



Universidad
de Alcalá

EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

THE SPECIAL PROCEDURE OF DISCIPLINARY DISMISSAL

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:
D^a ALEXANDRA MARIA VLAD

Dirigido por:
Dr. D. JOSÉ MANUEL DEL VALLE VILLAR

Alcalá de Henares, a 10 de enero de 2019.

UAH

**EL PROCEDIMIENTO
ESPECIAL DEL DESPIDO
DISCIPLINARIO**

**THE SPECIAL PROCEDURE
OF DISCIPLINARY
DISMISSAL**

Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:
D^a ALEXANDRA MARIA VLAD

Dirigido por:
Dr. D. JOSÉ MANUEL DEL VALLE VILLAR

Alcalá de Henares, a 10 de enero de 2019.

“El procedimiento especial del despido disciplinario”

“The special procedure of disciplinary dismissal”

Resumen:

El objetivo de este trabajo consiste en el análisis de la modalidad procesal especial del despido disciplinario en el orden jurisdiccional social. Este procedimiento ofrece la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo a instancia del empresario, con especial atención a las causas que justifican dicha decisión empresarial.

El trabajador deberá cumplir una serie de requisitos para impugnar el despido disciplinario en caso de que no esté de acuerdo con la decisión tomada por el empresario. Antes de acudir a la vía judicial, el trabajador deberá, en todo caso, proceder al agotamiento de la vía previa o a la conciliación administrativa. Una vez realizado este trámite, sin haber llegado a ninguna solución, el trabajador podrá interponer la demanda y una vez admitida, se celebrará el acto del juicio. Dicho acto acabará con una sentencia que calificará el despido como procedente, improcedente o nulo. La calificación también podrá ser recurrida por el trabajador y dependiendo de la nueva resolución que se dicte, tendrá unas consecuencias u otras.

Palabras clave:

Despido disciplinario, incumplimiento grave y culpable, causa de despido, carta de despido, medios de prueba, calificación de sentencia, recursos.

Abstract:

The objective of this work consists in the analysis of the special procedural modality of disciplinary dismissal in the social jurisdictional order. This procedure offers the possibility of terminating the employment contract at the request of the employer, with special attention to the causes that justify said business decision.

The worker must meet a series of requirements to challenge the disciplinary dismissal in case he does not agree with the decision made by the employer. Before going to court, the worker must, in any case, proceed to exhaustion of the previous way or administrative conciliation. Once this procedure is completed, without reaching any solution, the worker may file the claim and once admitted, the trial will be held. Said act will end with a sentence that will qualify the dismissal as appropriate, inadmissible or void. The qualification may also be

appealed by the worker and depending on the new resolution that is issued, it will have some consequences or other consequences.

Keywords:

Disciplinary dismissal, serious and culpable breach, cause of dismissal, dismissal letter, means of proof, qualification of sentence, resources.

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| 1. Introducción. Extinción del contrato de trabajo..... | 7 |
| 1.2 El despido disciplinario. Concepto y causas..... | 8 |
| 1.2.1 Concepto..... | 8 |
| 1.2.2 Incumplimiento grave y culpable del trabajador..... | 9 |
| 1.2.3 Causas específicas de despido..... | 9 |
| 1.2.3.1 Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad..... | 9 |
| 1.2.3.2 Indisciplina y desobediencia en el trabajo..... | 11 |
| 1.2.3.3 Ofensas verbales o físicas..... | 11 |
| 1.2.3.4 Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza.. | 14 |
| 1.2.3.5 Disminución continuada y voluntaria de rendimiento..... | 14 |
| 1.2.3.6 Embriaguez habitual o toxicomanía..... | 15 |
| 1.2.3.7 Acoso..... | 15 |
| 1.3 Requisitos de forma y procedimiento..... | 16 |
| 1.3.1 Plazo..... | 16 |
| 1.3.2 Forma..... | 16 |
| 1.3.3 Subsanción..... | 18 |
| 1.4 Expediente contradictorio..... | 19 |
| 2. Medios de solución extrajudicial de conflictos..... | 20 |
| 2.1 La papeleta de conciliación..... | 25 |
| 2.2 El acto de conciliación..... | 28 |
| 3. El proceso judicial por despido disciplinario..... | 30 |
| 3.1 La demanda y sus requisitos..... | 30 |
| 3.1.1 Error en la persona del empresario..... | 35 |
| 3.1.2 Acumulación de acciones y procesos..... | 36 |
| 3.1.3 Oposición a la demanda..... | 38 |
| 3.1.4 Admisión de la demanda..... | 39 |
| 3.2 Acto del juicio..... | 40 |
| 3.2.1 Alegaciones y pruebas..... | 41 |
| 3.2.2 Tipos de medios de prueba..... | 44 |
| 3.2.2.1 Reconocimiento judicial..... | 45 |

| | |
|---|-----------|
| 3.2.2.2 Informe de expertos..... | 45 |
| 3.2.2.3 La prueba pericial..... | 45 |
| 3.2.2.4 Interrogatorio de las partes..... | 46 |
| 3.2.2.5 Interrogatorio de testigos..... | 47 |
| 3.2.2.6 Prueba documental..... | 47 |
| 3.3 Hechos probados..... | 49 |
| 3.4 Conclusiones..... | 50 |
| 4. Calificación y efectos de la sentencia..... | 50 |
| 4.1 Procedencia..... | 51 |
| 4.2 Improcedencia..... | 52 |
| 4.3 Nulidad..... | 64 |
| 4.3.1 Recursos frente a la sentencia del despido nulo..... | 67 |
| 5. Recursos contra la sentencia y ejecución provisional..... | 68 |
| 6. Conclusiones..... | 71 |
| Bibliografía..... | 75 |
| Webgrafía..... | 76 |
| Jurisprudencia..... | 76 |
| Tribunal Constitucional..... | 76 |
| Tribunal Supremo..... | 77 |
| Sentencia del Tribunal Superior de Justicia..... | 82 |
| Tribunal de Justicia de la Unión Europea..... | 82 |
| Legislación..... | 83 |

1. INTRODUCCIÓN. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

La extinción del contrato de trabajo lleva consigo la ruptura total de la relación laboral y, consiguientemente, la cesación definitiva de sus efectos, sin perjuicio de que alguna obligación pueda quedar vigente (como el pacto de no competencia postcontractual) o pendiente de cumplimiento (pago de salarios o indemnizaciones, por ejemplo). Como en todo contrato, la terminación del contrato de trabajo puede producirse por defectos en su constitución o por ausencia de algún requisito legal; también puede producirse por causas previstas con anticipación por las partes, o por acuerdo de éstas. Pero la legislación laboral se preocupa sobre todo de la extinción ocasionada bien por alguna circunstancia sobrevenida que impide la continuidad del vínculo, bien por decisión unilateral de alguna de las partes ante la pérdida de interés en el contrato.

La regulación vigente de la extinción del contrato de trabajo gira en torno al artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, muchos de cuyos pasajes se desarrollan después en los artículos 50 a 57 del Estatuto de los Trabajadores.

