

INDEMNIZACIÓN DE TREINTA Y CINCO DIAS DE SALARIO Y PRESTACIÓN POR DESEMPLEO EN DESPIDO CONCILIADO IMPROCEDENTE. A PROPÓSITO DE UNA RECIENTE STS DE 27 SEPTIEMBRE 1996¹

Alberto Arufe Varela

1. Como es sabido, la vigente legislación española de seguridad social permite que un trabajador acceda a la prestación por desempleo en los supuestos de extinción del contrato de trabajo por *despido improcedente*², aun cuando la improcedencia no haya sido declarada por sentencia judicial, sino, en un momento anterior, aquélla hubiese sido reconocida por el propio empresario en trámite de *conciliación administrativa*³. Ahora bien, para que la situación legal de desempleo quede válidamente configurada en este supuesto, no basta con el mero reconocimiento de la improcedencia, pues se exige un «requisito adicional»⁴, consistente en que la indemnización que se acuerde no ha de ser inferior a *treinta y cinco días de salario*⁵.

A pesar de venir establecido en una norma reglamentaria, es éste un requisito cuya legalidad no suscitó ninguna duda, como ya puso de manifiesto la primera jurisprudencia emanada sobre este asunto por el extinto TCT⁶. Sin embargo, la exigencia de un mínimo indemnizatorio de treinta y cinco días de salario, no permanece ajena a cierta controversia, la cual surgió, en efecto, en relación a cómo debe aplicarse en determinados supuestos. Me refiero a aquellos casos en los que el contrato se ha extinguido —siempre por despido conciliado como improcedente, por supuesto— antes

¹ Abreviaturas: *ET*: Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 marzo; *LGSS*: Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/94, de 20 junio; *LPD*: Ley 31/1984, de 2 agosto, de Protección por Desempleo; *RPD*: Real Decreto 625/85, de 2 abril, por el que se desarrolla la Ley 31/84, de 2 agosto, de protección por desempleo; *STCT*: sentencia del Tribunal Central de Trabajo; *STS*: sentencia del Tribunal Supremo; *STSJ*: sentencia del Tribunal Superior de Justicia; *TCT*: Tribunal Central de Trabajo; *TS*: Tribunal Supremo; *TSJ*: Tribunal Superior de Justicia.

² Cfr. art. 208.1.c) LGSS.

³ Cfr. art. 1.1.c) RPD.

⁴ CABEZA PEREIRO, J., *Situaciones legales de desempleo por extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi (Pamplona, 1996), pág. 57. Como señala este autor, la válida configuración de la situación legal de desempleo, cuando tiene su origen en un despido conciliado improcedente exige la concurrencia de otros tres requisitos: 1) que haya avenencia entre las partes, 2) que sea ante un órgano administrativo, y 3) que se califique el despido como improcedente.

⁵ Cfr. art. 1.1.c) RPD.

⁶ Así es, en efecto, pues al menos una docena de sentencias procedentes del TCT aplicaron el citado precepto con naturalidad, sin poner en duda su legalidad.

de alcanzar un año de duración⁷. Se trata de saber si los treinta y cinco días de salario se exigen en todo caso, con rigidez, o si, por el contrario, cabe la posibilidad de configurar la situación legal de desempleo aun pactando una cantidad inferior, en relación a contratos de breve duración, respecto a los cuales la indemnización de treinta y cinco días resulta superior a la que procedería legalmente de ser declarada la improcedencia por sentencia judicial⁸. Pues bien, el último eslabón que yo conozco en esta controversia jurídica lo constituye una reciente **STS de 27 septiembre 1996**, sobre la cual va a girar, precisamente, el objeto de este comentario⁹.

