

# LOS EFECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO PROCEDENTE, IMPROCEDENTE Y NULO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL ESPAÑOL

FRANCISCO PÉREZ AMORÓS<sup>1</sup>

**RESUMEN:** Toda relación contractual en materia laboral supone el inicio o la extinción de dicha relación. En la extinción de dicha relación existen múltiples causales que las legislaciones en la materia suelen incorporar, así como los procedimientos a seguir. El autor pretende con este artículo científico, analizar dos de estas causas de extinción del contrato de trabajo previstas en la ley española, son las que, según la literalidad de tal norma, reciben el nombre concreto de “despido”: “*el despido colectivo*” y el “*el despido del trabajador*” que en realidad es el comúnmente denominado “*despido disciplinario*” del trabajador. No obstante, la doctrina científica, cuando se refiere a supuestos de despido incluye un tercero, al que rubrica de “despido por causas objetivas”, y al que se dice denominar en la ley simplemente como “*extinción del contrato por causas objetivas*”.

Este tema tiene por objeto, sólo el estudio del referido despido disciplinario del trabajador, y en concreto, únicamente se tratarán aquellos aspectos particulares del mismo que den respuesta a las cuestiones que en concreto y los efectos de que se puedan determinar los parecidos y disensos entre varios ordenamientos jurídicos iberoamericanos sobre tal despido.

El despido ha sido desde de una institución clásica y básica del Derecho del Trabajo, cuya significación hoy día adquiere nueva dimensión con ocasión en atención de fenómenos tan actuales como la flexibilidad laboral y las deslocalizaciones empresariales propias de una economía globalizada.

1 Profesor Honorario de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UPOLI, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona (España), Vicepresidente del Instituto Iberoamericano del Derecho Deportivo

**PALABRAS CLAVES:** derecho laboral, extinción del contrato, despido disciplinario

**ABSTRACT:** All contractual relations in labor is the start or termination of the relationship. At the termination of that relationship there are multiple causal laws in this area typically incorporate, as well as the procedures to follow. The author aims with this scientific article, consider two of these grounds for termination of the employment contract under Spanish law, are those that, according to the wording of this rule, given the particular name of “redundancy”, “collective redundancies” and the “dismissal of the worker” actually is commonly called “disciplinary dismissal” of the worker. However, the scientific literature, when referring to cases of dismissal includes a third, which rubric of “dismissal for objective reasons”, and is said in the law referred to simply as “termination of employment for objective reasons”.

This theme aims, only the study of that disciplinary dismissal of workers, in particular, only those particular aspects of it that respond to specific issues and effects that can determine the similarities and disagreements will treat each several Latin American legal systems on such dismissal.

The dismissal was from a classic and basic institution of labor law, whose significance today acquires new dimension with time in care as current phenomena such as job flexibility and business relocations typical of a globalized economy.

## I. INTRODUCCIÓN: FUENTES REGULADORAS, OBJETO DE ESTUDIO Y SU ENCUADRAMIENTO EN EL MARCO DEL DERECHO DEL TRABAJO

40

### 1. FUENTES REGULADORAS

Las principales reglas generales del ordenamiento jurídico español que regulan el despido, están establecidas en las dos siguientes normas<sup>2</sup>: primero, en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los

---

2 Un estudio detallado de cómo y cuántas veces ha venido cambiando la regulación del despido desde 1980 hasta hoy, daría una primera prueba objetiva de la significación del tema: tantas y cuantas “reformas laborales” se han sucedido en el tiempo –y no has sido pocas–, de una o de otra manera, han incido en la modificación de la regulación del despido.

Trabajadores (TRLET, en adelante)<sup>3</sup>, y en segundo término, en la Ley de Procedimiento Laboral (TRLPL, en adelante)<sup>4</sup>. Si bien es cierto que el TRLET es la norma laboral sustantiva o material por excelencia y el TRLPL la de ritual, también lo es que cualquier comentario sobre el despido requiere un estudio en paralelo de las mismas, pues en ambas se contienen, indistintamente, pautas materiales y procesales sobre tal cuestión<sup>5</sup>.

Dichas reglas generales, se deberán complementar, cuando así proceda, con otras pautas particulares, como por ejemplo las que: se contienen en los convenios colectivos aplicables; las establecidas en la Ley Orgánica 11/1985 de 2 de agosto, de Libertad Sindical (BOE, 8) (LOLS, en adelante)<sup>6</sup>, cuando el despido pueda afectar a dicho derecho; y en el caso que se trate, en concreto, de las denominadas “relaciones laborales especiales”, se deberán tener también en cuenta las pautas previstas en

---

3 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE, 29). El vigente Texto Refundido de la LET, tiene su origen en la Ley 8/1980, de 10 de marzo (BOE, 14), del Estatuto de los Trabajadores y recoge y refunde todas las modificaciones producidas hasta esa fecha. Con posterioridad a 1995, se han venido produciendo otras modificaciones de la LET, siendo la última de las mismas la introducida por el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE, 14).

4 Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (BOE, 11, corrección de erratas, BOE de 26 de mayo). En la LPL vigente se refunde las disposiciones dictadas desde la publicación del anterior texto articulado de la LPL aprobado por el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril (BOE, 2 de mayo). Con posterioridad a 1995, se han venido produciendo otras varias modificaciones puntuales del TRLPL..

5 El texto completo del TRLET, se puede consultar en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ([www.mtas.es](http://www.mtas.es)), en concreto: <http://info.mtas.es/publica/estatuto06/estatuto.html>). El texto completo del TRLPL, se puede consultar en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ([www.mtas.es](http://www.mtas.es)), en concreto: <http://www.mtas.es/Guia2005/leyes/rdlg0295.html>

6 Cuyo texto en versión íntegra puede consultarse en la página web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales ([www.mtas.es](http://www.mtas.es)) y en concreto: <http://mtas.es/Guia2005/leyes/LO1185.html>.

las normas reglamentarias que las regulan<sup>7</sup>. En el mismo sentido, debe citarse el Convenio número 158 de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo<sup>8</sup>.

## 2. EL OBJETO DEL TEMA

Entre las causas de extinción del contrato de trabajo previstas en la TR-LET (art. 49), dos son las que, según la literalidad de tal norma, reciben el nombre concreto de “despido”: “*el despido colectivo*” (art. 49.i TR-LET) y el “*el despido del trabajador*” (art. 49.k TRLET) que en realidad es el comúnmente denominado “*despido disciplinario*” del trabajador (art. 54 TRLET). No obstante, la doctrina científica, cuando se refiere a supuestos de despido incluye un tercero, al que rubrica de “despido por causas objetivas”, y al que el TRLET denomina simplemente como “*extinción del contrato por causas objetivas*” (art. 52 TRLET).

Este tema tiene por objeto, sólo el estudio del referido despido disciplinario del trabajador, y en concreto, únicamente se tratarán aquellos aspectos particulares del mismo que den respuesta a las cuestiones que en concreto me requiere la organización del Congreso y en especial a las que expresamente se formulan en el cuestionario preelaborado por el Relator de este tema, el Profesor Rolando Murgas Torrazza, a los efectos de que se puedan determinar los parecidos y disensos entre varios ordenamientos jurídicos iberoamericanos sobre tal despido<sup>9</sup>.

7 El art. 2 del TRLET, establece el listado de las denominadas “*relaciones laborales especiales*” ( v.gr.: “*personal de alta dirección...deportistas y artistas profesionales...servicio del hogar familiar...*”, etc.), relaciones laborales cuya regulación particularizada se establece en sendas normas reglamentarias; es por ello que: lógicamente, el despido de trabajadores de tal condición, se regula por las pautas generales establecidas en la LET, y por las particulares contenidas en tales normas.

8 Adoptado por la Conferencia de la OIT el 22 de junio de 1982; ratificado por España (BOE, 29 junio de 1985, y cuya entrada en vigor está fechada el 23 de noviembre de 1985; para cuya interpretación puede también tenerse presente la Recomendación OIT 166, sobre el mismo tema, adoptada con la misma fecha. Las normas de la OIT pueden consultarse en su página web <http://www.ilo.org> .

9 No obstante, en una nota final a pie de página se reseñarán las reglas generales de los efectos jurídicos y económicos del despido por causas objetivas y por despido colectivo, a los solos efectos, de que el disciplinario quede mejor comentado.

### 3. EL DESPIDO EN SU CONTEXTO: DEL PRINCIPIO A LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO AL DERECHO AL TRABAJO

Como bien resulta sabido, uno de los caracteres del contrato de trabajo es que se trata de un negocio jurídico de ejecución continuada, y ello es debido a que el propio objeto del contrato comporta ineludiblemente que tal acto jurídico tenga una -más o menos prolongada- duración en el tiempo; no es pues un acuerdo de voluntades que se consuma con un acto único. Proyección en el tiempo que permite afirmar que dicho contrato tiene su propio “ciclo vital”, a lo largo del cual se suceden diferentes circunstancias jurídicas de muy diversa condición y naturaleza que, para presentarlas de forma simplificada, se pueden agrupar en tres bloques o fases: en primer término, las que conforma su nacimiento, es decir aquellas que tienen como referente nuclear las manifestaciones de voluntad de las partes y la formalización de las mismas; en siguiente lugar, las vicisitudes que pueden acaecer durante su desarrollo (v. gr. interrupción, modificación y suspensión); y en tercer y último punto, el contrato de trabajo siempre se extingue, ya sea por una, u otra causa, pero siempre por una de las reseñadas al efecto, y entre las cuales se incluye el despido.

Apuntado y explicitado que el contrato de trabajo describe un ciclo en el tiempo, veamos a continuación, como además, las tres fases del mismo resultan ser interdependientes entre si, y, de forma especial, como en particular etapa final en la que se ubica el despido influye en la configuración de las dos precedentes, la primera y la intermedia.

No pretendemos caer en el error de cavilar sobre si la extinción del contrato, es, o no es, la fase del ciclo vital más importante del contrato desde una óptica jurídico laboral; pero no se puede dejar de señalar que, la regulación de la rescisión, condiciona muy y mucho, tanto la ordenación de la originaria suscripción del contrato de trabajo como el desarrollo del mismo a lo largo del tiempo. Apunta un dicho que: “Dime con quien andas y te diré quien eres”, pues bien: dígame cómo y con qué efectos se puede extinguir el contrato de trabajo, y descubriremos que interés tiene en la práctica seguir platicando, por ejemplo, sobre la bondad o maldad, que los contratos se deban, o no, convenir con una duración indeterminada o determinada; y, a mayor abundamiento, dígame cómo se puede extinguir el contrato, y también descubriremos, con qué garantías reales pueden los trabajadores ejercitar eficazmente sus derechos laborales individuales y colectivos durante el desarrollo del contrato.

Si la anterior reflexión formulada tomando como referente la extinción contractual en general, la reconducimos al supuesto de rescisión por despido del trabajador en particular, se advierte que lo que se quiere es transmitir la siguiente hipótesis de trabajo: una regulación muy laxa del despido –cuyo prototipo más paradigmático sería el despido libre o incluso el indemnizado con cantidades meramente simbólicas, que para el caso es casi lo mismo–, cercena de raíz, y dicho sea como muestra, el verdadero sentido del debate –tan actual por cierto– sobre la conveniencia de priorizar la contratación indefinida en detrimento de la temporal en aras a favorecer la estabilidad en el empleo, asimismo, puede desincentivar el ejercicio del derecho de libertad sindical por parte de los trabajadores; ejemplos estos que se citan para poder concluir esta opinión afirmando que la regulación del despido, no sólo incide sobre el principio de estabilidad en el empleo, que como se sabe es una pauta inspiradora del Derecho del Trabajo, sino que según y como se haga podría menoscabar el derecho al trabajo, e incluso, hipotéticamente, puede afectar de manera negativa el ejercicio del derecho a la libertad sindical, derechos ambos, que no sólo son bóvedas de clave del ordenamiento jurídico laboral, sino también de raíz constitucional.

Sí pues, la regulación del despido no siempre es una simple extinción del contrato, sino que, en ocasiones, es además una problemática que incide en la propia esencia del Derecho del Trabajo; también da cuenta de ello el que la regulación del despido ha ocupado y sigue ocupando un lugar destacado en un debate tan manido –y a veces más interesado que interesante– como es el de la flexibilidad laboral, práctica esta que, como resulta conocido, en ocasiones, puede derivar en otra experiencia más criticable cual es la desregulación laboral cuyas consecuencias forman parte de la vasta panoplia de ejemplos que escenifican el fenómeno de la huida del Derecho del Trabajo; pues bien, un despido “fácil” es una práctica desreguladora de las relaciones laborales. Y de cómo una laxa ordenación del despido, como última fase del ciclo vital del contrato, ocupa un lugar estelar en el debate sobre la flexibilidad laboral, también da cuenta la estrecha interrelación que tal práctica empresarial guarda con la primera de las fases contractuales enumeradas, queriendo con ello denotar que una contratación temporal, flexible por definición, es también una manera, indirecta si se quiere, de flexibilizar el despido, pues ambas fases del ciclo contractual, aunque dispares jurídicamente, funcionan en la práctica a modo de vasos comunicantes a los efectos que tratan en estas páginas.

Es en este contexto y no en otro, es en el que se encuadrará todo y cuanto se dirá a continuación sobre la regulación del despido disciplinario de trabajadores en el ordenamiento jurídico laboral español. Es por ello pues, que en las páginas que seguirán, no se reflejarán únicamente cuestiones jurídicas dogmático positivistas, valoraciones siempre necesarias, sino que también se formularán, en voz alta, críticas reflexiones desde la óptica de la política del derecho, apreciaciones estas no menos oportunas.