La extinción del contrato de trabajo puede producirse por diversas causas, entre ellas, causas ligadas a la **voluntad conjunta de las partes**, es decir, de mutuo acuerdo; **por voluntad del trabajador**, como por ejemplo cuando éste toma la decisión de dimitir o cuando se ve obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género o incluso cuando su decisión se fundamenta en un incumplimiento contractual del empresario; **por imposibilidad de cumplimiento**, este incumplimiento puede deberse a causas del trabajador en caso de que éste se jubile, muera o sufra una gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta. Aunque el incumplimiento también puede deberse a causas del empresario, como pueden ser la muerte, jubilación o incapacidad del empresario, salvo que se produzca una transmisión de empresa. La última de las causas es **por voluntad del empresario** o comúnmente conocido como **despido**.

En la sección IV del ET relativa a la “Extinción del Contrato” se recogen las diversas modalidades de despido que concibe nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, se encuentra regulado el **despido colectivo**¹ fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre y cuando la extinción afecte a un número determinado

¹ Artículo 51 del ET.

de trabajadores. En segundo lugar, encontramos el **despido por fuerza mayor**², que se produce por una situación imprevisible y sobrevenida que impide la continuación de la actividad laboral. En tercer lugar, se encuentra el **despido por causas objetivas**³, ocasionado por la ineptitud del trabajador, sobrevenida o conocida, y la falta de adaptación de este a las modificaciones técnicas de su puesto de trabajo o la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas y de producción. Por último, y no menos importante, está el **despido disciplinario**⁴, del cual pasaremos a hablar a continuación.

1.2 EL DESPIDO DISCIPLINARIO. CONCEPTO Y CAUSAS

1.2.1 Concepto

Por despido se entiende la extinción del contrato de trabajo por decisión o voluntad unilateral del empresario, peculiaridad que se diferencia y caracteriza, de otros modelos de extinción contractual en el ámbito laboral. En nuestro sistema esa decisión tan solo puede adoptarse cuando concurre una causa justificada, cuya ausencia entraña consecuencias negativas para el empresario, como pueden ser el restablecimiento de la relación laboral o, cuando menos, el pago de una indemnización al trabajador. Por lo tanto, el despido es “causal” y no libre, sin perjuicio de que de modo excepcional se admitan supuestos de despido sin acreditación de causa, alguno de proyección común como puede ser el período de prueba, y otros ya específicos de algunas relaciones laborales de carácter especial.

La exigencia de causa justa no es la única garantía de la estabilidad en el empleo frente a las decisiones extintivas del trabajador. Junto a ella, y en cierto modo como complemento, han ido surgiendo otras garantías de tipo formal o procedimental: la exigencia de forma escrita para la validez del despido, con expresión de causa y fecha, y la posibilidad de reclamar jurisdiccionalmente frente a la decisión empresarial, una especie de requisitos de los que hablaré más adelante.

La causa justa de despido ha sido tradicionalmente el incumplimiento por parte del trabajador de sus obligaciones laborales, siempre que revistan cierta gravedad. Esta causa se contempla en primer término en el artículo 49.1.k) del ET, que se refiere al “despido del trabajador” y que remite al artículo 54 del ET, que habla ya de “despido disciplinario”. Estos preceptos han de completarse con los artículos 55 a 57 del ET y, en el plano procesal, con los

² Artículo 51.7 del ET. Artículo 51.7 del ET.

³ Artículos 52 y 53 del ET.

⁴ Artículos 54 y siguientes del ET.

artículos 103 y siguientes de la LRJS que se ocupan del procedimiento de despido.

1.2.2 Incumplimiento grave y culpable del trabajador

El despido disciplinario es la sanción más grave que puede imponer el empresario y, en consecuencia, la manifestación más intensa de su poder sancionador o de disciplina en la empresa. Por su cualidad de reacción frente a los incumplimientos del trabajador, ha sido reconducido con frecuencia a la facultad que el artículo 1.124 del Código Civil concede para resolver las obligaciones recíprocas en caso de que “uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe”. El despido disciplinario es un mecanismo mucho más expeditivo, pues deja en manos del empleador la facultad de romper la relación laboral sin necesidad de acudir al juez⁵, sin perjuicio de que éste, previa demanda del trabajador pueda revisar esa decisión.

Cuando el artículo 54.1 del ET especifica que el despido disciplinario puede adoptarse como respuesta a un “incumplimiento grave y culpable” del trabajador, con **grave** se refiere a que debe alcanzar cierta entidad, como pueden ser las faltas de asistencia o puntualidad “repetidas”, falta de rendimiento “continuada”, embriaguez “habitual”, etc., y con **culpable**, quiere decir que debe ser imputable al trabajador, sea por dolo, culpa, malicia o negligencia, como pueden ser las faltas al trabajo “injustificadas”, la disminución del rendimiento “voluntaria”, etc. Ha de ser, además, un incumplimiento contractual, que afecte a las obligaciones que nacen del contrato de trabajo o de las normas que le son aplicables, no a otro tipo de relaciones o compromisos. Siendo su base el incumplimiento, en ningún caso puede ser una reacción frente al ejercicio de derechos⁶.

1.2.3 Causas específicas de despido

La relación de causas específicas de despido disciplinario se recoge en el artículo 54.2 del ET. Son causas de distinto carácter y de formulación muy variada.

1.2.3.1 Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad

El incumplimiento genérico que se contempla en esta previsión legal es la ausencia injustificada al trabajo. Pero dentro del mismo cabe distinguir diversas conductas: por un lado, la falta de asistencia, que parece referirse a la incomparecencia en el trabajo durante una

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1989.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de enero 14/1993.

o varias jornadas; por otro, la falta de puntualidad, que no abarca el conjunto de la jornada y que se puede producir, según considera la jurisprudencia, por llegar tarde al trabajo, marcharse antes de lo debido, o ausentarse injustificadamente durante la jornada. En cualquier caso, la ausencia solo constituye incumplimiento si es injustificada; no lo es cuando cuenta con cobertura legal.

Las faltas de asistencia o de puntualidad han de ser, en primer lugar, repetidas, pues solo así configuran un incumplimiento contractual grave, y, en segundo lugar, han de ser injustificadas, pues si están justificadas no hay un incumplimiento contractual culpable.

La referencia legal a que la falta ha de ser “**repetida**” exige una mínima frecuencia en la ausencia al trabajo, suficiente para poner de manifiesto una conducta incompatible con la buena marcha de la actividad laboral. Por ello, una falta aislada del trabajador no es causa justa de despido, salvo que impida o dificulte gravemente el trabajo de los restantes trabajadores. Normalmente, el número de faltas que puede dar lugar al despido disciplinario vendrá detallado en la norma sectorial aplicable, a la que habrá que atender asimismo para la valoración de su gravedad⁷, dado que el Estatuto de los Trabajadores no especifica su cuantía. Si nada dijera estas normas, será el Tribunal el que valorará la gravedad en atención a las circunstancias (momento en que se han producido y efectos que causen⁸).

En cuanto a la **injustificación**, la jurisprudencia señala que habrá de tener en cuenta igualmente las circunstancias y el “factor humano”⁹, así como la tolerancia previa del empleador¹⁰. En todo caso, corresponde al empresario probar las inasistencias o impuntualidades¹¹ y al trabajador probar la justificación de las mismas¹².

Un caso específico y frecuente es el de las ausencias por accidente o enfermedad. En caso de enfermedad común o accidente no laboral, el trabajador debe comunicar la situación a la empresa y aportar el parte médico de baja en el plazo de cinco días naturales¹³ a partir de la expedición del parte, así como en el plazo de dos días los partes semanales de confirmación de la incapacidad¹⁴.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1991.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1960.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero 1987.

¹¹ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre 1982, Ar. 6089.