2. La sentencia citada resuelve un recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto por el INEM frente al fallo que, en la instancia anterior, resolviendo la sala de lo social de un TSJ en suplicación¹⁰, había concedido la prestación por desempleo al trabajador demandante. Éste, que había sido despedido, pactó en trámite de conciliación con el empresario la improcedencia del despido, acompañado de una indemnización cuyo montante no superaba los treinta y cinco días de salario¹¹. A pesar de ello, la sentencia de suplicación —que revocaba la de instancia— concedió la prestación por desempleo, considerando que, si bien el precepto enjuiciado no planteaba problemas de legalidad, sí debía ser matizado en supuestos —como el presente— en que la duración del contrato fuese inferior a un año, en cuyo caso, para el fallo de suplicación que ahora se recurre, el **límite de la indemnización** —treinta y cinco días de salario— **debía ser prorrateado**, con el objeto de fijar como tope una cantidad inferior, proporcional a la duración del contrato¹².

3. La STS que se comenta, paradójicamente, sólo se pronuncia sobre la primera de las cuestiones, esto es, la de la **legalidad del requisito**; pero no, al menos no de manera explícita, sobre la segunda, más polémica, relativa a la posibilidad de prorratear la cuantía de la indemnización en contratos de duración inferior al año.

¿Por qué la paradoja? Porque es justamente sobre el asunto de la legalidad del requisito sobre el que existe **acuerdo prácticamente unánime**¹³, ya desde el principio, como sabemos. En efecto —reitera ahora la citada STS—, el RPD «no ha incurrido en

⁷ Habría que referirse, más bien, a contratos de duración inferior a nueve meses, en la medida en que sólo hasta esta duración una indemnización de 35 de salarios resulta inferior a la indemnización legalmente establecida de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, como nos muestra una simple regla de tres, pues esta última debe ser prorrateada por meses cuando el contrato no alcance el año de duración.

⁸ Esto es, 45 días de salario por año de servicio.

⁹ Ar. 6905.

¹⁰ Esta es una STSJ (Andalucía-Málaga) de 21 febrero 1995 (Ar. 443).

¹¹ Véase antecedente de hecho 2º VI de la citada STSJ (Andalucía-Málaga) de 21 febrero 1995.

¹² Para esta STSJ, en efecto —f.j. 2º—, «la conciliación administrativa será determinante de una situación legal de desempleo cuando fije una indemnización por despido improcedente no inferior a la que resulte de calcular la misma en razón a cuarenta y cinco días de salario por año de servicio o del prorrateo de esa cifra por meses cuando se trate de contratos de trabajo de duración inferior a 1 año».

¹³ En contra, pueden únicamente citarse sendos pronunciamientos del TSJ (Castilla y León-Valladolid) de 21 mayo 1991 (Ar. 3349) —sentencia, ésta, precisamente casada y anulada por una posterior STS de 22 septiembre 1992 (Ar. 7366)— y de 3 febrero 1992 (Ar. 680); así como otra STSJ (Aragón) de 30 septiembre 1992 (Ar. 4524) —casada y anulada por STS de 31 enero 1994 (Ar. 396). Otra STSJ (Murcia) de 30 octubre 1989 (Ar. 2238), sin llegar a afirmar rotundamente la ilegalidad del precepto reglamentario, sí sostiene que debe ser interpretado de forma restrictiva por su carácter de «limitación “*extra legem*”».

«ultra vires»¹⁴, justificando esta afirmación con un argumento histórico-legislativo¹⁵, cuya influencia, aunque «dudosa»¹⁶, se encuentra jurisprudencialmente consolidada¹⁷.

Sin embargo, paradójicamente repito, nuestra STS no se manifiesta de forma explícita sobre la segunda de las cuestiones, esto es, la relativa a la *interpretación del requisito* de los treinta y cinco días de salario en relación con los contratos de duración inferior a nueve meses. Este asunto sí goza de una mayor y real conflictividad y requeriría un pronunciamiento expreso¹⁸, pues, a pesar de que dos conocidas SSTS precedentes, de 22 septiembre 1992 y 31 enero 1994¹⁹, denegaron la prestación por desempleo en supuestos análogos al que se comenta²⁰, no se pronunciaron «expresamente sobre la doctrina correcta»²¹, de manera que *la cuestión no quedó plena y satisfactoriamente resuelta*. La mejor prueba de esta afirmación la constituye la existencia de jurisprudencia posterior²² que —en palabras de Alonso Olea y Tortuero Plaza— decidió «con acertada doctrina»²³ en sentido contrario al que parecían apuntar las últimas sentencias del TS citadas.