## II. DESPIDO DISCIPLINARIO: UNA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL EMPRESARIAL CAUSAL Y FORMAL

### 1. LA CONFIGURACIÓN DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

Como resulta sabido, el contrato de trabajo es el título jurídico que habilita al empresario a incorporar a su haz de propiedades los resultados del trabajo prestado por el trabajador, quien, en consecuencia, los presta personalmente y bajo el régimen de dependencia o subordinación (art. 1.1 TRLET); lógico es pues que si el asalariado no cumple con sus obligaciones, el empresario, consiguiente titular del poder disciplinario, lo reprenda con la sanción gradualmente adecuada, entre las cuales, la de mayor tenor es el despido disciplinario.

Ubicado que ha sido el despido en su marco general, se debe ahora concluir su contextualización añadiendo que: el despido es una como una moneda, tiene dos caras inseparables, una en la que se refleja que expresa su condición de causa de extinción del contrato, y la otra, que responde a su naturaleza de sanción disciplinaria.

El contrato de trabajo podrá extinguirse por resolución del empresario mediante despido disciplinario cuando el trabajador incumpla una “obligación contractual”<sup>10</sup> de forma “grave” (v. gr. reiteración, habitualidad, continuidad....etc) y (acumulativamente) “culpable” (imputabilidad por dolo, culpa, malicia, imprudencia o negligencia grave...etc.)<sup>11</sup> (art. 54.1

---

10 En ningún caso como represión del ejercicio de derechos: Sentencia Tribunal Constitucional 14/1993, de 18 de enero.

11 Por todas, *vid.*: Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1986, de 24 de septiembre de 1987, y de 22 de febrero de 1990.

TRLET); las tres palabras entrecomilladas, son los núcleos de imputación del concepto de despido disciplinario, partiendo de los cuales se podría desarrollar el estudio del mismo; quehacer al que sólo cabría añadir una nota conceptual más: tener siempre presente que quien despide –si así lo desea– es el empresario, es por ello que se afirma que la referida extinción proviene de una decisión o resolución adoptada por el empleador, de la misma manera que es corriente afirmar que el despido conlleva la resolución (o extinción o rescisión) del contrato.

Pero además, el despido del trabajador es la sanción disciplinaria de más alto nivel, y por ello se debe aplicar teniendo siempre en cuenta que estamos en el terreno del “derecho sancionador”, y que éste tiene sus propias pautas y principios.

Es por todo ello que el despido, como resolución extintiva que es y como sanción que comporta, debe implementarse cumpliendo dos primeros requisitos básicos: el primero de fondo, y el segundo de forma. Se exige pues que el incumplimiento, alegado por el empresario, sea precisamente uno de los tipificados como tales en la normativa vigente, es por ello que se afirma que el despido disciplinario es una institución causal nunca *ad nutum*; y además, se requiere que su puesta en práctica por parte del empleador se haga siguiendo la tramitación establecida al respecto, es por ello que el despido es formal. Ambos requisitos, tienen por principal finalidad: impedir que el empresario ejercite su poder de dirección de forma irregular o arbitraria en general y que se extralimite en orden al ejercicio de su consiguiente potestad sancionadora en particular, para que así trabajador afectado por el despido disfrute de la necesaria seguridad jurídica, que, le permita defenderse si así lo estima oportuno. En todo caso, y como se ha confirmado judicialmente<sup>12</sup>, debe tenerse presente que, el despido existe desde que, previa comunicación del empleador al trabajador, éste deja de prestar sus servicios efectivos, cuestión distinta es si después se convalidará o no en sede judicial.

Afirmar, en los términos relatados, que el despido disciplinario es causal y formal, es un primer argumento para defender que el ordenamiento jurídico laboral español no permite el despido libre; aseveración ahora

---

12 Sentencia Tribunal Supremo de 20 diciembre de 1989. El texto de las sentencias de la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, puede consultarse a partir de la página web del Poder Judicial (<http://www.poderjudicial.es>) entrando en “Tribunal Supremo” (La Sala IV del Tribunal Supremo es la “Sala Social”).

pergeñada que adquirirá mayor precisión en un momento posterior al tratar, especialmente, de los efectos jurídicos y económicos del referido despido. Cuestión distinta es reflexionar sobre si el despido en España es más o menos “fácil” de consumir y/o, más o menos costoso o barato ponerlo en práctica, problemáticas estas sobre las que se opinará en los trazos finales de esta Ponencia.

## 2. LA CAUSALIDAD DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: PRINCIPIO DE CAUSALIDAD

Como se decía el despido es causal, es decir debe estar motivado, en concreto, por una –o varias- de las causas justas que están particular y concretamente tipificadas en la normativa aplicable como incumplimiento muy grave; exigencia de fondo que expresada en sentido negativo lleva a concluir que un incumplimiento del trabajar que no encaje en alguno de los tipos de incumplimiento muy grave configurados por la normativa, no podrá ser sancionado mediante el despido, sino que, en su caso, deberá serlo con otra corrección de menor rango disciplinario; siendo pues el despido una sanción, se debe también atender a la teoría de la gradualidad que permita una de adecuación entre varios referentes, tales como, por ejemplo, los hechos y la gravedad de la sanción, pero no se tendrán en cuenta hechos extraños a la empresa<sup>13</sup>. Es por todo ello que el despido disciplinario bajo la inspiración del principio de causalidad, cuestión distinta es qué entender por tal en ciertos casos concretos, pues como se advertirá, el despido improcedente por razones causales y tal principio, no son precisamente fáciles de emparejar.

El pasaje 54.2 del TRLET<sup>14</sup> es el que enumera las causas que justifican el despido, listado que debe entenderse, por los motivos expuestos, como una lista cerrada<sup>15</sup>. Lógica rigidez que para nada queda desvirtuada, si se reconoce que las causas legales referidas en dicho pasaje legal se formulan de forma genérica y que en consecuencia, cada una de ellas, puede

---

13 Sentencia Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1990.

14 Cuyo tenor literal se da por reproducido a aras a la brevedad exigida; pero que puede consultarse en las páginas web referenciadas.

15 Ayuda a fundar tal opinión el hecho de que el art. 54.2 citado a diferencia, del 50.1, en el que se listan las causas de “extinción por voluntad del trabajador”, no se incluye una cláusula de cierre que expresamente permita ampliar la lista.

comprender varias conductas particulares e irregulares<sup>16</sup>; es por ello que ciertos convenios colectivos, partiendo siempre de las causas de despido tipificadas en el TRLET, las concretan y/o particularizan en atención a las características del ámbito de los mismos, sin que ello comporte incrementar el número de las mismas, pues la legislación estatal precitada no faculta a la autonomía colectiva a realizar tal labor expansiva. Así, cuando las circunstancias lo han requerido, ha sido la propia legislación estatal la que ha ampliado la lista de causas de despido<sup>17</sup>.

Que las causas de despido disciplinario, como se ha explicitado, estén relacionadas en una lista cerrada para garantizar la seguridad jurídica del trabajador, es, sin duda, muestra de una buena política legislativa, pues no se debe olvidar que el despido es también, como se ha apuntado, una práctica sancionadora. Pero tal bondad, no comporta, sin más, que no se deba comentar y en su caso criticar, que: no todas las causas de despido se incluyen en dicha lista, y que alguna de las que se citan no deberían constar. La omisión hace referencia a la no inclusión de la participación en huelga ilegal como causas de posible despido disciplinario<sup>18</sup>. Y

---

16 El hecho de que entre las causas justas de despido disciplinario se incluyan expresiones tan genéricas u omnicomprendivas, como por ejemplo: “*la indisciplina*”...“*la desobediencia*”...“*la transgresión de la buena fe contractual*...” (arts. 54.1.b y 54.1.d TRLET, respectivamente), posibilita afirmar que la clásica discusión sobre si la lista del pasaje 54.1 del TRLET es ejemplificativa o limitativa, pierde interés desde el punto de vista práctico.

17 En el citado pasaje 54.2 del TRLET, se ha incluido una nueva causa de despido: “*el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad u orientación sexual al empresario a las personas que trabajan en la empresa*”, añadido por el art. 37.Cinco de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre de medidas administrativas y de orden social (BOE, 31, corrección erratas BOE de 3 de enero de 2004 y BOE de 1 de abril de 2004). Normativa española mediante la cual se acogen las Directivas de la Unión Europea 2000/43 y 2000/78 sobre igualdad de trato y no discriminación en el empleo y en el trabajo; normativa comunitaria que puede consultarse en <http://europa.int/eur-lex/es/index.html>.

18 Se debe recordar que en dicha lista de causas de despido, no se cita la participación en huelga ilegal, no obstante debe tenerse como incluida de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (BOE, 9), texto, preconstitucional, parcialmente vigente de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981m de 8 de abril (BOE, 25); sentencia que puede consultarse en la página web del Tribunal Constitucional ([www.tribunalconstitucional.es](http://www.tribunalconstitucional.es)) o directamente en: [http://www.boe.es/g/es/bases\\_datos](http://www.boe.es/g/es/bases_datos)) tc. Cuestión distinta es que la jurisprudencia, más que utilizar dicha norma de 1977

la extralimitación a una de las causas incluidas en la lista debería desaparecer de la misma; se está pensando en “*La embriaguez habitual o toxicomanía <si repercuten negativamente en el trabajo>*” > (art. 54.2.f TRLET), supresión puede fundarse, como mínimo, en dos convincentes argumentos: la embriaguez y toxicomanía, como enfermedades que son, deberían ser causas de suspensión del contrato, pero no de despido; y por lo demás, las repercusiones negativas en el trabajo que dichas situaciones pueden, sin duda, generar, bien podrían ser sancionadas, incluso, con el despido en atención a varias de las restantes causas que se incluyen en la repetida lista legal; así pues, jurídicamente es causa innecesaria, y socialmente desafortunada.

Cabe anticipar, por lo que después se dirá, que para que el despido prospere en sede judicial no es suficiente con que la causa (incumplimiento laboral del trabajador), hipotéticamente, exista (verdad material), sino que además deberá ser probada, carga que le corresponde al empresario, quien está obligado a aportar los medios de prueba para que sean valorados por el juzgador (verdad formal).

### 3. LA FORMA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

También el despido es formal, en los términos ya pergeñados. Con ello se pretende, principalmente, que el trabajador afectado, tenga conocimiento no sólo de la pretensión empresarial, sino que además sea conocedor de los motivos concretos alegados por el empresario, para que así, si lo desea, pueda impugnarlo en tiempo, con la forma y en el lugar debido, circunstancias éstas que serán objeto de consideración. Como se comprobará, la forma de referencia tiene una finalidad garantista y de interdicción de una hipotética arbitrariedad del empresario; dichas formas son las que legalmente se estalecen y las que se dedica un comentario a continuación, y las que por vía de convenio colectivo pudieran establecerse a modo de plus de garantía (art. 55.1, 2º párrafo del TRLET).

---

para tratar de la participación ilegal en la huelga como causa de despido (Sentencia Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1985), tenga tendencia a hacerlo con base a las causas del art. 54.2 del TRLET, como por ejemplo inasistencia al trabajo, transgresión de la buena fe contractual...etc. (v.g: Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1986 y de 23 de junio de 1988).

(El derecho a la huelga está reconocido en el art. 28.2 de la Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (BOE, 29), pero todavía no se desarrollado mediante la ley orgánica correspondiente, debido serios problemas de acuerdo entre los diferentes Gobiernos y los agentes sociolaborales).

En punto a las formalidades del despido, a las que expresamente se refieren los puntos 1 y 2 del pasaje 55 del TRLET, se estima oportuno formular las siguientes puntualizaciones.

### 3.1 LA COMUNICACIÓN DEL DESPIDO: FORMA, CONTENIDO Y TIEMPO

1<sup>a</sup>) El empresario que decida despedir, deberá comunicarlo al trabajador en tiempo y en forma, es decir, antes que el supuesto incumplimiento del trabajador haya prescrito<sup>19</sup>, y hacerlo obligatoriamente por escrito; no resulta pues posible un despido, cuando se haya producido la prescripción relatada, ni es un despido regular el comunicado de manera verbal, pero en este último caso el trabajador afectado deberá extremar su atención si es que además existen hechos fehacientes que le impide trabajar realmente, pues en este caso se podría tratar de lo que la doctrina científica denomina “despido tácito” (despido irregular) que por razones de seguridad exigiría que se impugnara judicialmente en tiempo y forma<sup>20</sup>, pues podría entenderse que la omisión de la voluntad manifiesta resolutoria del empresario, aunque no se ha exteriorizado por medio de la carta de despido se desprende de la concurrencia de los hechos referidos.

En relación a la obligatoriedad de tal escritura conviene tener presente las dos cuestiones siguientes<sup>21</sup>. La primera, para enfatizar que el escrito de despido (“carta de despido”, en expresión coloquial) no sólo debe entregarse al trabajador sino que además éste ha de recibirlo de forma fehaciente (acto recepticio, en terminología doctrinal aceptada en el fondo por la jurisprudencia<sup>22</sup>), pues la fecha de recepción es importante porque: condicionará el día en el que el despido será efectivo, a pesar de que la

---

19 Es decir sin que el tiempo transcurrido desde el supuesto incumplimiento laboral del trabajador hasta la comunicación de despido haya provocado la prescripción de las faltas y correspondientes sanciones, efectos jurídicos a los que se refiere el artículo 58 del TRLET.