¹² Por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de octubre 1982, Ar. 5616.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de mayo de 1988, AL 1988-803.

¹⁴ OM 17 octubre 1967, artículo 17.

1.2.3.2 Indisciplina y desobediencia en el trabajo

Aquí se contemplan, globalmente, el incumplimiento de las órdenes dadas por el empleador en el ejercicio regular de su poder de dirección y organización de la actividad empresarial, de acuerdo con el artículo 20.2 ET; y sanciona la transgresión por parte del trabajador de su obligación de obediencia en el contrato de trabajo¹⁵.

Ha de tratarse, en cualquier caso, de resistencia a órdenes o instrucciones legítimas, emitidas en el área de facultades del empleador o de quien ejercita poderes directivos¹⁶. A este respecto ha de tenerse en cuenta que, en principio, según criterio jurisprudencial, toda orden empresarial dirigida al ámbito laboral y adoptada por personas competentes goza de presunción de legitimidad y ha de ser cumplida por el trabajador; si bien, esta regla general quiebra, legitimando la resistencia del trabajador, cuando la orden sea manifiestamente irregular, implique riesgo, resulte vejatoria o constituya abuso manifiesto¹⁷.

Con relación al deber de obediencia, para ser sancionable debe tratarse de una desobediencia injustificada y que, por tanto, pese a la doctrina general de que el trabajador debe primero obedecer, aunque luego reclame¹⁸, se admite la desobediencia cuando concurren “circunstancias de peligrosidad, ilegalidad u otras análogas que razonablemente justifiquen la negativa”¹⁹.

Aunque, en fin, puede haber desobediencia tanto si se incumplen las órdenes empresariales dolosamente (con voluntad inequívoca de incumplir²⁰, como por simple negligencia²¹.

1.2.3.3 Ofensas verbales o físicas

Se consideran sancionables los comportamientos ofensivos para el empresario, los compañeros de trabajo, o los familiares que convivan con uno y otros. En caso de que el empresario sea **persona jurídica**, se entienden comprendidas en el precepto las ofensas a las personas físicas que la representan. El bien protegido en este caso es la convivencia y buena organización de la empresa²². Son sancionables tanto las ofensas verbales como las físicas, de

¹⁵ Regulado en el artículo 5.c) del ET.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1989.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1991.

¹⁸ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1985, Ar. 920.

¹⁹ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1988, Ar. 5143.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1986, Ar. 6306.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1985, Ar. 1942.

²² Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1988.

modo que pueden encajar en esta causa de despido los ataques de dignidad, al honor y a la propia imagen de esas personas, o las agresiones físicas, produzcan o no lesión.

En relación a esta causa conviene resaltar los siguientes aspectos:

- En cuanto a las **conductas** sancionables, desde luego se incluyen tanto los insultos, como las agresiones físicas. Pero quedan incluidas también las ofensas realizadas por escrito, que incluso revisten mayor gravedad si son públicas²³ y culpabilidad por intencionales²⁴. Y quedan incluidas las **amenazas** -decir a encargado que “tuviera cuidado con él”²⁵; a jefe de personal que arreglaría el asunto “por las malas”²⁶; a director que iba a “enterarse de quién tenía enfrente”²⁷; a jefe de empresa que se iba a “acordar de mí”²⁸ -, así como los **chantajes** respecto a usar documentos o secretos²⁹.

Las agresiones verbales son, desde luego, de lo más variado -desde expresiones como “a tomar por el culo”³⁰, hasta llamar “ignorante” o “burro” a un directivo³¹, o “chaquetero, pelota y cobarde” a un jefe³², o “esquirolas”³³, “pelota”³⁴, “mamón, pelota y facha”³⁵, a compañeros que no se adhieren a una huelga, o “mocosa y analfabeta” a una hija del empresario³⁶.

Lo mismo cabe decir de las agresiones o malos tratos físicos, que incluyen acciones tales como zarandear el coche del empresario³⁷, o retener al empresario o directivos³⁸, o dar un codazo intencionado a un directivo³⁹ o un manotazo a un vigilante⁴⁰. Entre tales conductas hay que incluir el acoso sexual -formular proposiciones deshonestas⁴¹; o entrar en vestuario femenino sin justificación⁴².

Por último, cabe sancionar incluso las ofensas producidas fuera del centro de trabajo y

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1986.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1987.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1986.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1980.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1982.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1987.

²⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 1982 y de 28 de septiembre de 1987.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1976.

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1970.

³² Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1987.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1973.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1977.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1987.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1987.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1982.

³⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1981 y 1 de julio y 1 de octubre de 1982.

³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1978.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1976.

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1976.

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1979.

de la jornada laboral, siempre que tengan una relación con el trabajo⁴³.

- En cuanto al requisito de **gravedad**, no se requiere reiteración, bastando con una ofensa grave⁴⁴ y es indiferente que la conducta constituya o no un delito o falta penalmente sancionable⁴⁵.

- En cuanto a la **culpabilidad**, partiendo de que quedan incluidas tanto las conductas dolosas como las culposas⁴⁶; seguramente la conducta culpable es apreciable sobre todo en los supuestos de actos ofensivos cometidos por personas introducidas en la empresa por el trabajador y que este no evite, pudiendo hacerlo⁴⁷, no obstante, hay que señalar -respecto de las ofensas verbales- que se requiere una intencionalidad o *animus iniuriandi*.

Pero el ánimo ofensivo se presume⁴⁸; aunque puede probarse que no hubo intención de ofender, en cuyo caso no hay responsabilidad⁴⁹. En tal sentido, determinadas circunstancias (campana electoral, transmisión de quejas por un representante, defensa de otro trabajador o del mismo presuntamente ofensivo en su pliego de descargos, etc.) suelen ser consideradas para demostrar la inexistencia de ánimo ofensivo⁵⁰.

- Otras circunstancias pueden actuar como atenuantes: acalorada discusión seguida de disculpas o motivada por orden inesperada⁵¹, provocación grave⁵², negociación de convenio⁵³, huelga⁵⁴, buena conducta anterior⁵⁵; aunque no siempre⁵⁶; afección neuropsíquica⁵⁷; aunque no la situación anímica o estado emocional del trabajador⁵⁸.

Debe señalarse, no obstante, que en el ámbito de la empresa puede ejercerse la libertad constitucional de expresión⁵⁹ con las modulaciones imprescindibles habida cuenta el ámbito y la relación contractual en la que se ejerce. Pero, como bien es sabido, la libertad de expresión no ampara el insulto ni la ofensa.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1979.

⁴⁴ Por todas, Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1967 y de 3 de octubre de 1985.

⁴⁵ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1987.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1984.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de mayo de 1987.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1981.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1985.

⁵⁰ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1987.

⁵¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1983 y de 26 de mayo de 1983.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1983.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1986.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1987.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1986.

⁵⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1984 y de 21 de marzo de 1988.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1965.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1987.

⁵⁹ Artículo 20.1 a) de la CE.

1.2.3.4 Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza

Se consideran sancionables la infracción del deber de buena fe que la ley impone al trabajador⁶⁰, y, como manifestación específica del mismo, lo que los tribunales llaman “quebranto de la confianza mutua”⁶¹. Esta es una causa compleja y de amplios contornos, dentro de la cual puede distinguirse entre transgresión de la buena fe y abuso de confianza.