Por ello, resulta pertinente afirmar que el fallo que ahora se comenta ha desperdiciado una nueva ocasión para zanjar el asunto de una manera expresa y contundente, en cuanto que el supuesto que enjuicia hace referencia precisamente a un contrato de trabajo extinguido, mediante despido, transcurridos nueve meses desde su inicio. Con todo, el valor del fallo no parece que deba ser puesto en entredicho, pues, aunque no de una manera expresa, sí reitera y restablece **implícitamente** la doctrina presente —de una manera también implícita— en las anteriores decisiones del TS.

4. Esta doctrina, sin embargo, no resulta plenamente satisfactoria. No lo resulta, en primer lugar, a la luz de la legislación vigente en la fecha en que se planteó

¹⁴ F.j. 2º.

¹⁵ En efecto, afirma la STS —f.j. 2ºc)— que «la vigencia de este requisito, en su dimensión histórica, se remonta, ya, a la Orden de 5 mayo 1967, cuyo artículo 10 condicionaba el reconocimiento de la prestación derivada de conciliación a la percepción de una indemnización no inferior a treinta días de salario; se mantiene, incrementando la indemnización a treinta y cinco días por el artículo 4, e) del Real Decreto 920/1981, de 26 abril —dictado para aplicación de la Ley de 1980 de protección de desempleo—, norma reglamentaria que siguió vigente “en lo que no se oponga”, tras la vigencia de la Ley 31/1984 de Protección [de desempleo], hasta la entrada en vigor de la Reglamento 625/1985, de 2 abril, cuyo artículo 1.1.c) reitera la exigencia del repetido requisito».

¹⁶ ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 14ª ed. revisada, Civitas (Madrid, 1995), pág. 213.

¹⁷ El argumento “histórico” había sido utilizado por primera vez por una STCT de 24 septiembre 1986 (Ar. 8394), para la que el requisito de los treinta y cinco días de salario constituía un «fiel reflejo continuador de la situación reglamentaria anterior»; repetido después tanto por los SSTSJ (puede verse una STSJ [Extremadura] de 22 marzo 1991 [Ar. 2219]), como por el TS (en este sentido, SSTS de 22 septiembre 1992 [Ar. 7366] y 31 enero 1994 [Ar. 396]). Con estas dos últimas sentencias, señalan *Desdentado Bonete y Mercader Úguina* que «la controversia [acerca de la legalidad del requisito] quedó saldada», en *El desempleo como situación protegida (Un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y asistencial)*, Civitas (Madrid, 1996), pág. 68.

¹⁸ Cfr. CABEZA PEREIRO, J., ob. cit., pág. 61.

¹⁹ Ar. 7366 y 396, respectivamente..

²⁰ En efecto, en el primero de los casos el despido aconteció tras seis meses de trabajo; y, en el segundo, después de 20 días.

²¹ Cfr. CABEZA PEREIRO, J., ob. cit., pág. 61, nota 109. Con todo, algún pronunciamiento, como una STSJ (Madrid) de 13 septiembre 1995 (Ar. 3312), sí considera que el asunto ha quedado expresamente resuelto.

²² Así, se puede citar SSTSJ (Andalucía-Sevilla) de 3 noviembre 1994 (Ar. 4498) y (Andalucía-Málaga) de 21 febrero 1995 (Ar. 443) —sentencia, ésta última, que casa y anula la STS base de este comentario.

²³ ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA, ob. cit., pág. 213. Realizado este apunte en relación a una STSJ (Andalucía-Sevilla) de 14 octubre 1993 (Ar. 4583), la cual, junto a otra STSJ (Murcia) de 30 octubre 1989 (Ar. 4583), constituyen los precedentes en los que se aplica la doctrina del prorrateo.