20 Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1988, de 16 de noviembre de 1998, y, de 20 de mayo de 1990, citadas sean *ad exemplum*.

21 Se puede defender que la comunicación escrita, *per se*, no es una forma *ad solemnitatem* en sentido estricto, puesto que una lectura literal el art. 55.1 TRLET, como se detallará, no comporta en principio la nulidad del despido sino simplemente la improcedencia, pero no obstante habría que evaluar si dicha omisión o defecto de la comunicación escrita provoca, o no, la lesión de derechos fundamentales –v.gr. tutela judicial- en cuyo caso, bien se podría intentar predicar la nulidad del despido.

22 Entre otras muchas, *vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1990.

fecha recepción no tenga porque coincidir con la del despido efectivo; porque será la referencia para calcular el plazo de caducidad a los efectos de impugnar judicialmente el despido según lo previsto en el art. 59.3 TRLET; y porque, cuando proceda, fijará el día *a quo* para el cálculo de la cuantía de los denominados de tramitación o salarios decaídos. Y la segunda observación sobre la obligación de la forma consiste en precisar que, como mínimo, en tal escrito ha de constar con claridad la fecha a partir de la cual el trabajador deja de prestar sus servicios, y asimismo, deben citarse “*los hechos que lo motivan* (el despido)” (ex. art. 55.1, *in prius* TRLET), exigencia que, como se desprende de la literalidad del mandato legal, no se satisface con la simple cita o copia textual del título de la causa de despido tal y como se hace en el artículo 54.1 del TRLET, sino con el relato de los hechos circunstanciados de la misma sin necesidad de exhaustividad pero sí con la suficiencia necesaria en atención a los objetivos que persigue la exigencia de un contenido mínimo en tal escrito.

Como se comprueba, la finalidad de la comunicación escrita –exteriorización de la decisión resolutoria del empleador- y de su contenido mínimo, además de confirmar la referida causalidad del despido, es que el asalariado tenga conocimiento fehaciente de la decisión que adopta el empresario para que el afectado pueda reaccionar y hacerlo en tiempo<sup>23</sup>. Por ello, resulta comprensible que al empresario, en trámite de impugnación, le esté vedado modificar sustancialmente la causa o motiva y/o los hechos relatados pues esta novación realmente comportaría un nuevo despido de un trabajador, ahora desamparado de la seguridad jurídica exigible y sumido en la consiguiente indefensión.

Es por todo ello, fácil de advertir, que, la recepción fehaciente de la carta despido, incluso la firma por parte del trabajador de la copia de la misma, no comporta aceptación de culpa alguna por parte del trabajador, quien, si así lo estima oportuno, podrá impugnar judicialmente el despido en cuestión.

---

23 Así se argumenta, entre otras, muchas en las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1989, de 20 de febrero de 1991, y de 22 de febrero de 1993).

### 3.2 DESPIDO DE LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES: EXPEDIENTE CONTRADICTORIO

Cuando el trabajador a despedir ostente cargo de representante legal de los trabajadores de la empresa (es decir, sea: Delegado de Personal, o miembro del Comité de Empresa, o Delegado Sindical<sup>24</sup>), el empresario, antes de comunicarle el despido por escrito, estará obligado a tramitar un expediente contradictorio (art. 55.1, 3er párrafo TRLET)<sup>25</sup>, en caso contrario el despido se calificará de improcedente; resultando así que el trabajador afectado podrá alegar todo lo que estime oportuno en su descargo, pero teniendo presente que, ni se practican pruebas en sentido estricto, ni que el resultado de tal expediente vincula al empresario. Dicho acto previo no es más que una garantía instrumental del ejercicio del derecho de libertad sindical por partida doble, es decir, a favor de los derechos sindicales del propio trabajador afectado y de los derechos de tal condición de los trabajadores representados que podrían quedarse sin representante aunque fuera temporalmente; es por ello que la exigencia del referido expediente contradictorio sólo en el caso de trabajadores representantes, no puede ser calificado de práctica discriminatoria, pues el trato diferenciado está debidamente justificado<sup>26</sup>.

### 3.3 DESPIDO DE TRABAJADORES AFILIADOS A UN SINDICATO: AUDIENCIA SINDICAL

Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato, y tal condición le constare al empresario, éste, antes de comunicar el despido al trabajador, de-

24 Esta garantía se extiende también a los candidatos proclamados mientras dure el proceso electoral (v. gr.: Sentencias Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997 y de 20 de junio de 2000; pero no cambio no se prolonga al término del mandato (v. gr.: Sentencia Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997)

25 En este sentido, también se pronuncian: el art. 10.3 de la LOLS; el art. 68.a del propio TRLET; y, el art. 106.2 del TRLPL.

26 El art. 7 del precitado Convenio OIT 158/1982, establece la necesidad que el despido de todo trabajador vaya precedido por la “*posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra el...*”; pues, bien, esta audiencia previa del interesado no está prevista como tal en la legislación española, en la que, como se ha detallado, sólo se instituye mediante el expediente contradictorio previo cuando el despedido ostenta el cargo de representante en los términos relatados. La doctrina mayoritaria, entiende que tal omisión no contradice el Convenio OIT por cuanto que las garantías establecidas en el TRLET ya son suficientes; cuestión distinta es que los convenios colectivos lo incluyan como un trámite obligatorio para todo despido.

berá dar audiencia a los Delgados Sindicales de la Sección Sindical de la empresa del sindicato correspondiente(art. 55.1, 4º párrafo TRLET<sup>27</sup>), en caso contrario el despido será declarado improcedente. La opinión de tal Sección Sindical manifestada en trámite de audiencia no vinculará al empresario, aunque no por ello se pueda dejar de reconocer que se trata de una garantía del ejercicio del derecho de libertad sindical, y en concreto de la vertiente individual del mismo en orden al derecho de afiliación sindical del que se benefician todos los trabajadores, pues sus representantes sindicales tendrán así la posibilidad de poder conocer si el despido en cuestión, en realidad, está motivado por la afiliación del trabajador, o se debe a otra causa justa o no<sup>28</sup>.

El citado expediente contradictorio y/o la referida audiencia sindical, bien, podrían ser prácticas garantistas que por medio de los convenios colectivos se podrían extender a todos los trabajadores, utilizando para ello la previsión que al respecto establece el artículo 51.1, 2º párrafo del TRLET; posibilidad que por lo demás, y tal y como se ha explicitado, encajaría perfectamente con el Convenio OIT 158/1982<sup>29</sup>.

### 3.4 INCUMPLIMIENTO DE LA FORMA

En la medida que las formas relatadas, como se ha advertido, resultan de obligado cumplimiento por parte del empresario, su omisión no puede resultar inocua, sino que deberá producir unos efectos determinados que serán objeto de tratamiento al tratar del despido improcedente, pues esta es la calificación judicial que corresponde al despido en tal supuesto de incumplimiento de forma.

---

27 En este sentido también se pronuncian: el art. 10.3.3º de la LOLS; y, el art. 104.d del TRLPL

28 El art. 7 del Convenio OIT 158/1982, establece que todos los trabajadores afectados por un despido deberán tener la previa “*posibilidad de defenderse de los cargos*” ante el empresario; pues, bien esta previa audiencia de todos los despedidos no está recogida en la legislación española, omisión que no obstante, entiende la doctrina, no menoscaba el Convenio OIT de referencia por cuanto que las leyes españolas ya ofrecen un sistema lo suficientemente garantista. Cuestión distinta es que los convenios colectivos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55.1, 2º párrafo del TRLET, establecieran dicha obligatoriedad en su ámbito.

29 En todo caso debe recordarse que el art. 64.1.7º del TRLET, establece que el Comité de Empresa deberá ser informado por el empleador de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves, es decir, también sobre el despido disciplinario.

Cabe dejar constancia aquí y ahora que por expreso mandato legal, si el despido se realizara inobservando las formas precitadas, o las convencionalmente establecidas, el empleador podrá realizar “*un nuevo despido*” en el que se cumplan los requisitos omitidos, pero deberá dejar transcurrir veinte días desde el anterior despido (art. 55.2 TRLET y art. 110.4 TRLPL)<sup>30</sup>; resultando así que primero de los despidos no tiene consideración de tal, y en consecuencia los efectos sólo serán los que devengan del segundo, y es por ello que el empresario deberá satisfacer los salarios de los días intermedios, es decir los comprendidos entre el que dejó de prestar servicios con ocasión del primer despido hasta la fecha en el que resulte efectivo el segundo<sup>31</sup>. El supuesto relatado es de reiteración de despidos distintos, no de subsanación del primero.

### III. CLASES DE DESPIDO DISCIPLINARIO: DESPIDO PROCEDENTE, DESPIDO IMPROCEDENTE Y DESPIDO NULO

#### 1. LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO DISCIPLINARIO: TIEMPO, FORMA Y LUGAR.

Una vez que el trabajador reciba, en tiempo y forma, la comunicación escrita de despido, puede adoptar dos actitudes: avenirse sin más, en cuyo caso el contrato se extinguirá, y percibirá las cantidades salariales devengadas pero todavía no liquidadas (recibo de finiquito); o bien, oponerse, en cuyo supuesto deberá impugnar el despido ante el Juzgado de los Social competente, presentando en tiempo y forma una demanda en los términos que se reseñaran.

A los efectos de seguir desarrollando el objeto de la Ponencia, resulta necesario señalar que el ordenamiento jurídico español, establece la obli-

---

30 Posteriormente se tratará del siguiente caso especial: del segundo despido del trabajador previamente despedido improcedentemente por incumplimiento de formas pero que no obstante es readmito por el empresario, supuesto al que se refiere el apartado 4 del pasaje 110 del TRLPL.

31 Así mismo, durante tales días intermedios, el empresario está en la obligación de mantener en situación de alta en la Seguridad Social al trabajador afectado (art. 55.2, *in fine* TRLET y artículo 209.6 de la Ley General de Seguridad Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 2 de junio (BOE, 29), varias veces modificada desde entonces.

gatoriedad que la impugnación judicial del despido vaya acompañada del trámite de conciliación administrativa previa (art. 63 TRLPL)<sup>32</sup>.

Es por ello que el trabajador que decida presentar la referida demanda por despido ante el órgano judicial precitado, obligatoriamente también deberá presentar la denominada papeleta de conciliación ante el órgano administrativo que resulte competente para realizar el referido trámite de conciliación<sup>33</sup>. Si la conciliación concluye con avenencia de las partes, el acta administrativa levantada en dicho acto tendrá valor de sentencia (fuerza ejecutiva entre las partes), resultando así innecesaria la realización del proceso judicial ante el Juzgado de lo Social<sup>34</sup>; mientras que, si el intento de conciliación administrativa finaliza, por la razón que fuere, sin avenencia, y así constare en el acta correspondiente, se deberá realizar el acto de juicio en sede judicial correspondiente al proceso laboral iniciado con ocasión de la presentación de la demanda.

Así pues, el trabajador afectado por el despido, como se ha explicitado, puede oponerse a la decisión empresarial impugnándola judicialmente en forma, tiempo y lugar correspondiente. La forma exige que el trabajador,

---

32 Tal conciliación administrativa no resulta necesaria en aquellos procesos por despido que sea parte demandada el Estado u otro ente público.(art. 54.2.a TRLPL), en cuyo caso resultará obligatoria la denominada “reclamación previa judicial” (arts. 59 a 73 TRLPL). En todo caso, no debe confundirse la referida conciliación administrativa previa obligatoria, a la que ahora se hace referencia, con la “conciliación judicial” que se realiza ante el propio juez al inicio del acto de juicio (art. 84 TRLPL).

33 Adviértase que se trata de un acto administrativo, no judicial pues, cuya razón de existir es el intento de evitar el juicio y que así sean las propias partes en conflicto las que diriman sus diferencias extrajudicialmente. El órgano administrativo competente es la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación de la Dirección General del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, o el homólogo autonómico cuando el conflicto se plante en una Comunidad Autónoma que tenga competencias en materia de conciliación laboral. Y por lo demás, presentada la demanda en plazo, la falta de conciliación administrativa previa es subsanable.

34 Interesa tener conocimiento que la presentación de la papeleta de conciliación administrativa suspende el plazo de caducidad legalmente establecido para la presentación de la demanda por despido ante el Juzgado de lo Social en los términos precisados en el art. 65 del TRLPL y 59 del TRLET. Sobre el tema, puede consultarse la Sentencia el Tribunal Constitucional 354/1993, de 29 de noviembre (BOE, 29 de diciembre) (Anteriormente se ha citado forma y manera de consulta digital de sentencias de dicho Tribunal).

ejercite su acción mediante la presentación de una demanda<sup>35</sup> en la que solicitará que el despido se declare nulo y/o improcedente; presentación que deberá hacerse durante el plazo establecido so pena de que su acción haya caducado<sup>36</sup>; y la presentará en el Juzgado de lo Social que resulte competente<sup>37</sup>.