La transgresión de la buena fe contractual se ha convertido, en especial, en causa genérica que permite sancionar muy diversos comportamientos del trabajador. De un lado, porque no es preciso que exista dolo o voluntad consciente de producir daño, ni siquiera que la actuación del trabajador produzca perjuicio efectivo⁶². De otro lado, la transgresión de la buena fe contractual comprende, no solo las infracciones del deber de buena fe, entendido, genéricamente, como disposición personal y probidad en la ejecución del trabajo⁶³, sino también de otros deberes del trabajador que no cuentan con una vía específica de represión dentro del artículo 54.2 ET, como los de diligencia, de colaboración o de no hacer competencia desleal.

En cuanto al abuso de confianza, esta conducta supone en cierto modo una transgresión del deber de buena fe, pero con algún matiz especial. Según la jurisprudencia, hay abuso de confianza cuando el trabajador aprovecha su especial situación (ejercicio de poderes directivos, autonomía en el desarrollo del trabajo, dificultades de control y vigilancia por parte del empresario, acceso directo a datos o bienes del empleador, etc.) para la comisión de la falta⁶⁴. Por ello, es propia sobre todo de personas que ocupan puestos de dirección o cargos de confianza (cajero, guarda, vigilante, supervisor, etc.), o de quienes desarrollan su trabajo en lugar especial, ya sea fuera de los locales de la empresa (representantes de comercio), ya sea en el domicilio del empleador (empleados de hogar). El abuso de confianza debe diferenciarse de la pérdida de confianza que puede dar lugar al desistimiento empresarial en algunas relaciones laborales de carácter especial.

1.2.3.5 Disminución continuada y voluntaria de rendimiento

Esta previsión legal es aplicable a los supuestos de disminución injustificada de rendimiento, y, a diferencia de las anteriores causas de despido, contempla una conducta que

⁶⁰ Artículos 5.a) y 20.2 del ET.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1988.

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1991.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1991.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1991.

ha de tener cierta permanencia en el tiempo, no transitoria o de carácter coyuntural, pues de lo contrario no alcanzaría la gravedad necesaria.

Ha de ser, asimismo, una reducción voluntaria o, al menos, derivada de negligencia o falta de diligencia del trabajador. La disminución en el rendimiento por causas ajenas al trabajador (paros de otros trabajadores, falta de materias primas, interrupción del proceso productivo, etc.), o por causas no imputables al mismo (ineptitud sobrevenida, falta de adaptación del trabajador a su puesto de trabajo, etc.), no puede ser objeto de sanción, aunque en ciertos supuestos el empleador podrá utilizar el despido por causas objetivas o el despido colectivo para poner fin a la relación laboral. La disminución de rendimiento que implique alteración colectiva en el régimen de trabajo se considera acto ilícito o abusivo en el artículo 7.2 DLRT.

1.2.3.6 Embriaguez habitual o toxicomanía

Esta causa conecta con las obligaciones de diligencia y buena fe en el contrato de trabajo; también con la obligación de observar las medidas de seguridad y salud en el trabajo.

La repercusión a la que alude el precepto podrá tener distintas manifestaciones: disminución de rendimiento, creación de situaciones de riesgo o peligro, quebranto de la convivencia dentro del ámbito empresarial, etc. En cualquier caso, para que pueda utilizarse esta causa de despido es preciso que la embriaguez o toxicomanía revistan habitualidad (característica que normalmente concurre en la toxicomanía⁶⁵), de modo que no son causa de despido la embriaguez o toxicomanía ocasional. Tanto la embriaguez como la toxicomanía pueden ser dolencias merecedoras de tratamiento, pero el precepto atiende sobre todo a su repercusión negativa en el trabajo y será el empresario el que deberá probarla.

1.2.3.7 Acoso

Los actos del trabajador que impliquen acoso contra otro trabajador o contra otra persona en el medio empresarial, creándole un entorno hostil, degradante, humillante u ofensivo, o perjudicando la buena armonía y convivencia dentro de la empresa, constituyen un atentado a la dignidad, y pueden valorarse como ofensas verbales o físicas o transgresión de la buena fe contractual. El acoso puede ser por razón de origen social o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (acoso discriminatorio, que en buena

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1988.

lógica debe extenderse a toda causa de discriminación), y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa. El empresario queda habilitado, así pues, para combatir estos actos de acoso dentro de la empresa, entre otras razones porque su tolerancia dentro del ámbito al que alcanzan sus facultades de dirección y organización del trabajo puede constituir infracción empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de los mismos⁶⁶.

1.3 REQUISITOS DE FORMA Y PROCEDIMIENTO

1.3.1 PLAZO

Por motivos de seguridad jurídica, el despido disciplinario, como todas las sanciones disciplinarias, debe adoptarse dentro de los plazos de prescripción de las faltas laborales, a cuyo transcurso decaen las facultades empresariales. Según el artículo 60.2 ET, las faltas graves o muy graves, que pueden acarrear la sanción de despido, prescriben a los veinte o sesenta días desde que la empresa tuviera conocimiento de las mismas y, en todo caso, a los seis meses de su comisión.

La prescripción puede interrumpirse por actos diversos. La vía más directa es la adopción de medidas sancionadoras. Pero también se interrumpe con el inicio de expediente contradictorio cuando esté legal o convencionalmente previsto, o cuando sea necesario para el conocimiento adecuado de la infracción, salvo que se dilate más de lo razonable⁶⁷.

1.3.2 FORMA

El despido disciplinario se viene calificando en la jurisprudencia como “acto formal y recepticio”, en alusión a sus requisitos de forma y a la exigencia de que llegue a conocimiento del trabajador⁶⁸. El empresario debe, en primer lugar, notificar el despido al trabajador, mediante comunicación escrita en la que figuren “los hechos que motivan y la fecha en que tendrá efectos”⁶⁹. Dicha comunicación puede hacerse a través de carta propiamente dicha -” carta de despido”- o mediante cualquier otro medio apto para una notificación por escrito (telegrama, etc.), incluidos los medios electrónicos⁷⁰ que ofrezcan certeza sobre su autor y contenido. El fin específico de la carta de despido es que el trabajador tenga conocimiento

⁶⁶ Artículos 8.13 y 13 bis de la LIS.

⁶⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1989 y de 4 de julio de 1991.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2000.

⁶⁹ Artículo 55.1 del ET.

⁷⁰ Regulados por Ley 59/2003, de 19 de diciembre.

fehaciente de la decisión empresarial y que pueda reaccionar en tiempo frente a la misma⁷¹. Por ello ha de contener la fecha del despido y los hechos que lo motivan; y es exigencia ineludible que se asegure su recepción por parte del trabajador, exigencia que se entiende cumplida cuando éste, pudiendo hacerlo, rehusara recibir la comunicación⁷².

Por “**fecha del despido**” se entiende aquella en que se producen sus efectos; por ello, el empresario ha de procurar y asegurarse de que llegue a conocimiento del trabajador⁷³. Esta fecha no ha de coincidir necesariamente con la fecha de la carta, aunque nunca puede producir efectos antes de que la decisión empresarial sea conocida por el trabajador. La fecha de despido abre el plazo para presentar la correspondiente demanda, plazo que es de caducidad a todos los efectos⁷⁴, y que se computa desde el día siguiente a “aquel en que se hubiera producido” el despido o, en el supuesto de que la comunicación de despido se reciba con posterioridad a la fecha de éste, desde el día siguiente a la recepción de la carta. Además, la jurisprudencia defiende que dicho plazo queda abierto desde el momento en que existan hechos concluyentes a partir de los cuales el trabajador pueda tener certeza de la voluntad del empresario de extinguir el contrato⁷⁵.

