal con la posibilidad de que el empresario pueda retirar la cosa (artículo 1180 del Código civil), en este caso el reconocimiento de la improcedencia y la cantidad depositada, pues esta última ha podido ser retirada por el trabajador.

- El hecho de que el contrato de trabajo se entienda extinguido en la fecha del despido, si el empresario cumple lo previsto en el artículo 56.2 E.T. , resulta de difícil encaje con la posibilidad de que el empresario retire su oferta y, por lo tanto, el contrato quede restaurado.

QUINTO.- La sentencia deja sin contenido toda la jurisprudencia de esta Sala, anteriormente expuesta, sobre el error excusable o inexcusable, ya que el hecho de plantear demanda, si la indemnización fijada no coincide exactamente con la ofrecida, aunque sea por una diferencia mínima y con independencia de su causa, comportaría el que los salarios de tramitación no se paralicen.

SEXTO.- Por todo lo razonado entiendo que la sentencia debió estimar el recurso formulado -como así lo ha hecho- pero no por los fundamentos en ella contenidos sino por los que aparecen en este voto particular.

Madrid, a 18 de diciembre de 2.009

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete y el voto particular formulado por la Excmo. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> Maria Luisa Segoviano Astaburuaga al que se adhieren los Excmos. Sres. Magistrados D. Fernando Salinas Molina, D. Jordi Agusti Julia, D<sup>a</sup> Rosa Maria Viroles Piñol y D<sup>a</sup> Maria Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.