## **2. EL PROCESO LABORAL POR DESPIDO DISCIPLINARIO: UNA MODALIDAD PROCESAL CON REGLAS DE PROCEDIMIENTO PARTICULARES**

La presentación de la referida demanda en las condiciones expresadas, inicia el proceso laboral por despido disciplinario cuyo procedimiento, no sólo está regulado por las reglas generales de todo proceso laboral ordinario (arts. 80 a 101 TRLPL), sino que además lo está por otras particulares en atención a la materia en conflicto, y que son las que se establecen en los pasajes 103 a 113 del TRLPL. Así pues el proceso por despido disciplinario es una modalidad particular (*“modalidad procesal”* en ter-

---

35 Documento que deberá formalizarse por escrito y cuyo contenido mínimo debe ajustarse a las previsiones legales establecidas al respecto (arts. 80 y 104 TRLPL)

36 El plazo de presentación de la demanda, que es de caducidad a todos los efectos, comprende los veinte días hábiles siguientes a aquél en que se hubiera producido el despido es decir dejado de prestar los servicios (art. 103.1 TRLPL y art. 59.3 TRLET), no obstante en atención a lo previsto en el artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (supletoria del TRLPL), la presentación de la demanda puede hacerse hasta las 15 horas del día siguiente al del vencimiento referido; al respecto se pueden consultar, entre otras, las Sentencia del Tribunal Constitucional 21/1982, de 12 de mayo (BOE, 18) y la 15/1985, de 5 de febrero (BOE, 5 de marzo). En todo caso, es muy importante recordar que: dicho plazo de caducidad quedará en suspenso –que no interrumpido– por la presentación de la ya comentada solicitud de conciliación administrativa previa y obligatoria (art. 59.3, 2º párrafo del TRLET), interrupción que se inicia el propio día de presentación de tal solicitud y que concluirá el día siguiente de intentada la conciliación o bien transcurridos quince días desde su presentación sin que se haya celebrado por la razón que fuere (art. 65.1 TRLET), aunque se tendrá en cuenta a los efectos que aquí preocupan que, en todo caso, transcurridos treinta días sin celebrarse el acto de conciliación, el trámite se tendrá cumplido (art. 65.2 TRLET), previsión esta avalado por la Sentencia del Tribunal Constitucional 354/1993, de 29 de noviembre (BOE, 29 de diciembre). [Debe recordarse que el mes de agosto, no es inhábil para la modalidades procesales de despido, *ex art.* 43.4 TRLPL].

37 Las reglas que concretan las competencias en orden al conocimiento de demandas por despido disciplinario entre todos los distintos Juzgados Sociales existentes se estipulan en el pasaje 10 del repetido TRLPL.

minología legal, según rúbrica del Título II <<”de las modalidades procesales”>>de referencia), pero tal especificidad procedimental no debe ser entendida en el sentido que nos encontramos ante un proceso “especial”; de la misma manera que la jurisdicción es única, sin que ello impida que en la misma existen órganos judiciales especializados como los del orden social, el proceso laboral es uno, sin que ello imposibilite que, junto al proceso ordinario, existan otros –como el de despido disciplinario- cuyo procedimiento se configure teniendo también en cuenta unas reglas particulares justificadas por la naturaleza del objeto en litigio; la especialidad está pues en el procedimiento y no en el proceso en sentido estricto. La unicidad de jurisdicción y de proceso –es decir la supresión de jurisdicciones especiales y consiguientes procesos especiales- en los términos relatados, resulta ser una concepción del poder judicial –unos de los tres poderes del Estado- acorde con el “*Estado social y democrático de Derecho*” que configura el artículo 1.1 de la Constitución española vigente<sup>38</sup>.

El proceso laboral por despido disciplinario, en el que la carga de la prueba corresponde al empleador<sup>39</sup>, concluirá con el dictado de la correspondiente sentencia, y en el fallo la misma -donde se plasma la condena-, el juzgador calificará al despido como se comenta a continuación.

### 3. LA OBLIGADA CALIFICACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO EN LA SENTENCIA DEL PROCESO DE INSTANCIA, UNA TRIPLE POSIBILIDAD: PROCEDENTE, IMPROCEDENTE O NULO

El propio TRLET, aún siendo, como se ha anticipado, una ley material o sustantiva por excelencia, ya establece que el “*despido será calificado como procedente, improcedente o nulo*” (art. 55.3 TRLET). Mandato legal que se formula con indubitado tono imperativo y que no cabe entender dirigido a nadie más que no sea el juzgador (Juzgado de lo Social), y a quien sólo se le ofrece la posibilidad de calificar al despido de una de las tres maneras citadas; mandato que por lo demás, lógicamente, se fórmula con más claridad y precisión en la norma de ritual o procesal, en la que, literalmente, se previene que: “*En el fallo de la sentencia, el*

38 Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (BOE, 29).

39 Sentencia Tribunal Constitucional 27/1993, del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1991.

*Juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo” (art. 108.1 TRLPL)*<sup>40</sup>.

Estas son pues las tres únicas calificaciones que el despido voluntariamente patrocinado por el empleador puede recibir en sede judicial, y de entre tales sólo podrá hacerlo de una; y claro está, de la calificación otorgada por el juzgador, dependerán los efectos jurídicos y económicos del repetido despido, consecuencias estas que, como se ha anunciado, constituyen uno de los aspectos básicos del objeto de la Ponencia, y que consecuentemente serán cuestiones a tratar a continuación con el detalle y forma necesaria, pero no por ello sin la contención de espacio y el estilo expositivo, debido todo ello a las pautas de organización de este Congreso, que por lo demás resultan muy plausibles si lo que se pretende, es como, se ha anunciado, hacer un estudio de derecho comparado sobre unas institución jurídica determinada.

Es por todo ello necesario que, sin solución de continuidad, se dediquen unas líneas a conceptualizar el despido procedente, el improcedente, y el despido nulo; y cumplido dicho trámite conceptualista, se estará en disposición de tratar de los efectos jurídicos y económicos de cada una de las tres clases de despido, labor esta última, a la que para mayor orden y claridad explicativa, se dedicaran sendos apartados.

#### **4. EL DESPIDO DISCIPLINARIO PROCEDENTE**

El despido se calificará de procedente cuando el Juez entienda que se cumplen los dos siguientes requisitos: primero, que el empresario ha respetado las formas y formalidades que exige la tramitación del despido; y segundo, que el incumplimiento grave y culpable alegado por el empresario en su escrito de despido entregado al trabajador esta tipificado al efecto y que además quede suficientemente acreditado (art. 55.4 TRLET y art. 108.1, segundo párrafo TRLPL).

Ambos requisitos son acumulativos, y así, en la práctica judicial diaria, si el juzgador advierte error u omisión formal, posiblemente ya no entrará en cuestiones de fondo a los efectos de declarar el despido como

---

40 Tal y como ha venido argumentando la jurisprudencia –no sin controversia doctrinal–, el juzgador en su sentencia no está facultado para imponer otra sanción que no sea el despido, *v. gr.* y por todas: Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1993, y en consecuencia no podrá fallar condena de sanción inferior al despido (Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1993).

procedente; y si entiende que las formas exigidas se han respetado, el juez a continuación, valorará la adecuación y consiguiente acreditación del incumplimiento laboral del trabajador denunciado, previa práctica de las pruebas aceptadas por el juez, pero aportadas por el empleador. En este supuesto pues, se sanciona a un trabajador cuya inocencia ha sido desmentida en sede judicial, es pues un trabajador “culpable”, y por ello resulta fácil advertir cuales serán los efectos jurídicos de tal despido.

## **5. EL DESPIDO DISCIPLINARIO IMPROCEDENTE: IMPROCEDENCIA FORMAL O IMPROCEDENCIA CAUSAL**

El despido se calificará de improcedente, cuando en opinión del Juez concurren alguna de las dos circunstancias siguientes: primera, que no se hubiesen respetado las formas exigidas y citadas; segunda, cuando el incumplimiento del trabajador alegado por el empresario no sea el ajustado o no quede suficientemente acreditado en opinión del juzgador (art. 55.3 TRLET y art. 108.1, 2º párrafo TRLPL).

### **5.1 IMPROCEDENCIA FORMAL**

En punto a la improcedencia por vulneración de los requisitos de forma, el pasaje 108.1, segundo párrafo del TRLPL, precisa que el despido “*será calificado de improcedente*” cuando la omisión formal se refiera a alguno de los requisitos de tal condición “*establecidos en el número uno del artículo 55 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores...*”, es decir, ausencia de escrito de despido, falta del contenido mínimo del mismo, expediente contradictorio cuando el trabajador a despedir sea representante de los trabajadores de la empresa; y la audiencia de los Delegados Sindicales, cuando el trabajador afectado esté afiliado al sindicato correspondiente y esta condición le constare al empleador, todo ello en los términos ya relatados<sup>41</sup>.

En ocasiones se afirma que si el juzgador advierte un defecto formal en la tramitación del despido, lo declarará improcedente sin necesidad de entrar en valoraciones sobre el fondo, aseveración esta que debería entenderse corregida cuando el despido pueda declararse nulo, pues no

---

41 Las omisiones en orden al referido expediente contradictorio y la audiencia sindical, justifican la improcedencia del despido, y en principio, no cabe considerar la posibilidad de la nulidad del mismo por lesión del derecho fundamental de libertad sindical.

hacerlo así bien podría provocar efectos no deseados por el legislador; y si las precitadas formalidades referidas se han cumplimentado debidamente, se pasará a considerar si el presunto incumplimiento laboral del actor se acredita por el demandado – quien, como hemos reiterado, asume la carga de la prueba- pues en caso contrario el juzgador también calificará el despido de improcedente.

Cabe recordar que calificar de improcedente el despido practicado por el empleador con incumplimiento de las formas debidas en la tramitación del despido por parte empresarial provoque la improcedencia del despido, es una decisión que el legislador tomó hace unos años, pues anteriormente tal conducta del empleador conllevaba la nulidad del despido. Tal modificación –hoy todavía vigente-, como resulta fácil advertir, comportó facilitar el despido, y por ello concitó la crítica de ciertos iuslaboralistas, pues con tal cambio se olvidan y contradicen las razones que justifican la necesidad de una tramitación formal por parte del empresario, como por ejemplo la seguridad jurídica, la posibilidad de defensa, y en definitiva, la tutela judicial. A los efectos de corregir los resultados perversos provocados por dicha alteración, cabe agudizar el celo en el sentido de valorar si las omisiones de forma, sólo son tales, o bien conllevan además menoscabo de derechos fundamentales, pues si así resultare, el despido no debería ser calificado de simplemente improcedente, sino de nulo en lo términos y por las razones que se detallarán<sup>42</sup>.

## 5.2 IMPROCEDENCIA CAUSAL

60

El despido disciplinario improcedente es la calificación debida cuando a criterio del juez, o no existe causa justificativa (incumplimiento contractual laboral, grave y culpable), o la misma no queda acreditada o probada, dicho sea en términos procesales. Resulta cómodo advertir que se plantea un problema que aunque obvio y consentido por nuestro legislador, no debe quedar sumido una vez más en el olvido: se está sancionado a un trabajador cuyo incumplimiento no se ha probado, es decir, se está possibilitando dejar –ni más ni menos– sin su trabajo, y derecho al mismo, a un asalariado “inocente”<sup>43</sup>, resultado que contradice todas las reglas

---

42 El propio Tribunal Constitucional en su sentencia 140/1999, de 22 de julio, extrema su atención en supuestos de quiebra del derecho a ejercitar acciones judiciales.

43 Lo de inocente entrecomillado, pues desde un principio se debe recordar que no resulta de aplicación al despido disciplinario el principio de presunción de

básicas del derecho en general. Es pues un resultado que, desde su origen está “viciado”, pues escapa de toda lógica jurídica<sup>44</sup>, y en consecuencia, resulta obvio de prever que cualquier reconducción que el legislador pretenda introducir con ocasión de fijar los efectos de tal despido, no puede ser más que una forzada solución o incluso una criticable “componenda” que, por lo demás, trae su razón de ser en una circunstancia y polémica más coyuntural que sustancial. En todo caso, se entiende que el juzgador dispone de suficientes alternativas para corregir, si los hubiere, abusos y fraudes que se pudieran intentar cometer aprovechando el mejorable planteamiento legal de los efectos de la improcedencia causal; aunque en este punto también hay que ser extremadamente cauteloso por cuanto que el fraude y abuso referidos no siempre conducen al despido nulo<sup>45</sup>.

## 6. EL DESPIDO DISCIPLINARIO NULO

### 6.1 DESPIDO NULO ORDINARIO

El despido se calificará de nulo, “*cuando tenga por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas la por la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador*” (art. 55.5 TRLET y art. 108.2 TRLPL)<sup>46</sup>.

En relación a la transcrita configuración legal y general del despido nulo, se debe formular la siguiente observación: los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador a los que se refiere con los que se recogen en la Constitución española de 1978, en sus artículos 14 a 29, y entre tales el legislador ordinario parece que muestra especial interés por la represión de conductas empresariales discriminatorias (art. 14 CE),

---

inocencia recogido en el artículo 24.2 de la Constitución española de 1978, según ha razonado el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 27/1993, de 25 de enero, apreciación que aquí se cita sin más valoración.

44 Si el despido disciplinario es por definición causal, mal se entiende que la ausencia o acreditación de la misma de origen al despido improcedente, resultando así que el principio de causalidad resulta difícil de explicar argumentado que la causa es el derecho de opción en si mismo considerado.

45 Que un despido en fraude de ley sea calificado de improcedente y no de nulo, reaviva la problemática, y en este sentido se han pronunciado las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1996, la de 23 de mayo de 1996, y la de 10 de julio de 1996.

46 Concordancia básica con: art. 14 Constitución , y art. 4.2.c del TRLET.

pues este es el único de todos los fundamentales al que el legisferante se dirige por su propio nombre en particular<sup>47</sup>.