La carta de despido debe reseñar también los hechos que lo motivan, narrados de manera que el trabajador pueda conocer las razones de su despido y defenderse contra el mismo. No es precisa una descripción detallada y minuciosa de los hechos, ni la mención, en su caso, de los preceptos infringidos; la descripción puede variar según el tipo de imputación y las circunstancias del incumplimiento, y el cualquier caso basta que los hechos puedan ser identificados por el trabajador sancionado y que así se aseguren sus posibilidades de defensa⁷⁶. También se cumple este requisito formal mediante la remisión al escrito de cargos que con anterioridad se hubiera trasladado al trabajador⁷⁷.

Según el artículo 64.1. 7º del ET, las sanciones por faltas muy graves (y a ese género pertenece el despido disciplinario) han de ser comunicadas a los representantes de los trabajadores. Este deber de información, de todas formas, puede cumplimentarse una vez adoptada la sanción, y no afecta, por tanto, a la calificación jurídica del despido; su incumplimiento tan sólo conlleva responsabilidad administrativa, de acuerdo con el artículo

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1990.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo 1990.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1989.

⁷⁴ Artículo 59.3 del ET.

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1991.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1993.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1991.

7.7 LIS⁷⁸.

La exigencia de forma pretende ante todo hacer posible la reacción del trabajador frente a la decisión empresarial, la “acción de despido” es la que permite, realmente, dar virtualidad a la exigencia de justa causa. A través de ella el juez ha de constatar si concurre o no motivo justificado en la extinción, para declarar la validez o no del despido. A pesar de ello, la ruptura del contrato sigue estando en buena medida en manos del empresario: en primer lugar, porque es criterio jurisprudencial reiterado, acogido también por la ley⁷⁹, que la decisión empresarial de despido rompe la relación laboral, sin perjuicio de que después se restablezca a raíz de la reclamación del trabajador y la declaración judicial⁸⁰; en segundo lugar, porque el empresario puede reconocer desde el principio la improcedencia del despido y aun así proceder a la extinción del contrato si pone en manos del trabajador la indemnización pertinente⁸¹, y en tercer lugar porque no está plenamente asegurado que el trabajador objeto de despido improcedente sea readmitido por la empresa.

Una garantía complementaria establece la legislación laboral con vistas a la correcta liquidación de las cantidades pendientes: cuando comunica o preavisa el despido, el empresario está obligado a presentar al trabajador una propuesta de liquidación de las cantidades adeudadas para que el interesado pueda realizar las comprobaciones oportunas, a cuyo efecto puede solicitar la presencia de un miembro de la representación legal de los trabajadores⁸². Esta obligación trata de evitar abusos e incumplimientos con ocasión del “finiquito” o “saldo de cuentas”, y se aplica también a otras decisiones o iniciativas empresariales de extinción del contrato de trabajo, como la denuncia de contratos temporales.

1.3.3 SUBSANACIÓN

Según el artículo 55.2 del ET, el empresario que incumpla alguna de las formalidades previstas en el artículo 55.1 del ET puede realizar un nuevo despido en el plazo de 20 días, contados a partir del día siguiente de anterior (y hasta el momento de la interposición de la demanda por parte del trabajador, si se sigue la jurisprudencia tradicional⁸³); tal plazo es de caducidad y tiene carácter civil, no procesal, por lo que se computa sin exclusión de los días

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1991.

⁷⁹ Artículo 54.7 del ET.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1991.

⁸¹ Artículo 56.2 del ET.

⁸² Artículo 49.2 del ET.

⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1990.

inhábiles⁸⁴. Este último despido sólo surtirá efectos “desde su fecha”; razón por la cual el empresario ha de poner a disposición del trabajador “los salarios devengados” en los días transcurridos entre uno y otro despido, y ha de mantenerlo en alta durante dichos días a efectos de la seguridad social. Esta posibilidad se añade a la que también ofrece el artículo 110 de la LRJS para los casos en que el despido sea declarado improcedente por defecto de forma.

1.4 EXPEDIENTE CONTRADICTORIO

En el caso de que el trabajador despedido tenga la condición de representante de los trabajadores o de delegado sindical, se le aplican unas reglas especiales en caso de despido disciplinario y la legislación laboral les concede unas garantías, que son la apertura anterior de un expediente contradictorio en el que deben ser oídos, aparte del interesado, el comité de empresa, o, en su caso, los delegados de personal⁸⁵. La realización del expediente contradictorio permite al trabajador defenderse y justificar el comportamiento realizado.

La no tramitación de este expediente por parte de la empresa, si el mismo resulta obligatorio, puede dar lugar a la improcedencia del despido.

La apertura del expediente debe de hacerse por escrito, indicando en el pliego de cargos los hechos de forma clara y precisa en que se basan la posible sanción y la fecha en que se realizaron; y los preceptos infringidos. Sin embargo, la empresa no tiene la obligación de incluir los medios de prueba en los que funda los hechos indicados. En dicho escrito se hará constar el tiempo de que dispone el trabajador para formular el correspondiente escrito de alegaciones o pliego de cargos en su defensa, estableciendo por convenio el tiempo mínimo que se debe conceder al trabajador, o en su defecto, un plazo razonable para cumplir su finalidad. Normalmente es un periodo de tres días⁸⁶.

Determinados convenios colectivos recogen la necesidad de nombrar un instructor y un secretario en el pliego de cargos para el correcto del desarrollo del expediente. Tanto el secretario como el instructor deben de ser personas imparciales. Con el **pliego de cargos** se pretende dar a conocer los motivos del despido, por lo que será necesario realizar una descripción de los hechos y cargos que permita una posterior defensa. En este caso han de

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2004.

⁸⁵ Artículo 49.2 del ET.

⁸⁶ <https://www.cuestioneslaborales.es/el-expediente-sancionador-contradictorio-ante-faltas-muy-graves/>

seguirse los hechos motivadores de la sanción relacionados en la carta de despido. En este sentido, la jurisprudencia ha considerado el despido como improcedente por la falta de nombramiento de un instructor, de un representante legal de los trabajadores en el que el convenio colectivo lo exigía.

En este expediente no han de seguirse trámites especiales ni es preciso que contenga fase de práctica de pruebas; basta que cumpla sus fines de puesta en conocimiento de los hechos y de la información pertinente para que los afectados e interesados puedan exponer las alegaciones oportunas⁸⁷. Solamente tras la conclusión del expediente podrá el empresario adoptar su decisión, que habrá de cumplir el resto de las exigencias formales. Concurren aquí dos requisitos: expediente y comunicación escrita. Esta garantía se extiende a los candidatos proclamados en tanto dure el proceso electoral, así como a los representantes electos⁸⁸; no se prolonga, sin embargo, durante el año siguiente al término del mandato⁸⁹. Los artículos 21 y 28 LIEC la extienden a los miembros de “comités de empresa europeos”, y a los representantes en los procedimientos alternativos de información, en empresas o centros de trabajo ubicados en España.

2. MEDIOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

Una vez que el trabajador recibe la carta de despido, y en caso de no estar conforme, dispone de un plazo de caducidad de 20 días⁹⁰ para impugnar la decisión tomada por el empresario. Resulta necesario destacar que, en dicho plazo de caducidad, no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional, pero no los que sean exclusivos del término municipal -distinto- en el que viva el demandante⁹¹; tanto los concurrentes entre la fecha del despido y la presentación de la papeleta de conciliación, como los que transcurren entre la celebración del acto conciliatorio y la presentación de la demanda ante el Juzgado de lo Social⁹².