la demanda que resuelve definitivamente la STS de 27 septiembre 1996 —supuesto anterior a la reforma de la legislación laboral operada en 1994²⁴—, porque, ya en esta época, se producía una **interpretación amplia** del requisito de los treinta y cinco días, al exigirlo con rigidez para todo supuesto, incluso en relación a aquél en que el contrato hubiese tenido una duración inferior a 12 meses, utilizando como principal argumento, según esta misma sentencia, «un ánimo cauteloso de evitar fraudes y tutelar despidos imaginarios»²⁵. Considero que se trata de un argumento que no justifica eficazmente este requisito; no, al menos, de la manera que ha sido interpretado por el TS, aplicable a todo supuesto sin ninguna excepción. Y ello, fundamentalmente, porque: 1) la aludida finalidad preventiva puede ser lograda igualmente sin este requisito, como lo demuestra determinada jurisprudencia que ha denegado la prestación por desempleo incluso en supuestos de avenencia en conciliación con indemnización superior a treinta y cinco días de salario²⁶; 2) hay que tener en cuenta, como ha resaltado la jurisprudencia citada favorable al prorrateo²⁷, que en los casos de contrato de breve duración, la indemnización que correspondería de calificarse la improcedencia del despido en sentencia judicial podría resultar incluso inferior²⁸; y 3) al menos en estos casos, se llegaría a «situaciones realmente gravosas para la empresa que quiera conciliar»²⁹, al comprobar que le es más económico el no hacerlo.

En consecuencia, ya antes no resultaba satisfactoria la doctrina del TS. Pero menos satisfactoria resulta, en segundo lugar, si interpretada ahora a la luz de los cambios normativos operados por la importante reforma de 1994, cuya «inmediata repercusión en la protección frente al desempleo no se puede obviar»³⁰. En efecto, de acuerdo con el **nuevo artículo 56.2 ET**, el empresario puede limitar el abono de los salarios de tramitación a los devengados hasta la fecha de la conciliación preprocesal si, en este trámite, reconoce la improcedencia del despido y pone a disposición del trabajador una indemnización —como mínimo— de 45 días de salario por año de servicio, o su cantidad prorrateada por meses si la duración del contrato fuese inferior al año. Pues bien, hecho el ofrecimiento, si el trabajador no lo acepta —de modo que interpone la demanda por despido y continua el proceso hasta la sentencia—, perderá los salarios de tramitación correspondientes al período que media entre la conciliación y la sentencia; pero, si lo acepta, el resultado será igualmente negativo para sus intereses, pues —y esto es lo que me interesa destacar ahora— no podrá acceder a la

²⁴ Me refiero, como es sabido, a la Ley 11/1994, de 19 mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

²⁵ F.j. 2.º b).

²⁶ En efecto, una STSJ (Balears) de 19 mayo 1993 (Ar. 2561) denegó la prestación por desempleo —aun habiéndose conciliado una indemnización superior a treinta y cinco días de salario—, porque apreció la existencia de fraude al examinar las circunstancias que concurrieron (véase F.j. 2º), señaladamente: 1) que el actor había cesado voluntariamente en un puesto de trabajo bien remunerado y con larga antigüedad, sin dar otra razón que su voluntad de cambiar de trabajo; 2) que este nuevo trabajo se concertó, sin garantías, de un modo verbal y por un salario inferior al del anterior empleo; y 3) no constaron las causas concretas de un despido disciplinario. Por todo ello, concluyó esta sentencia que se estaba en presencia de «un despido instrumental», por lo que procedía denegar la demanda sobre prestación de desempleo.

²⁷ Véase, *supra*, notas 21 y 22.

²⁸ Por ejemplo, en el supuesto enjuiciado en una ya citada STS de 31 enero 1994, la indemnización pactada —inferior a 35 días de salario— ascendió a 47.056 pesetas (señala el f.j. 1º que 11.666 pesetas correspondían a la indemnización y el resto a salarios de tramitación). Pues bien, si la indemnización se hubiese fijado con arreglo a la regla legal de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, resultaría que, en atención a que la duración del contrato había sido de veinte días, la misma importaría una cantidad en torno a las 9.000 pesetas.

²⁹ STSJ (Murcia) de 30 octubre 1989, cit.

³⁰ CABEZA PEREIRO, J., ob. cit., pág. 19.

prestación por desempleo, ya que, habiendo obtenido la declaración de improcedencia en trámite de conciliación, y tratándose de un contrato de trabajo de duración inferior a 12 meses, lo habría hecho con una indemnización inferior a treinta y cinco días de salario, puesto que el empresario no está obligado, siquiera en este caso, a darle una cantidad mayor para limitar el abono de los salarios de tramitación.