## 6.2 DESPIDOS NULOS PARTICULARIZADOS

El tono general que se utiliza para conceptualizar el despido nulo, debe concretarse, con la cita de unos supuestos de despido nulo a los que la normativa se refiere de manera particularizada, y que son los siguientes: despido del trabajador durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento (preadoctivo o permanente), de menores de seis años (art. 108.2.a TRLPL y art. 55.5.a TRLET)<sup>48</sup>; el de trabajadoras embarazadas y el de los trabajadores que hayan solicitado los permisos por lactancia de un hijo o guarda legal o excedencia para atender al cuidado de hijo de acuerdo con las previsiones legales establecidas al efecto (art. 108.2.b TRLPL y art. 55.5.b TRLET)<sup>49</sup>; y, el de las trabajadoras víctimas de violencia de género en ciertos supuestos identificados legalmente (art. 55.5.b, segundo inciso TRLET)<sup>50</sup>.

En punto a estos supuestos de despido nulo particularizados cabe añadir que: dicha nulidad podrá no apreciarse, cuando el despido esté motivado en razones ajenas al embarazo o con el ejercicio los permisos o licencias referidas, en cuyo caso cabría la posibilidad de un despido procedente (art. 1081.2, último párrafo TRLPL y art. 55.5, último párrafo TRLET); y, que si se acredita que el despido obedece a algunas de las causas referidas en tales despidos particularmente enfatizados, el juzgador deberá

47 Sobre cuestiones generales de despido nulo por violación de derechos fundamentales, *vid.* sentencia Tribunal Constitucional 66/1993.

48 Ambos en concordancia con el artículo 45 (*Causas y efectos de la suspensión*”), punto 1 letra d; pasaje estatutario este redactado de acuerdo con lo establecido en el art. 3 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE, 6 de diciembre, corr. err. BOE, 16).

49 Ambos en concordancia con los arts. 37.4, 37.5, y 46.3 del TRLET, pasajes éstos redactados de acuerdo con los arts. 2.1, 2.2, y 4 de la precita Ley 39/1999, de 5 de noviembre.

50 Redactado de acuerdo a lo dispuesto en apartado Siete de la Disposición adicional de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE, 29 de diciembre, corr. err., BOE de 12 de abril de 2005).

obligatoriamente pronunciarse sobre la nulidad del despido “*con independencia de cuál haya sido la forma del mismo*” (art. 108.3 TRLPL), es pues este mandato una garantía de la operatividad del despido nulo, pues el legislador intenta evitar que cuestiones de forma pudieran de alguna manera desembocar en un despido improcedente<sup>51</sup>. El que el legislador en estos supuestos desprece el defecto de forma como posibilidad de justificar el despido improcedente, no puede ser tenido como argumento válido a los efectos de desvirtuar que como se ha razonado, ciertos defectos de forma puedan conducir , sin más, a la declaración de nulidad.

## V. EFECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO PROCEDENTE

**S**i el fallo de la sentencia declara procedente el despido, es porque el juzgador estima la “culpabilidad” de trabajador en los términos ya relatados, y por ello, tal y como ya se ha sugerido en estas páginas, los efectos que el mismo conlleva son fáciles de adivinar con éxito (art. 55.7 TRLET y art. 109 TRLPL).

### 1. EFECTOS JURÍDICOS

Jurídicamente, el contrato se extingue con la fecha en que el trabajador dejó de prestar sus servicios de acuerdo con lo determinado en la comunicación escrita de despido

### 2. EFECTOS ECONÓMICOS

Desde la óptica económica el trabajador no tendrá derecho a percibir cantidad dineraria Indemnizatoria alguna. Cuestión distinta es que el empresario deba saldar al ex trabajador con el pago de las cantidades salariales devengadas hasta la fecha del despido pero no liquidadas, finiquito que por lo demás se pone a disposición del asalariado afectado en el mismo momento en el que se le entrega la comunicación escrita de despido.

---

51 Dicho sea incidentalmente, esta previsión y consiguiente garantía que el legislador adopta en este caso, no hace más que confirmar la existencia de un problema ya señalado, cual es que un despido omitiendo formas sea, por regla general, improcedente y no nulo; es por ello que en este caso, el legislador se ve obligado a reconducir la situación.

## VI. EFECTOS JURÍDICOS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO IMPROCEDENTE

Los referidos efectos están condicionados a una cuestión previa: en este supuesto de despido, la normativa laboral vigente, ofrece una doble opción: la extinción del contrato indemnizado, o bien la readmisión del trabajador (art. 56.1 TRLET y art. 110.1 TRLPL). Cada una de las opciones generan efectos distintos.

**1. EL DERECHO DE OPCIÓN SOBRE LA READMISIÓN**

El derecho de opción precitado, como regla general, se atribuye al empresario<sup>52</sup>, salvo en el caso que el trabajador despedido sea un representante legal (unitario o sindical) de los trabajadores en la empresa, en cuyo supuesto la opción siempre corresponderá a éste a modo de garantía del ejercicio del derecho de libertad sindical (art. 56.4 TRLET y art. 110.2 del TRLPL)<sup>53</sup>; derecho de elección en general que será objeto de posterior reflexión, pero del que aquí y ahora se deja constancia sobre el siguiente detalle legal: en el supuesto que el trabajador representante despedido improcedentemente se decida por la readmisión, el legislador, establece que: “*Cuando la opción, expresa o presunta, sea a favor de la readmisión, está será obligada*” (art. 56.4, *in fine* del TRLET)<sup>54</sup>; solución esta que así anunciada, parece ser la única posible, pero que como se comprobará en su momento puede ser desvirtuada.

En ambos supuestos, la elección se ejercer en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia (art. 110.3 TRLPL y art. 56.1 TRLET). Si transcurren los cinco días referidos sin que el titular de la opción la ejercite, se entenderá que se inclina por la readmisión. Ejercido el derecho de readmisión, se comunicará en el los diez días siguientes, la fecha

---

52 En convenio colectivo bien podría establecerse, por ejemplo, que siempre será el trabajador quien ostente tal derecho de opción; así lo ha admitido la jurisprudencia, y al respecto sirva la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1997.

53 En la mismo sentido, los trabajadores designados para prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo prevenido en el pasaje 30.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE, 10).

54 De la misma manera que se anticipa que para el estudio del sentido y contenido de esta derecho del representante de los trabajadores, es conveniente la consulta de la Sentencia del Tribunal Constitucional 142/1985, de 23 de octubre (BOE, 26 de noviembre).

de reingreso, que no podrá fijarse, como mínimo, antes de los tres días desde la recepción de la comunicación de la readmisión.

Este derecho de escogimiento así configurado y atribuido, es susceptible de crítica jurídica, pues, como se ha reiterado, comporta reconocer un beneficio, precisamente, a un empresario que ha incumplido las formas exigidas legalmente en la tramitación del despido, y/o que en todo caso es una sanción que se impone, también precisamente, a un trabajador acusado de un incumplimiento laboral que no ha sido probado, ni más ni menos, que en sede judicial.

## **2 LOS EFECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DEL DESPIDO IMPROCEDENTE SIN READMISIÓN DEL TRABAJADOR**

**25.** Veamos ahora cuales son los efectos jurídicos y económicos en el supuesto de despido disciplinario improcedente sin readmisión.

### **2.1 EFECTOS JURÍDICOS: EXTINCIÓN**

Desde la óptica jurídica, la no readmisión provoca la extinción del contrato de trabajo con la fecha en que el trabajador dejó de prestar sus servicios de acuerdo con lo determinado en la comunicación escrita de despido. Si el trabajador despedido cumple con todos los requisitos exigidos al respecto, se beneficiará de las prestaciones por desempleo.

### **2.2. EFECTOS ECONÓMICOS: INDEMNIZACIÓN Y SALARIOS DECAÍDOS**

Económicamente, la no readmisión, obliga al empresario a satisfacer al trabajador dos partidas dinerarias por sendos conceptos jurídicos: la primera, una cantidad de condición indemnizatoria (art. 56.1.a TRLET) y una segunda en concepto de salarios de tramitación o salarios vencidos (art. 55.1.b TRLET). Ambas cantidades deberán constar en el fallo de la sentencia como condena al empresario, y las dos deberán satisfacerse en el caso de no readmitir al asalariado afectado, salvo el supuesto de exoneración de la liquidación de los referidos salarios decaídos que se comentará.

#### **2.2.1 INDEMNIZACIÓN**

La cuantía de la indemnización viene fijada en la ley (indemnización *ex legem*), con la siguiente fórmula: “cuarenta y cinco días de salario, por año trabajo, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades” (art. 56.1.a TRLET).

Sobre dicha indemnización en general y su cuantía en concreto, resulta interesante formular unas reflexiones, con la intención de que también sirvan en el momento en que se plantee el clásico e inevitable debate sobre si el despido “es caro o barato” en España. En cuanto a su naturaleza, se acepta doctrinalmente que se trata de una cantidad reparadora o indemnizatoria, que no sancionadora, aunque, cierto es, no sea *restitutio in integrum*. Es la indemnización cuya cuantía mínima legal es la más elevada de entre todas las previstas en supuestos de extinción de contratos de trabajo comunes<sup>55</sup>. La cuantía de la indemnización señalada por la normativa, es tasada para el Juez quien, por si mismo, no puede tener en cuenta ninguna circunstancia concurrente más. Tiene la condición de mínima legal, es decir, individual o colectivamente se podría acordar cuantificaciones más favorables para los trabajadores, en cuyo caso el juzgador debería pasar por ellas. Como parámetro para el cálculo se toma el salario percibido por el trabajador en el momento del despido<sup>56</sup>. La fórmula para el cálculo del montante de la indemnización está basada en una proporción directa y creciente que toma como único y exclusivo referente la antigüedad del trabajador en la empresa<sup>57</sup>, de lo que se deduce que la indemnización correspondiente a trabajadores, no ya con menos antigüedad dicho sea en términos generales, sino simplemente contratados con carácter temporal resultarán ser razonablemente menos cuantiosas por lógica aritmética, resultando así, tal y como ya se ha planteado, que si afirmar que el despido más fácil y menos costoso consiste en contratar temporalmente puede resultar exagerado, sí que es cierto objetivamente que en un mercado de trabajo con una tasa de contratación temporal elevada –como es el caso español– comporta automáticamente que el despido improcedente resulte menos costoso para el empresario; es por ello que la contratación por tiempo determinado

---

55 A modo de ejemplo y para que sirva de relativa comparación, se puede recordar que, cuando el empresario incumpla gravemente sus obligaciones –v. gr. “*la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado*”–, el trabajador tiene, entre otras medidas reparadoras, el derecho de solicitar la extinción del contrato con la correspondiente indemnización, cuya cuantía es la misma que la del despido improcedente sin readmisión (art. 50 TRLET).

56 Apreciación jurisprudencial consolidada, v. gr., por todas: Sentencias Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1990 y de 3 de enero de 1991.

57 Salvo pacto en contrario convenido por las partes, al respecto, v. gr.: Sentencia Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1990.

reduce la indemnización de referencia, y en definitiva, rebaja pues los costes del despido ahora considerado<sup>58</sup>.

### 2.2.2 SALARIOS DECAÍDOS

En punto a los salarios de tramitación siguen unas consideraciones sobre, su configuración, naturaleza jurídica, cálculo y cuantía, y otras observaciones menos positivistas.

#### A) Configuración

Los denominados salarios decaídos o de tramitación son los que el trabajador dejó de percibir por los días no trabajados desde el día de inicio del despido efectivo (día *a quo*: día en el que dejó de presta trabajo efectivo), hasta el día que el empresario opta por no readmitirlo (día *a quem*: día de reingreso efectivo)<sup>59</sup> (art. 56.1.b TRLET). Para el cálculo de los referidos salarios vencidos se tomara como referente el salario día percibido en el momento del despido.

Los salarios vencidos sólo reparan los perjuicios de haber dejado de trabajar unos días y en consecuencia sin percibir compensación alguna, otras circunstancias que hayan podido perjudicar al trabajador inactivo; se trata pues de una indemnización reparadora de daños y perjuicios tasada<sup>60</sup> más que de auténticos salarios, afirmación que en ciertos supuestos es contradicha por autores, pero que parece la más acorde con el supuesto<sup>61</sup>

Cierto es que la condena al pago de salarios de tramitación en el caso de no readmisión, puede parecer algo extraña, pero en realidad no es más que una componenda del legislador (o de su subconsciente, si se

---

58 La jurisprudencia acepta el cómputo del tiempo total de todos los contratos de duración determinada con la empresa, siempre que entre los mismos no existan *lapsus* temporales “significativos”, v.gr: Sentencias Tribunal Supremo, unificación de cortina, de 30 de marzo de 1999 y de 15 de febrero de 2000).

59 En estos apartados se trata de la readmisión en cumplimiento ordinario de la sentencia; el tema de los días efectivos de readmisión en los supuestos de ejecución de sentencias firmes de despido, o de ejecución provisional, se tratarán en los últimos.

60 Sentencia del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, de 20 de octubre de 2000.

61 Sentencia del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, de 10 de julio de 2000.

nos permite la expresión) que deja traslucir la problemática que conlleva cuantificar una indemnización debida por una extinción contractual “contranatura o jurídicamente forzada”, es decir la de un trabajador “inocente” en los términos explicitados. En este supuesto bien que se podría valorar la posibilidad de suprimir el pago de los salarios de tramitación incrementando proporcional y razonadamente la indemnización<sup>62</sup>, pero resulta comprensible –que no justificable– que posiblemente cualquier propuesta al respecto levantaría nuevas polémicas que, quizás, más que lograr avances de cara a un acuerdo, reavivaría más el disenso, a la vez que impediría la objetivación del cálculo de la cuantía de cierta parte de la indemnización global<sup>63</sup>.