Debe advertirse que los días del mes de agosto se consideran inhábiles, salvo para determinadas modalidades procesales, entre las que se incluyen precisamente los despidos.

⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1991.

⁸⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997 y de 20 de junio de 2000.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997.

⁹⁰ Plazo establecido en el **artículo 103.1 de la LRJS**: “El trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los **veinte días hábiles siguientes** a aquél en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos y no se computarán los sábados, domingos y los festivos en la sede del órgano jurisdiccional.”

⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2005 (RJ 2005/7411).

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2005 (RJ 2005/7411).

Por lo tanto, el mes de agosto, es un mes hábil para este tipo de procedimiento⁹³, no solo en la instancia sino también en vía de recurso. El motivo se debe a que con ello se pretende no causarle un perjuicio al trabajador y que este quede indefenso.

El plazo de caducidad para interponer demanda por despido es de 20 días hábiles **desde la fecha de efectos del despido**. El cómputo del plazo se inicia el día siguiente a aquel en el que el empresario decide prescindir del trabajador y se lo hace saber. Siempre teniendo en cuenta el día del cese de la prestación real de los servicios, y no aquel en que finaliza el devengo teórico de las vacaciones que, compensadas en metálico, correspondían al trabajador despedido⁹⁴. El plazo termina cuando acaba el día vigésimo hábil. Si la fecha señalada en la carta no coincide con la de la efectividad del cese, se tomará esta última⁹⁵.

El último día del plazo ha de transcurrir en su totalidad, pudiendo el trabajador hacer uso de la posibilidad que ofrece el artículo 45 LRJS, esto es: presentar la demanda, “hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo en el servicio común procesal creado al efecto, o, de no existir éste, en la sede del órgano judicial”⁹⁶.

Para la tramitación de este proceso y, con ello tratar de evitar la vía judicial, será requisito necesario el **intento de conciliación** o, en su caso, de **mediación**. La realización de este trámite extrajudicial es de **carácter obligatorio** y determina la inadmisión de las futuras demandas que vayan a presentarse, en caso de no haberse realizado. Tampoco se puede acudir a los juzgados sin haber presentado antes la **papeleta de conciliación** y haber intentado alcanzar un acuerdo con la empresa.

El acto de conciliación o mediación previas, se encuentran recogidos en el artículo 63 de la LRJS y también en el **Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre, por el que el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación** asume parte de las funciones que tiene encomendadas en su artículo 4º al establecer que “*será requisito previo para la tramitación de cualquier procedimiento laboral, el intento de celebración del acto de conciliación ante el instituto de mediación, arbitraje y conciliación*”. Este **Real Decreto** ofrece la posibilidad a los

⁹³ Artículo 43. 4. de la LRJS: “Los días del mes de agosto serán inhábiles, **salvo en las modalidades procesales de despido**, extinción del contrato de trabajo de los artículos 50, 51 y 52 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores...”.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2010, EDJ 16497.

⁹⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1988 (RJ 1988, 3015), y de 25 de septiembre de 1995 (RJ 1988, 6888).

⁹⁶ Cfr. Art. 135 de la LEC.

interesados de comparecer al acto de conciliación por sí mismos o por medio de representante. Debemos recordar que en los procedimientos judiciales laborales es preceptiva la asistencia o representación por un abogado. En caso de que el trabajador decida optar por acudir solo al acto, él mismo puede redactar la papeleta y firmarla. Si, por el contrario, opta por acudir acompañado por medio de un representante, se le requiere al mismo la capacidad exigida a los litigantes en el proceso laboral, la cual puede ser llevada a cabo por abogado, procurador, graduado social colegiado o cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles⁹⁷.

Debido a que la solicitud de conciliación es obligatoria para posteriormente interponer la demanda judicial, es muy importante que esté redactada y defendida por un profesional altamente cualificado como los mencionados anteriormente. El motivo reside en la fuerza que el demandante haga para llegar a un acuerdo en ese acto de conciliación. En caso de que la solicitud o papeleta de conciliación estuviera bien argumentada fáctica y jurídicamente, con argumentos de peso y con una alta solidez, le produciría menos indefensión al trabajador; de otro lado, podría apreciarse una papeleta de conciliación incongruente, insostenible, pobre de contenido y sin argumentación jurídica suficiente o incorrecta.

El **arbitraje**⁹⁸ es otra de las modalidades de solución extrajudicial de conflictos laborales. En este procedimiento, las partes acuerdan voluntariamente encomendar a un tercero, denominado **árbitro**, la solución del conflicto laboral y aceptan lo que éste dicte. Requiere la voluntad expresa de las partes en conflicto de someterse a la decisión imparcial del árbitro.

Dicho procedimiento es posible, siempre que sea solicitado por las partes en conflicto, debiendo ser asumido por las mismas, y debiendo igualmente promoverlo mediante petición escrita y a través de la designación de árbitro o árbitros libres, recayendo en expertos imparciales.

⁹⁷ **Artículo 18.1 de la LRJS:** “Las partes podrán comparecer por sí mismas o conferir su representación a abogado, procurador, graduado social colegiado o cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. La representación podrá conferirse mediante poder otorgado por comparecencia ante el secretario judicial o por escritura pública”.

⁹⁸ El arbitraje tiene su amparo legal en el Título III del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 156 de la LRJS.

El procedimiento arbitral se caracteriza por los principios de contradicción e igualdad entre las partes. El árbitro o árbitros podrán pedir el auxilio de expertos, si fuera preciso. De la sesión o sesiones que se celebren se levantará acta certificada por el árbitro o árbitros.

La resolución arbitral tendrá la misma eficacia que lo pactado en convenio colectivo, siempre que se den los requisitos de legitimación legalmente establecidos y dentro del ámbito al que se refiera. En tal caso será objeto de depósito, registro y publicación en los términos previstos en el artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores.

Estos acuerdos, pueden ser objeto de impugnación judicial a través de los procedimientos previstos para la impugnación de convenios colectivos. También existe la posibilidad de interponer recurso contra el laudo arbitral cuando en el desarrollo de la actuación arbitral no se hubiesen observado los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o por exceso del árbitro al resolver sobre puntos no sometidos a su decisión⁹⁹.

También cabe que se suscriba un **compromiso arbitral**¹⁰⁰.

La suscripción de un compromiso arbitral celebrado en virtud de acuerdos interprofesionales y convenios colectivos de eficacia general a que se refiere el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores **suspenden el plazo de caducidad**, reanudándose al día siguiente de que adquiera firmeza el laudo arbitral, salvo que se recurra judicialmente éste, en cuyo caso la reanudación del cómputo se efectúa desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia que se dicte.

Igual efecto se producirá aun cuando en el procedimiento arbitral se aprecie la incompetencia, reanudándose el cómputo de la caducidad desde la firmeza de la resolución que pusiera fin al arbitraje.

La suscripción de un compromiso arbitral tiene como consecuencia también la interrupción de la **prescripción**.