5. Es cierto que la sentencia objeto de comentario no pudo haber tenido en cuenta esta última cuestión para resolver el caso que se le planteó, dado que la interposición de la demanda que originó el conflicto data de una fecha anterior a la de la reforma³¹. Pero no es menos cierto que pudo advertir la nueva situación legislativa para inclinar la balanza del otro lado³², habida cuenta, como sabemos, que la posibilidad del prorrateo contaba ya con argumentados fallos y acertada doctrina a su favor.

En este sentido justamente, el cambio normativo mencionado ha llevado ya a la mejor doctrina a abogar por la «**modificación**»³³—y, mientras ello no acontezca, por la «no aplicación»³⁴— del requisito de los treinta y cinco días de salario contenido en el artículo 1.1.c) RPD. Y así, igualmente, ha sido resuelto ya por cierta jurisprudencia, en concreto una STSJ (Aragón) de 17 enero 1996³⁵, la cual—enjuiciando una demanda de prestación por desempleo posterior a la reforma normativa— considera que «hoy el precepto reglamentario ha devenido—en su literalidad— contrario a las normas—de rango legal— que derivan de lo expuesto; pero seguirá acomodado a la legalidad si se interpreta conforme a la Sala expone precedentemente»³⁶, esto es, exigiendo, no una indemnización de treinta y cinco días, sino otra que «al menos, alcance el mínimo legal del ET cuando, por razón de la duración de la relación de trabajo rota por el despido improcedente el mínimo de la norma [art. 56.1a)] ET no llegue a los 35 días de salario»³⁷.

³¹ Conforme al antecedente de hecho segundo VII de la sentencia de suplicación que precedió al recurso de casación para unificación de doctrina—esto es, una ya citada STSJ (Andalucía-Málaga) de 21 febrero 1995—, la demanda había sido presentada el 18 de junio de 1992.

³² No sería ésta, por lo demás, una operación extraña en la hermenéutica jurisprudencial, como ponen de manifiesto reiterados fallos. Entre ellos, por su interés en relación al tema que ahora tratamos, podemos citar una STCT de 16 febrero 1988 (Ar. 1862), que utilizó como argumento interpretativo el propio RPD— a pesar de no resultar directamente aplicable por ser posterior a los hechos— para defender, habiendo entrado ya en vigor la LPD, la eficacia del requisito de los treinta y cinco días contenido en el precedente Real Decreto 920/1981, de 24 abril.

³³ GÁRATE CASTRO, J., “Notas sobre la reducción del periodo de devengo de salarios de tramitación por aplicación del art. 56, núm. 2, del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores”, en J. GARATE CASTRO (coord.) *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, Univ. Santiago de Compostela (Santiago de Compostela, 1997), pág. 382. En efecto, sostiene Garate con rotundidad que, cualquiera que sea la cantidad aceptada de acuerdo con el artículo 56.2 ET, ello «no impedirá que surja la situación legal de desempleo».

³⁴ Véase BLANCO MARTIN, J.Mª., “La regulación del despido disciplinario en la nueva legislación laboral”, en VALDES DAL-RE (dir.) *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova (Valladolid, 1994), pág. 461. También, CRUZ VILLALON, J., “El reconocimiento de la improcedencia del despido en la conciliación preprocesal”, en J. GARATE CASTRO (coord.) *Cuestiones actuales sobre el despido disciplinario*, cit., pág. 352, indicando que, «en estos casos concretos en los que la indemnización legal no supera los treinta y cinco días de salario, la aceptación en conciliación de dicha cantidad no puede ser motivo de pérdida de la prestación por desempleo».

³⁵ Ar. 30.

³⁶ F.j. único.

³⁷ *Ibid.* Este criterio ha sido reiterado por una nueva STSJ (Aragón) de 14 mayo 1997 (Ar. 1559), la cual, además, da cuenta de que, la anterior sentencia de enero 1996, en firme, por no haber sido recurrida.