### B) Reducción y supresión

En todo caso, en relación a los salarios decaídos debidos por el empresario en el caso del despido improcedente sin readmisión, se ha de señalar que ya desde hace tiempo se han venido y vienen introduciendo modificaciones legales que reducen la cuantía de los mismos<sup>64</sup>, y tal es

---

62 La OIT al respecto de las compensaciones económicas por despido parte de una configuración muy amplia, que en consecuencia facilita a los Estados la regulación de las mismas. El artículo 12. 12.a del Convenio OIT 158/1982, es del siguiente tenor literal: “*De conformidad con la legislación y la práctica nacional, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho: a) una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios, y del monto del salario....*”.

63 En tiempos de tendencia al abaratamiento de la indemnización del despido en estos supuestos, resulta comprensible que -estratégicamente- interese mantener con “personalidad propia” los salarios de tramitación; cuestión distinta son situaciones de *lege ferenda* planteadas en el marco de la discusión teórica de una política legislativa determinada.

64 Como supuestos de reducción de la cuantía de los salarios decaídos, se citan los siguientes, no sin antes manifestar que cada uno de ellos responde a razones distintas y es en atención a ello que las mismas pueden merecer una valoración más o menos negativa o positiva: cuando la sentencia de improcedencia se dicte transcurridos más de sesenta días hábiles a contar desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de los días de salario que excedan de dichos sesenta días (art. 57.1 TRLET, y arts. 116 a 119 del TRLPL); si durante el tiempo transcurrido entre el despido y la sentencia, el trabajador afectado, no obstante hubiera prestado servicios remunerados en otra empresa, de la cantidad debida por salarios de tramitación se le deducirá la que corresponda a dichos salarios (art. 56.1.b TRLET; *idem*, cuando haya trabajado por cuenta propia

la intensidad de dicha línea de tendencia a la baja, que desde hace menos tiempo<sup>65</sup>, incluso se pueden suprimir; proceso este que constituye una nueva, y sustanciosa, razón para explicar el paulatino y sostenido proceso de abaratamiento del despido de referencia.

En la actualidad, si el empresario que despide, reconoce, antes del acto de conciliación, la improcedencia del despido y a su vez deposita en el Juzgado de lo Social la citada indemnización (la del art. 56.1.a TRLET), y todo ello lo pone en conocimiento del afectado, verá reducida la cantidad debida por salarios vencidos, pues sólo los deberá satisfacer hasta la fecha del depósito; pero es que además si tal depósito y comunicación la realiza en el plazo de las cuarenta y ocho horas siguientes a notificado el despido al trabajador, el empleador quedara exonerado de liquidar cantidad alguna en concepto de salarios de tramitación (art. 55.2, 2º párrafo del TRLET)<sup>66</sup>; se ha consumado pues la práctica desaparición del pago de los referidos salarios decaídos, posibilidad esta “ilógica”, pues se trata de un empresario que despide por incumplimiento del trabajador pero

---

(Sentencia Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1999); y, por último digamos que si el empresario, una vez notificado el despido, pero antes de la conciliación, puede reconocer la improcedencia, y depositar en el Juzgado de lo Social la cantidad de la indemnización (la del art. 56.1.a) poniéndolo en conocimiento del trabajador despedido, en cuyo caso, acepte o no el trabajador la indemnización, y si el despido se declara improcedente, los salarios de tramitación debidos sólo serán los correspondientes hasta la fecha de tal depósito (art. 56.2, segundo párrafo TRLET, introducido en dicho texto en atención a lo dispuesto en el art. 2.3 e la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE, 13). Como se advertirá este último supuesto de reducción de los salarios de tramitación, es el que conduce a la posibilidad de la práctica supresión de los mismos, posibilidad esta, que por su interés, se comenta en el propio cuerpo del texto de esta Ponencia.

65 Posibilidad introducida por la Ley 45/, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección del desempleo y mejora de la ocupabilidad (BOE, 13).

66 Apartado introducido en el TRLET conforme a lo dispuesto en el pasaje 2.3 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre e medidas urgentes para la reforma del sistema por desempleo y mejora de la ocupabilidad. La ironía jurídica que sin duda rezuma el juego de las palabras “lógica” *versus* “ilógica”, adquiere su verdadera dimensión si se advierte que el abaratamiento del despido improcedente que comporta la supresión de los salarios de tramitación, se introduce en una ley “urgente” que por lo demás tiene por objetivo lo que se desprende de la literalidad de su transcrito título.

que reconoce de antemano que tendrá dificultades para probar, en sede judicial, la infracción grave y culpable de la que acusa al asalariado; y si se adjetiva de “ilógica” la cuestión, también se puede aseverar que tal posibilidad es “lógica que sea ilógica”, pues existe un vicio de origen ya denunciado: que se trata de sancionar con despido disciplinario a un trabajador, que como se ha anticipado, es legalmente “inocente”. En todo caso resulta evidente que, reducir o suprimir los salarios de tramitación es una “salida” para abaratar el coste del despido, lo que ocurre es que hacerlo recortando, precisamente, los salarios decaídos, y no la indemnización, resulta ser una operación cuya explicación resulta más difícil pues quita valor y sentido que puedan tener los referidos salarios como compensación por el despido de referencia.

Evidentemente, el trabajador despedido y al que se le comunica el reconocimiento de la improcedencia y el depósito de la susodicha indemnización, podrá no obstante, impugnar judicialmente el despido, incluso postulando –y en su caso obteniendo– la nulidad del despido; por ello la tutela judicial efectiva no se menoscaba, pero muy posiblemente sí que se desincentiva que el trabajador afectado pleitee, pues una “solución” intermedia, como lo es la improcedencia, ya la tiene asegurada “sin tutela judicial” a la cual, en tal caso ha renunciado “voluntariamente”, y todo ello sin soportar las cargas e inseguridades que siempre conlleva pleitear.

### **2.3 EFECTOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIA DE INSTANCIA PENDIENTE DE RECURSO EN EL SUPUESTO DE DESPIDO IMPROCEDENTE SIN READMISIÓN**

Hasta aquí se ha tratado de los efectos jurídicos y económico del despido disciplinario improcedente sin readmisión en atención a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, que como se ha comentado son los que tienen competencia para conocer de la demanda interpuesta por el trabajador despedido, pues bien, a continuación se dedicarán unas breves líneas a tratar de la ejecución provisional de la misma<sup>67</sup>.

Si se ha optado por la no readmisión, y la sentencia de improcedencia se recurre, por la parte que fuere, no procederá la ejecución provisional

---

67 En orden a la ejecución de sentencia, únicamente se hará referencia a la readmisión, pero o no a las cantidades dinerarias recaídas en condena, pues la ejecución de éstas son “ejecuciones dinerarias” que siguen las reglas generales.

de la sentencia en cuestión, si bien durante la tramitación del recurso el trabajador se considerará en situación de desempleo involuntario. Según sea la condena de la sentencia que resuelva el recurso –v. gr. supuesto en el que manteniéndose la improcedencia, no obstante la condena de mayor gravamen económico indemnizatorio para el empresario–, el empleador podrá cambiar el sentido de la opción, e inclinarse, ahora, por la readmisión de trabajador, debiendo atender las responsabilidades económicas que dicho cambio comporta en materia de salarios de tramitación y en orden a las cotizaciones debidas a la Seguridad Social; y si, en concreto, la nueva sentencia declara la nulidad del despido anteriormente calificado de improcedente, el derecho de opción ejercido en su momento se tendrá por no realizado (arts. 111. 1.b y 111.2, ambos TRLPL)<sup>68</sup>, y claro está los efectos serán los propios del despido nulo.

### **3. LOS EFECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DEL DESPIDO IMPROCEDENTE CON READMISIÓN DEL TRABAJADOR**

A continuación, y siguiendo el orden preestablecido, se considerarán cuáles son los efectos jurídicos y económicos en el supuesto de despido disciplinario improcedente con readmisión, ya sea cuando la opción la ejerza el empresario o cuando así lo haga el trabajador por ostentar la condición de representante legal de los trabajadores en la empresa. Tales efectos, se resumen en los que siguen.

#### **3.1 EFECTOS JURÍDICOS: NO EXTINCIÓN CONTRACTUAL**

Desde la óptica **jurídica**, el despido disciplinario improcedente seguida de la readmisión del trabajador, como resulta lógico, no provoca la extinción del contrato de trabajo, pues se está ante un supuesto de reingreso al trabajo, y no frente a la formalización de un nuevo o contrato.

#### **3.2 EFECTOS ECONÓMICOS: SALARIOS DECAÍDOS**

Económicamente, la readmisión, sólo obliga al empresario a satisfacer al trabajador la cantidad correspondiente a los salarios de tramitación, pues lógicamente la indemnización establecida para el supuesto en el que no hay readmisión del trabajador no procede por propia definición.

---

68 El art. 112 de la LPL, regula los efectos que se producen en un caso particular: despido improcedente de un trabajador que sea representante legal, cuya sentencia sea recurrida.

Para el cálculo de la cuantía, la reducción y, en su caso, supresión de tales los salarios vencidos tramitación, como para otra cualquiera valoración sobre dichos salarios decaídos, valen aquí y ahora todas las consideraciones formuladas *supra* al tratar de idénticas cuestiones en punto al despido improcedente sin readmisión (art. 110.1, primer párrafo TRLPL).

### 3.3 READMISIÓN

Sobre la readmisión interesa puntualizar los siguientes aspectos, algunos formales o de procedimiento y otros más sustantivos:

- 1º) Desde la óptica formal, digamos que el empresario que haya optado por la readmisión siguiendo la tramitación ya expuesta, deberá comunicar por escrito al trabajador, en un plazo no superior a los diez días de notificada la sentencia, la fecha de reincorporación al puesto de trabajo que no podrá ser inferior a tres días desde la fecha de recepción de tal escrito (art. 276 TRLPL)<sup>69</sup>. Del supuesto en que el empresario no lo readmita o lo haga irregularmente se tratará en el punto dedicado a la ejecución de la sentencia del supuesto.
- 2º) Como cuestión más de fondo, digamos que la readmisión obliga al empresario a facilitar el reingreso del trabajador “*en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido...*” (art. 110.1, 1er. párrafo, *in prius* TRLPL), expresión que debe entenderse en sentido amplio, y así por ejemplo y como regla general, el tiempo durante el cual el trabajador despedido no prestó sus servicios, computará a los efectos de la antigüedad del mismo.
- 3ª) Y en último lugar se debe recordar que el artículo 56 del TRLET dispone que si el despido improcedentemente ostentara cargo de representación en la empresa, y éste optara por la readmisión, ésta, sea “*expresa o presunta...será obligada*”; es una puntualización que configura un supuesto de readmisión reforzada que anteriormente ya ha sido citado, y sobre el que ahora, cabe añadir que se trata de una garantía más del derecho de libertad sindical, a la que ahora se volverá a dedicar atención con ocasión

---

69 Debe notarse que, tal y como hemos explicitado los salarios de tramitación que debe pagar al trabajador abarcarán hasta el día anterior al que efectivamente se reincorpore al trabajo, y así en consecuencia también se procederá en este caso (art. 276 TRLPL).

de plantar la ejecución de las sentencias firmes por este despido, aunque aquí se puede enfatizar, no sólo que la readmisión será obligatoria, sino que se admite la opción “expresa y tácita”.

### **3.4 EFECTOS DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA FIRME, Y EFECTOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA MISMA PENDIENTE DE RECURSO EN EL SUPUESTO DE DESPIDO IMPROCEDENTE SIN READMISIÓN**

Hasta aquí se han explicitado los efectos jurídicos y económicos del despido disciplinario improcedente con readmisión en atención a la sentencia dictada en instancia por el Juzgado de lo Social (cumplimiento voluntario de la sentencia), que como se ha expuesto es el órgano que tiene atribuida la competencia para conocer de la demanda interpuesta por el trabajador despedido; pues bien, a continuación se dedicarán unas breves líneas sobre la ejecución de tal sentencia cuando es firme, y después a la ejecución provisional de la misma.

#### **3.4.1 EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA FIRME. EL TRÁMITE DE INCIDENTE DE NO READMISIÓN**

En punto a la ejecución de la sentencia firme del despido que ahora se considera, se ha de advertir que si el empresario no readmite o lo hace de forma irregular, el trabajador podrá solicitar la ejecución ante el propio Juzgado de lo Social en los términos establecidos al respecto (art. 277 TRLPL); órgano que judicial que, citará a las partes a comparecer ante el mismo a los efectos de ser examinados sobre los hechos y pruebas que pudieran explicar el no acatamiento de la sentencia (art. 279 TRLPL); en el plazo de tres días el juzgador, cuando aprecie las alegaciones del ejecutante, dictará un auto en el que: declarará extinguida el contrato con la fecha del auto; acordará que el empresario abone al trabajador una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades (arts. 279 TRLET y por remisión de éste, art. 110 LPL y 56.1 TRLPL)<sup>70</sup>, y además, *“En atención a las circunstancias concurrentes y los perjuicios ocasionados por la no readmisión o por la readmisión irregular, podrá (el juzgador) fijar una indemnización adicional de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades”* (art. 279.2.b); y en tercer

---

<sup>70</sup> Adviértase que esta indemnización es idéntica a la que corresponde al supuesto de despido improcedente sin readmisión, y que ha sido anteriormente valorada.

lugar, en dicho auto se condenará al empresario al abono de los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha de la notificación de la sentencia que por primera vez calificó el despido de improcedente hasta el día en que se dicte el auto referido (art. 279.c TRLET).