En caso de no estar conforme con el laudo arbitral adoptado, se pueden emprender acciones de impugnación y recursos judiciales de anulación de dichos laudos arbitrales, cuyo conocimiento corresponda al orden social, cuando no tengan establecido un procedimiento especial. Los fundamentos que pueden alegarse consisten en exceso sobre el arbitraje, haber resuelto aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo, vicio esencial de

⁹⁹http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAA AUNDMwMjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAfrYgfTUAAAA=WKE

¹⁰⁰ Artículo 65.3 de la LRJS.

procedimiento o infracción de normas imperativas. Esta acción caducará en el plazo de treinta días hábiles, excluidos los sábados, domingos y festivos, desde la notificación del laudo.

En caso de formularse la impugnación por el Fondo de Garantía Salarial, en relación con posibles obligaciones de garantía salarial, o por otros terceros posibles perjudicados, se podrá fundamentar en ilegalidad o lesividad y el plazo para el ejercicio de la acción contará desde que pudieran haber conocido la existencia del laudo arbitral¹⁰¹.

Puede darse el caso de que el trabajador en vez de prestar sus servicios a un empleador de carácter privado, los preste a algún ente del Sector Público. Los organismos que forman parte del Sector Público son los siguientes: el Estado, las Comunidades Autónomas, y las Entidades Locales o de Derecho Público que ostentan personalidad jurídica propia dependientes o vinculadas a ellos, siempre y cuando la normativa que regula el procedimiento administrativo así lo requiera¹⁰². Si el trabajador es despedido por alguno de estos entes, para poder demandarlos, es necesario **haber agotado la vía administrativa previa** antes de acudir a la vía judicial¹⁰³. Este agotamiento intenta proporcionar la solución extraprocésal del litigio, es por tanto otro **medio de evitación del proceso social**. Se entenderá agotada la vía administrativa previa cuando proceda la interposición del pertinente recurso de alzada frente al acto administrativo inicial, como consecuencia de ello, el agotamiento de la vía previa se producirá con el mismo; o bien, cuando dentro de los distintos supuestos posibles, una previsión legal determine el agotamiento de la vía administrativa sin necesidad de recurso de alzada.

A través de la reclamación administrativa previa -como ha escrito Alonso Olea¹⁰⁴- se produce “el sometimiento previo del objeto de una pretensión al conocimiento y decisión de quien precisamente va a ser demandado en el proceso principal”. Este sometimiento previo, que elimina y al tiempo sustituye la posibilidad de intento conciliador de los entes públicos, toma en consideración la supremacía de tales entes confiando a su decisión unilateral (y no a la avenencia *inter partes*) la posibilidad de reconsiderar su propia resolución impugnada. El

¹⁰¹ Artículo 65.4 de la LRJS.

¹⁰² La normativa es la recogida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹⁰³ Artículo 69.1 de la LRJS.

¹⁰⁴ ALONSO OLEA, M., “Derecho del trabajo”.

Tribunal Constitucional considera justificada la dificultad de acceso a la jurisdicción que implica la reclamación previa¹⁰⁵.

2.1 LA PAPELETA DE CONCILIACIÓN

La papeleta de conciliación es un escrito simple a través de la cual el trabajador despedido impugna la extinción del contrato por motivos disciplinarios y cuya **finalidad** es intentar llegar a un acuerdo entre trabajador y empresa y así tratar de evitar un proceso judicial. Dicho escrito no tiene requisitos de forma, en cambio, sí debe incluir el relato fáctico que intente acreditar la inexistencia de la causa de despido y la pretensión solicitada.

El contenido de dicha papeleta será el mismo que debe aparecer posteriormente recogido en la demanda a presentar, en caso de que las partes procesales enfrentadas no lleguen a un acuerdo. Con respecto a esta cuestión, es muy importante resaltar la relevancia de este trámite, puesto que, en ningún caso podrán alegarse hechos distintos de los aducidos en conciliación o mediación ni introducirse respecto de la vía administrativa previa variaciones sustanciales en los términos prevenidos en el artículo 72, salvo los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad¹⁰⁶. Por lo tanto, es determinante expresar los hechos y pretensiones, para el éxito del caso ya desde este trámite inicial, ya que según menciona MONTOYA MELGAR, A., el contenido de la demanda puede limitarse preprocesalmente en las fases de búsqueda de solución extraprosesal al conflicto¹⁰⁷.

La papeleta de conciliación deberá entregarse presencialmente:

- Acudiendo a la sede administrativa que corresponda a cada demarcación autonómica¹⁰⁸, en este caso, al Registro del Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC), o;

- A la **Inspección de Trabajo**, si así lo desean las partes (artículo 3 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social¹⁰⁹).

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 217/1991, 120/1993.

¹⁰⁶ Artículo 80.1 apartado c) de la LRJS.

¹⁰⁷ MONTOYA MELGAR, A., *op.cit.*, pág. 774, citando a RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “Sobre los principios informadores del proceso de trabajo”.

¹⁰⁸ Por ejemplo: en Cataluña y Andalucía es el CMAC, Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación; en Madrid, Castilla y León, Galicia, Cantabria el SMAC; en Asturias y Extremadura es el UMAC, la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación, etc.

¹⁰⁹ Según este artículo, la función inspectora, que será desempeñada en su integridad por funcionarios del Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social y por los funcionarios del Cuerpo de Subinspectores de Empleo y Seguridad Social, en los términos establecidos respecto de estos últimos en el artículo 8 de esta ley,

El trabajador dispone de un plazo de 20 días hábiles sin contar sábados, domingos ni festivos, que es el mismo plazo del que dispone para presentar la demanda por despido. El mismo día que se presenta la papeleta de conciliación ante el correspondiente servicio u órgano que asuma esas funciones, se suspende el plazo de caducidad. Dicho cómputo se reanuda al día siguiente de intentada la conciliación o transcurridos 15 días hábiles, excluyendo del cómputo los sábados, desde la presentación de la papeleta de conciliación sin que se haya celebrado, esto es, a partir del día 16 hábil inclusive¹¹⁰¹¹¹.

El efecto suspensivo de la caducidad que tiene la papeleta de conciliación presentada en tiempo y forma exige la posterior formulación de la demanda, ya que en caso de que se archive el procedimiento, bien por desistimiento, bien porque no se llegue a presentar la demanda, no se suspende el cómputo de la caducidad¹¹². Tampoco suspende la caducidad la papeleta de conciliación cuando no se presenta el demandante a dicho acto de forma injustificada¹¹³.

Debemos matizar lo dicho anteriormente indicando que, en todo caso, transcurridos treinta días, computados en la forma indicada en el apartado anterior, sin haberse celebrado el acto de conciliación o sin haberse iniciado mediación o alcanzado acuerdo en la misma se tendrá por terminado el procedimiento y cumplido el trámite¹¹⁴.

La caducidad puede ser apreciada de oficio por el magistrado o Tribunal Superior, aun cuando no hubiera sido alegado por ninguna de las partes. De esta forma cabe estimar la caducidad de la acción alegada por primera vez en suplicación, sin que se considere una cuestión nueva, al ser posible el examen de oficio de esta excepción¹¹⁵.

comprende los diferentes cometidos, pero los que nos interesan en particular son los siguientes: 3. De arbitraje, conciliación y mediación. 3.1 La conciliación y mediación en los conflictos y huelgas cuando la misma sea aceptada por las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Laboral. 3.2 El arbitraje, a petición de las partes, en conflictos laborales y huelgas, u otros que expresamente se soliciten. 3.3 La función de arbitraje por parte de la Inspección, sin perjuicio de las funciones técnicas de información y asesoramiento, si lo solicitan cualesquiera de las partes, será incompatible con el ejercicio simultáneo de la función inspectora por la misma persona que ostenta la titularidad de dicha función sobre las empresas sometidas a su control y vigilancia.