Ni que decir tiene que la solución legal que el legislador establece ante la negativa del empresario a materializar la readmisión que el mismo solicitó, merece como mínimo un par de comentarios, dicho sea todo ello a pesar de que se conoce que el propio Tribunal Constitucional ha venido avalando la regularidad de la sustitución de la readmisión por indemnizaciones<sup>71</sup>.

La primera para señalar que dicha alternativa no parece ser la que se aplicará cuando la readmisión debida y no cumplida por el empresario tenga su origen en la opción del trabajador despedido improcedentemente por ostentar cargo de representante de los trabajadores en la empresa, pues en este caso –recuérdese- la readmisión, sea “*expresa o presunta...será obligada*” (art. 56 TRLET)<sup>72</sup>; este supuesto se tratará como si el despido fuera calificado de nulo (art. 280.1.a TRLPL).

Y la segunda, de tono lógicamente crítico, para denunciar que frente a un desacato del empresario a la autoridad judicial, el legislador laboral, no reacciona ponderadamente, pues, en principio, únicamente se limita a “dejar las cosas como si ni hubiera pasado nada” pues de ninguna otra manera se puede valorar que la “condena” que impone al empresario cuando cambia de opinión sin justificación admitida judicialmente es la misma que le hubiere correspondido si desde un buen principio el empresario hubiera optado por la no readmisión. Y se puede seguir sosteniendo tal opinión –aunque lógicamente podría existir otra mejor fundada en derecho– a pesar de que no se desconoce que el legislador introduce dos correcciones: incrementar el número de días de salario de tramitación debidos, e introducir la llamada “*indemnización adicional*”, pues ocurre que ninguna de las dos, o las dos conjuntamente, pueden ser adjetivadas, con garantías de éxito, como suficientemente compensadoras del nuevo perjuicio que genera desacato empresarial, pues tener

---

71 Sentencias 58/1983; 61/1992y 188/1993.

72 Afirmación que sin duda se confirma si se tiene presente que de la literalidad de los artículos 276 y 277 TRLET, aplicables en este caso, se refiere a empresarios que hayan, primero optado por la readmisión, y posteriormente no le hayan materializado debidamente.

que pagar más salarios de tramitación es una carga que se explica por sí misma –el supuesto contrario, sería impensable–, mientras que la nueva y/o segunda indemnización, que por lo demás se plantea simplemente como optativa –a decidir por el juez–, se fija con unas cantidades tanto mínimas como máximas, de las cuales se debe señalar que la mínima se vuelve a calcular por años de servicio lo que la desvaloriza en atención a la contratación temporal existente, y la máxima –se reitera: que tampoco se deja en manos del juez cuantificarla– se hace por cantidad a tanto alzado relativo que no parece ponderada para todos los supuestos imaginables. Se puede ser consciente que obligar al cumplimiento de una obligación de hacer como lo sería implementar la readmisión puede ser complicado –aunque la solución para hacerlo legalmente ya está acuñada en derecho–, pero no cabe olvidar que: tal fue la libre opción del empresario, quien además no recurre la sentencia, y por lo demás –y volviendo siempre al problema de origen– que se trata de un trabajador no sólo primero readmitido y después no readmitido, sino que además es –no se olvide– un trabajador que formal y legalmente es “inocente”, pero a al final pierde su puesto de trabajo a cambio de una cantidad dineraria, resultando así condicionado su derecho al trabajo<sup>73</sup>. A pesar de todo ello, se puede seguir manteniendo que el ordenamiento jurídico laboral español no admite el despido libre, pues si antes se argüía que tal rescisión requiere causa y tramitación formal, ahora se puede añadir que además no es libre por cuanto que comporta indemnización y compensaciones económicas; pero con la misma intensidad y sinceridad reflexiva cabe seguir manteniendo que es una regulación con tales claroscuros que la hace susceptible de una mejora desde la óptica de una política de derecho, sin dejar claro está de reconocer, como se decía, que los condicionamientos coyunturales son muchos y delicados de recomponer.

Ya para concluir la exposición de los avatares que en la práctica pueden acaecer en fase de ejecución de la sentencia firme por despido improcedente con readmisión falta el comentario del siguiente aspecto particular: la readmisión en el supuesto que la misma tenga su origen en la opción del despedido por ser representante de los trabajadores de la empresa.

En este caso se aplica la regla siguiente: “*la sentencia se aplicará en su propios términos*”, pues así lo tiene estipulado el artículo 280.1.a del

---

73 Citado artículo 35.1 de la Constitución española, para cuyo estudio, *vid. v. gr:* la sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981, y en concreto su Fundamento Jurídico núm. 8).

TRLPL, es decir, que se aplicaría la misma pauta que la que rige en trámite de ejecución de una sentencia firme por despido nulo; es por ello que aquí y ahora cabe formular una remisión a lo que sobre la cuestión se dirá *infra* al tratar, decimos, de la referida ejecución de la sentencia por despido nulo, remisión que no obstante debe permitir adelantar aquí la cita de una cuestión que posteriormente se detallara: que de la dicción literal de la regla de referencia, no puede ni debe, deducir, sin más, que obligatoriamente procederá la readmisión del trabajador afectado.

### 3.4.2 EJECUCIÓN PROVISIONAL

En orden a la ejecución provisional, por pendencia de recurso, de la sentencia del Juzgado de los Social por despido improcedente con readmisión cabe señalar los siguiente: cuando dicha sentencia sea recurrida por el empresario o por el trabajador ante el Tribunal competente, y el empresario optare por no readmitir al trabajador por propia decisión o no la permitiera cuando así optara el trabajador, deberá aquél “*satisfacer (al trabajador) la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad...*” mientras dure la tramitación del recurso (art. 295 en sus apartados 1 y 3 TRLPL)<sup>74</sup>, lo cual, lógicamente comporta que el asalariado dejará de percibir las prestaciones por desempleo que pudieran corresponderle (art. 295.4 TRLET); no obstante el trabajador no readmitido podrá solicitar a la autoridad judicial competente su reingreso al puesto de trabajo, y ante ello el jugador, previa audiencia de las partes en litigio, “*resolverá lo que proceda*” (art. 296 TRLPL).

## VII. EFECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DEL DISCIPLINARIO NULO

Cuando el despido se califica de nulo, “*se condenará (al empresario) a la inmediata readmisión del trabajador con el abono de los salarios dejados de percibir*” (dicción literal del primer inciso del art. 113 TRPLP; y en

---

74 En el supuesto que el trabajador fuera requerido por el empresario para incorporarse al trabajo mientras se tramita el recurso, pero no lo hiciera sin justificación, el mismo sufrirá –lógicamente– la “*pérdida definitiva de los salarios ....*” a los que hace mención el comentado pasajes 295 y 297 del repetido TRLPL. Por lo demás, si la sentencia de recurso desfavoreciera al trabajador, éste no estará obligado a retornar los salarios percibidos durante el período de ejecución provisional (art. 298 TRLPL).

el mismo sentido, art. 56.6 TRLET)<sup>75</sup>; escueto mandato legal en este supuesto de despido que sirve de cabecera para tratar de los referidos efectos, y poder señalar así lo siguiente<sup>76</sup>, no sin antes apuntar que tal clara y rotunda decisión del legislador se confirma si se recuerda que el segundo inciso del precitado pasaje 113 concluye mandando que “*La sentencia (declarando nulo el despido) será ejecutada de forma provisional en los términos establecidos en el artículo 295, tanto cuando fuera recurrida por el empresario como por el trabajador*”<sup>77</sup>.

### 1. EFECTOS JURÍDICOS: NO EXTINCIÓN CONTRACTUAL POR READMISIÓN

Jurídicamente el despido nulo no provoca la extinción del contrato de trabajo, pues la condena consiste, precisamente, en la readmisión inmediata y en los propios términos, y además no a un reingreso cualquiera, sino obligatorio –pues en este caso no se establece derecho de opción alguno- e inmediato –por expreso mandato legal- y por lo demás debe entenderse, lógicamente que, se trata de una readmisión “*en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido...*”, expresión que debe entenderse, como mínimo, en el sentido amplio comentado al tratar de otro supuesto (art. 110.1, 1er. párrafo, *in prius* TRLPL).

Si se tiene presente que la calificación de nulo trae su razón de ser de una infracción empresarial de derechos fundamentales contrastada judicialmente, la readmisión es lógica y materialmente la única alternativa posible de reponer al trabajador en la situación que le permita el eficaz ejercicio de tales derechos.

---

75 Sobre el alcance de la cuestión, ver las Sentencias del Tribunal Constitucional 58/1983, de 29 de junio (BOE, 15 de julio), y la 69/1983, de 26 de julio (BOE, 18 agosto).

76 En este punto de la exposición, y en lo fundamental, sólo se incluyen comentarios tomando como punto de referencia la sentencia de nulidad dictada por el Juzgado de lo Social, y no sobre las vicisitudes derivadas la nulidad que se obtiene en una segunda sentencia por haberse recurrido la primera. En todo caso, sobre la cuestión, téngase presente el pasaje 111,2 de l TRLET citado y comentado al tratar del despido improcedente, cuya sentencia se recurre, y la segunda declara la nulidad del despido.

77 Aunque esta cuestión será objeto de desarrollo posterior, a los efectos de comprensión, adelantamos que el art. 295 TRLPL, por lo que aquí interesa, establece que: el empresario que no obstante no lo readmita, deberá satisfacerle el salario debido.

## 2. EFECTOS ECONÓMICOS: SALARIOS DE TRAMITACIÓN

Los efectos económicos del despido nulo consisten en la obligación del empresario de liquidar al trabajador los denominados salarios vencidos o decaídos<sup>78</sup>. Sobre tal cuestión, valga aquí todo lo ya comentado al respecto de los mismos; pero teniendo muy presente que los salarios de tramitación no se podrán, reducir de la misma manera que ocurría en el supuesto de despido improcedente<sup>79</sup>, ni tampoco se podrán suprimir en los términos que resultaba factible hacerlo con ocasión del despido improcedente<sup>80</sup>.

Si en el caso de despido improcedente, el pago de los salarios de tramitación tenían una razón, más o menos, clara de ser —más en el caso de readmisión, que en el de no readmisión, por los razonamientos expuestos—, en el supuesto de despido nulo la explicación todavía es mayor, pues resultaría incomprensible que a quien en la propia empresa se le impide trabajar por despido que menoscaba el disfrute de un derecho fundamental, debiera, además, asumir la carga que comportaría no percibir el salario debido a la decisión, precisamente, de quien ha infringido el derecho en conflicto sentenciado; todo ello justifica que la normativa no prevea en este caso supuestos de reducción, y menos, de supresión del pago de los referidos salarios.

---

78 Obviamos aquí cualquier comentario sobre la posibilidad de solicitar una indemnización (daños y perjuicios de acuerdo con las previsiones de las normas civiles.

79 Así por ejemplo, no resulta de aplicación la reducción prevista para cuando la sentencia se dicte transcurridos más de sesenta días hábiles a contar desde la fecha en que se presentó la demanda y el empresario podía reclamar del Estado el abono de los días de salario que excedan de dichos sesenta días, pues esta posibilidad, al decir de la normativa, está revista para el despido improcedente (art. 57.1 TRLET, y art. 116 TRLPL); tampoco está previsto el supuesto de reducción si durante el tiempo transcurrido entre el despido y la sentencia, el trabajador afectado, no obstante hubiera prestado servicios remunerados en otra empresa, de la cantidad debida por salarios de tramitación se le deducirá la que corresponda a dichos salarios, pues la normativa que trata de la cuestión sólo de refiere al despido improcedente (art. 56.1.b TRLET).

80 La comentada posibilidad de suprimir el pago de los salarios de tramitación de acuerdo con lo establecido en el citado y estudiado arts. 56.2 y concordante del TRLET, sólo resulta posible en el caso de que el empresario reconozca la improcedencia, y todo ello de acuerdo con lo establecido en dichos pasajes.

### **3. EFECTOS DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA FIRME, Y EFECTOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA MISMA PENDIENTE DE RECURSO EN EL SUPUESTO DE DESPIDO IMPROCEDENTE SIN READMISIÓN**

Hasta aquí se ha tratado de los efectos jurídicos y económico del despido disciplinario improcedente sin readmisión resultantes de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, que como se ha comentado son los que tienen competencia para conocer de la demanda interpuesta por el trabajador despedido; pues bien a continuación se dedicarán unas escasas líneas a tratar de: primero, de la ejecución de tal sentencia cuando es firme, y en segundo término, de la ejecución provisional de la misma.

### **4. EFECTOS DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA FIRME, Y EFECTOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA MISMA PENDIENTE DE RECURSO EN EL SUPUESTO DE DESPIDO NULO**

#### **4.1 EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA FIRME**

En punto a la ejecución de la sentencia de instancia firme por despido nulo se deberán tener presente, una regla general y otras más particulares<sup>81</sup>.

La regla general establece que el despido nulo obliga al empresario a la ejecución de la sentencia “*en su propios términos*” (art. 280.1.b TRL-PL), y es así que, si no se facilita el reingreso (o se hace de forma irregular) el juzgador, siguiendo el procedimiento establecido, requerirá del empresario que lo haga en las condiciones y tiempo establecido (arts. 280. 2 y 281 TRLPL).

Hasta aquí la regla general, se formula con claridad y lógica, por cuanto que respeta el propio mandato que estipula que la sentencia “*será “-obligatoriamente pues- ejecutada, tal y como se ha se ha dicho, “en su propios términos”*”; pero a continuación el propio legislador desvirtúa la susodicha regla al establecer unas pautas particulares, que como se comprobará, posibilitan que el empresario no readmita al asalariado; ires y venires legales que desde la óptica de una correcta política legislativa deben calificarse, desde un buen principio, cuando menos, de sorprendentes,

---

81 Recuérdese aquí, que tal como se ha anticipado en su lugar, las reglas sobre la ejecución de la sentencia firme por despido nulo, se aplican también en el supuesto de readmisión del trabajador despedido improcedentemente, pero que por su condición de representante opta por la readmisión (art. 280.1.a TRLPL).

opinión esta, pues de *lege ferenda*, que no desconoce el clásico principio *nemo ad factum cogi potest* que explica la dificultad que entraña imponer el cumplimiento de una obligación de hacer personalísima como lo es para el empresario la readmisión en cuestión.

El propio pasaje legal que establece la regla general comentada (art. 281 TRLET), y sin ni siquiera solución de continuidad, indica que tal readmisión se deberá implementar, pero añade lo siguiente: “*sin perjuicio de que adopte (el juzgador), a petición de parte, las medidas que dispone el artículo 282*”. Pues bien, tal pasaje 282 del TRLPL trata de los efectos que conlleva el hecho de que el empresario no readmita al trabajador; en definitiva, se faculta al empresario a no readmitir al trabajador, es decir, que posibilita que la sentencia no se ejecute en sus propios términos sino en los contrarios.

Cuando el empresario no cumpla la decisión judicial varias veces reiterada en fase de ejecución (*ex arts. 280.2 y 281.2 ambos TRLPL*), el juzgador deberá dictar un auto en el adoptará las siguientes medidas (art. 282 TRLPL): primera, que el trabajador siga percibiendo los salarios y los incrementos del mismo que se pudieran producir por convenio colectivo con el paso del tiempo; y, segunda, que el asalariado siga en situación de alta en el sistema de la Seguridad Social, y consecuentemente debiéndose se satisfacer las cotizaciones debidas.

Bien es cierto que en caso de desacato a la readmisión en el supuesto de despido nulo, las cargas del empresario son mayores que cuando tal circunstancia ocurre con el despido improcedente con readmisión, pero también lo es que en este supuesto, más grave, tampoco se logra la reparación del perjuicio del trabajador como tal, pues percibir salario sin trabajar, no deja de ser una situación, no sólo personalmente insatisfactoria a todas luces, sino también y sin duda perjudicial desde el punto de vista profesional; en definitiva es una solución que sin duda no resulta ponderada o equilibrada en atención a los hechos concurrentes. El desacato del empresario a la autoridad judicial en este caso, bien podría ser merecedor de un reproche y corrección legal más adecuada.

#### **4.2 EFECTOS DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA PENDIENTE DE RECURSO EN EL SUPUESTO DE DESPIDO NULO**

En fase de ejecución provisional de la sentencia que califica el despido de nulo, la normativa aplicable establece las siguientes pautas generales:

- 1<sup>a</sup>) Que si el empresario recurre la sentencia de nulidad, podrá evitar la readmisión pero deberá seguir satisfaciendo al trabajador “*la misma retribución que venía percibiendo con anterioridad...*” (art. 295.2 TRLPL), en cuyo caso éste dejara de percibir la prestación por desempleo (art. 295.4). Y en el caso de el trabajador no se reintegre al trabajo cuando el empresario le facilite la readmisión, aquél perderá los salarios correspondientes (art. 297 TRLPL).
- 2<sup>a</sup>) Que si la primera sentencia de nulidad recurrida resultara corregida por una segunda declarando, por ejemplo, la procedencia, el trabajador no deberá reintegrar los salarios percibidos por los días trabajados fruto de su readmisión debida al cumplimiento ordinario de la primera sentencia (art. 298 TRLPL); en caso contrario, cuando menos, se podría producir un enriquecimiento injusto por parte del empleador.
- 3<sup>a</sup>) Cuando el despido nulo afecte a un representante legal de los trabajadores, la sentencia deberá adoptar las medidas oportunas, para que al margen que la readmisión se produzca o no de la forma debida, con el objetivo de garantizar por parte del trabajador afectado el ejercicio de las funciones propias del cargo que ostenta mientras se sustancia el correspondiente recurso (art. 300 TRLPL)<sup>82</sup>.

---

82 Aunque el despido por causas objetivas y el despido colectivo no son objeto de esta Ponencia por las razones ya expuestas, bueno será introducir una breve referencia sobre los efectos de los mismos, para que así quede, más claro si cabe, lo que representa el despido disciplinario.

El despido por causas objetivas (arts. 52 y 53 TRLET), es el debido a razones ajenas a la voluntad del trabajador (ineptitud sobrevinida; falta de adaptación al puesto de trabajo; amortización de puestos e trabajo por causas técnicas, económicas, organizativas o productivas o por absentismo) y cuya puesta en práctica, en este caso con preaviso, requiere una tramitación por parte del empresario que no se detallará aquí, y que puede ser aceptado o impugnado judicialmente por el trabajador afectado presentando en tiempo, forma y lugar una demanda; en el caso de impugnación judicial, ésta seguirá las pautas del despido disciplinario que ya han sido comentadas; siendo los efectos, prácticamente los mismos, salvo que: si se declara procedente, la extinción del contrato se acompañará obligatoriamente de una indemnización legal, mínima y tasada de: veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior a un año y con un máximo de doce mensualidades; y si se declara improcedente y el contrato a extinguir es, de la modalidad “para fomento de la contratación indefinida” la indemnización sólo será de 33 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.

## VII. A MODO DE CONCLUSIÓN CRÍTICA.

- 1ª) El despido ha sido desde de una institución clásica y básica del Derecho del Trabajo, cuya significación hoy día adquiere nueva dimensión con ocasión en atención de fenómenos tan actuales como la flexibilidad laboral y las deslocalizaciones empresariales propias de una economía globalizada.
- 2ª) El despido disciplinario, despido por excelencia, tiene una doble condición: por sus efectos es una causa justa de extinción del contrato, y por su contenido es una sanción. Doble característica que hace de su estudio jurídico, cuestión más compleja. Dificultad que adquiere nueva dimensión si se tiene presente que, hoy día ya no es sólo eso: una sanción extintiva —que ya es mucho decir— sino que además, más artificiosa que realmente, se le viene considerando algo más: es considerado “un coste laboral”; circunstancia que indica sin duda que tal institución se ha desvirtuado y su regulación desubicado, explicándose así tantas y cuantas reformas legales viene sufriendo en los ordenamientos laboral, olvidando así— a la vez que desfigurando— el real significado de los despidos debidos por causas organizativas o económicas, “nuevos” despidos estos que precisamente surgieron para solventar las cuestiones de los costes de la actividad empresarial.
- 3ª) Tal contaminación que sufre en la actualidad del despido disciplinario explica, en parte, que lo que podría denominarse su “teoría general” ha caído en el olvido de la reflexión pues nadie trata de ello, mientras que el montante de su coste es lo único que parece interesar en los foros de

Mientras que el despido colectivo (art. 51 TRLET), es el debido a causas técnicas, organizativas, productivas o económicas, que en un periodo de 9 meses consecutivos afecte a un número de trabajadores que supere unos umbrales numéricos establecidos en la normativa y que son variables y directamente proporcionales al volumen de la plantilla de la empresa; con carácter previo exige un período de consulta con los representantes de los trabajadores en la empresa, y su implementación requiere obligatoriamente que la autoridad laboral administrativa (no pues la judicial) tramite un expediente de regulación de empleo y dicte la correspondiente resolución administrativa autorizando al empresario a la extinción de los contratos, en caso que la resolución sea negativa, el empresario no podrá despedir a los trabajadores; mientras que así autorizados los despidos, el empresario deberá satisfacer a los asalariados afectados una indemnización mínima legal tasada cuya cuantía se ajusta a la siguiente fórmula: 20 días salario por año de servicio, prorrateándose por meses el tiempo inferior a la año, hasta un máximo de doce mensualidades, cuantía que puede ser superior si así lo han acordado el empresario y los representantes los trabajadores durante el período de consulta.

debate: y aceptar trabajar en este escenario y sólo en éste es en si mismo una trampa. Es por ello que, cuestiones que en su momento resultaron polémicas ahora están aletargadas, así por ejemplo: el que el incumplimiento de las formas del despido, que antes provocaba que el despido se calificara de nulo, pero que desde hace tiempo los sea de simplemente improcedente, parece ser un detalle sin importancia; la desvirtuación que ha sufrido el principio de causalidad del despido con ocasión de aceptar que uno sin causa o sin que quede acreditada pueda provocar el despido improcedente; el que continúe siendo el empresario quien, sin más disponga del derecho de opción en caso de despido improcedente, no parece preocupante; y que en fase de ejecución de la sentencia firme de despido no se asegure la readmisión, parecen ser prácticas “lógicas” cuando en realidad, son como mínimo, realidades opinables desde el entendimiento jurídico.

- 4<sup>a</sup>) El coste del despido disciplinario ha venido sometido a un progresivo de abaratamiento, sin que a su vez, se haya tenido en cuenta que han surgido nuevos fenómenos que ya de por si provocan el mismo resultado, como así ocurre con la contratación temporal y con cuantas modalidades de interposición empresarial se puedan imaginar. Tal omisión, provocada o no, es lo que explica que hoy el problema se enfoca desde otro ángulo muy diferente, cual es el que se condensa en la siguiente afirmación: la contratación indefinida, sin más, comporta el incremento del costo del trabajo. Afirmación, que como en realidad se sabe, no siempre es cierta en valores absolutos.
- 5<sup>a</sup>) La flexibilización del principio de causalidad de la contratación temporal y la del principio de causalidad en el despido, no sólo facilita el mismo por partida doble, sino que además traza un circuito de la flexibilidad, que en ciertas ocasiones, más que tal flexibilidad puede llegar ser una práctica desreguladora de las relaciones laborales que resulta contraria a la propia esencia del Derecho del Trabajo.
- 6<sup>a</sup>) Las opiniones que legítimamente opinan que el despido es caro, deberían precisar a qué tipo de despido se refieren, pues una valoración sobre costos requiere saber si se trata de un despido que es improcedente por decisión judicial y que el empresario, pudiéndolo hacer, no obstante opta por no readmitir al trabajador, o, por ejemplo, se trata de un despido objetivo por amortización de puesto de trabajo. Pero es que además valorar si un despido es “caro o barato”, exige tener en cuenta otros parámetros, como por ejemplo: tasas de desempleo, tasa de contratación temporal, índice de protección por desempleo, y cuantía y duración de las prestaciones por tal contingencia; en defi-

nitiva, que una indemnización por despido será “mayor o menor”, no sólo por razones intrínsecas derivadas de la cuantía de las mismas, sino también por la solidez del Estado del Bienestar.

- 7<sup>a</sup>) En punto a la valoración del coste del despido no siempre se tiene en cuenta que también se han incorporado a la organización de la empresa, mecanismos que abaratan el coste del trabajo, como por ejemplo, la intermediación de empresas de trabajo temporal, empresas cuyos beneficios legales precisamente los obtienen asumiendo unos riesgos que el empresario de la empresa usuaria no quiere asumir por supuestamente costosos, dejando así pendiente de dilucidar si es que, en algunos supuestos, existe o no un déficit del buen saber organizar y administrar una empresa o un correcto proceder de la administración laboral. En esta misma línea discursiva cabe reflexionar sobre si puede ser o no cierto que ciertas subvenciones públicas para fomentar la contratación indefinida son efectivas, o bien si, por ejemplo, son las que en parte poco después se podrían utilizar para costear (con dinero “expúblico”) un despido, por lo demás, cada vez menos costoso.
- 8<sup>a</sup>) El reciente rebaje del coste del despido en España por medio de la reducción o incluso supresión de los salarios de tramitación, es una operación criticable desde la óptica jurídica, y que sólo tiene su explicación en la falta de acuerdo sobre la cuantía de la indemnización y la consiguiente falta de decisión del legislador: ¿no se va a cobrar el salario debido porque el empresario despida (es decir no deje trabajar) y además simultáneamente él mismo auto-acepte ante el propio juzgador que lo hace de forma improcedente?, ¿encaja esta operación con algún tipo de lógica jurídica mínimamente sostenible? Si el legislador quiere eliminar los salarios de tramitación –que es lo que ha ocurrido-, que lo haga, pero expresamente, y si a continuación quiere, que reconsidere la cuantía de la indemnización, y si no, que no lo haga –que no lo ha hecho-, pero recurrir a subterfugios, por razones coyunturales, no es desde luego una operación de recibo a los efectos del necesario debate sobre el costo del despido.
- 9<sup>a</sup>) Los aspectos nucleares del despido en general, y el disciplinario en particular, deberían ser objeto de nuevos replanteamientos más adecuados a las nuevas formas de organización del trabajo en la empresa, y especialmente lo deberían ser los temas clásicos y profundos del mismo que condicionan sus efectos jurídicos y económicos, pues el ordenamiento jurídico vigente español en estos momentos es el resultado de sucesivas reformas que se han sucedido desde 1984 hasta la última –2006- sin una línea clara y continua de proyección.