¹¹⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1992, EDJ 8873; de 21 de julio de 1997, EDJ 5086; de 21 de diciembre de 2009, EDJ 321836.

¹¹¹ Artículo 65.1 de la LRJS. Efectos de la solicitud de conciliación o de mediación previa. Los laudos arbitrales.

¹¹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid 10 de diciembre 1996; Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1990, EDJ 3299.

¹¹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 12 de mayo de 2009, EDJ 132437.

¹¹⁴ Artículo 65.2 de la LRJS.

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2012, Rec 3772/11.

La suspensión de ese plazo de caducidad no puede producirse nada más que por las causas taxativamente previstas por las leyes que son las siguientes:

- a) La solicitud de abogado de oficio.
- b) La solicitud de conciliación administrativa ante el organismo público de mediación, arbitraje y conciliación competente.
- c) La suscripción de un compromiso arbitral.

La presentación de la solicitud de conciliación o de mediación interrumpirá los plazos de prescripción.

Es necesario precisar que en la papeleta deben constatar los datos personales del trabajador despedido, así como el del empleador/empresa para la cual prestaba sus servicios, el **lugar y clase de trabajo**, categoría profesional u oficio, antigüedad, salario y demás remuneraciones, con especial referencia a la que, en su caso, sea objeto de reclamación. También habrán de incluirse los **hechos** sobre los que verse la pretensión de improcedencia, y los motivos alegados por la empresa, así como la cuantía económica si es preciso, y la **fecha** efectiva de despido. Estos requisitos serán tratados de forma más extensa en el apartado correspondiente a la demanda.

Se han de presentar tantas copias como partes interesadas exista en el proceso y dos más, en caso de que sólo haya un demandado se presentarán como mínimo cuatro:

- Una de esas copias se devuelve al que la presenta.
- La otra se la queda el registro del servicio de conciliación.
- Las copias a las partes contrarias se envían con indicación de la fecha y hora en la que son citados.
- La última se la queda el órgano encargado de la conciliación¹¹⁶.

Una vez recibida la papeleta por el órgano competente, se registra y se examina, devolviendo al compareciente una de las copias sellada y fechada, siendo citado en ese mismo momento el trabajador para la celebración del acto dentro del plazo de 15 días hábiles.

¹¹⁶ <https://www.cuestioneslaborales.es/la-papeleta-de-conciliacion-laboral/>

2.2 EL ACTO DE CONCILIACIÓN

En primer lugar, hay que destacar que la asistencia al acto de conciliación o de mediación es obligatoria para los litigantes¹¹⁷. La conciliación se celebrará en los órganos del -SMAC- del **lugar de la prestación de los servicios** o del **domicilio de los interesados**, a elección del solicitante, y ante el director, presidente del tribunal arbitral, secretario u otro funcionario del instituto, siempre que reúnan la condición de licenciados en derecho (se conoce como letrado conciliador), pudiendo los trabajadores comparecer en este acto por sí mismos o por medio de representante (aunque lo más adecuado es que lo hagan asistidos de un profesional del Derecho).

Puede darse el caso de que, estando debidamente citadas las partes para el acto de conciliación o de mediación, una de ellas no comparezca:

- **Incomparecencia del demandante** y éste a su vez no alegase causa justa, se tendrá por no presentada la papeleta de conciliación o la solicitud de mediación, produciéndose el archivo de todas las actuaciones¹¹⁸. A efectos de prescripción y caducidad no se habrá interrumpido ningún plazo. En este caso, y teniendo el plazo de caducidad en caso de despido o sanción de 20 días, es muy probable que ya no se puedan iniciar dichos procedimientos.

- **Incomparecencia del demandado**, cuando éste haya sido citado debidamente. En caso de que esto suceda, se hará constar expresamente en la certificación del acta de conciliación o de mediación y se tendrá por intentada sin efecto la conciliación o la mediación. Por otro lado, el juez o tribunal podrán imponer las costas del proceso a dicha parte, incluidos honorarios, hasta el límite de seiscientos euros, del letrado o graduado social colegiado de la parte contraria que hubieren intervenido. Esto solo ocurrirá, en caso de que la sentencia que en su día dicte coincidiera esencialmente con la pretensión contenida en la papeleta de conciliación o en la solicitud de mediación¹¹⁹.

En caso de que **ninguna de las partes** se hubiese presentado al acto de conciliación, se tendrá por **no presentada** la papeleta y **se archivarán** las actuaciones en el mismo sentido que se establece para la incomparecencia de la parte demandante.

Corresponde al Letrado de la Administración de Justicia intentar la **conciliación** con la

¹¹⁷ Artículo 66.1 de la LRJS.

¹¹⁸ Artículo 66.2 de la LRJS.

¹¹⁹ Artículo 66.3 de la LRJS.

labor mediadora que le es propia, y con la obligación de advertir a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles.

El acto de conciliación puede finalizar de diversas formas:

- Sin acuerdo alguno, en ese caso, se reflejará en el acta el intento de conciliación “**sin avenencia**”, no evitando el proceso judicial y habilitando al trabajador a la presentación de una demanda por despido ante el juzgado de lo social (donde debe respetar lo pedido en la conciliación al tenor del principio de congruencia)¹²⁰.

- En caso de que las partes lleguen a un acuerdo, la conciliación terminará con la “**avenencia**” de las partes y se eludirá el proceso judicial. Lo acordado en esa conciliación constituirá título válido para iniciar acciones ejecutivas, en caso de que una de las partes no respete y cumpla el acuerdo, sin necesidad de ratificación ante el juez o tribunal¹²¹. En este caso, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto aprobando la avenencia y se acordará el **archivo de las actuaciones**. También le corresponderá a éste, la aprobación del **acuerdo que alcancen las partes** antes del día señalado para los actos de conciliación y juicio¹²².

El Letrado de la Administración de Justicia no aprobará el acuerdo y las partes deberán comparecer a presencia judicial para la celebración del acto del juicio, cuando considere que lo convenido es constitutivo de **lesión grave** para alguna de las partes o para terceros, de **fraude de ley** o de **abuso de derecho**, o es **contrario al interés público**¹²³.

Una vez finalizada la conciliación, el encargado de la misma emitirá la correspondiente acta, firmada por los presentes, reanudándose los plazos procesales que habían quedado en suspenso.

A pesar de que en el acto de conciliación o de mediación se llegue a un acuerdo, **dicho acuerdo podrá ser impugnado** tanto por las partes, como por terceros perjudicados por el mismo (típicamente, el FOGASA). Esta impugnación debe ser planteada ante el juzgado o tribunal al que hubiera correspondido el conocimiento del asunto objeto de la conciliación o de la mediación. Las partes podrán interponer la **acción de nulidad** por las causas que invalidan los contratos o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o

¹²⁰ Artículo 84.3 de la LRJS.

¹²¹ Artículo 68 de la LRJS.

¹²² Artículo 84.1 de la LRJS.

¹²³ Artículo 84.2 de la LRJS.

lesividad.

La respectiva acción caducará a los treinta días hábiles siguientes al de la fecha de celebración, y están excluidos del cómputo de días los sábados, domingos y festivos, siguientes a aquel en que se adoptó el acuerdo. Dicho plazo empezará a contar para los posibles perjudicados, en el momento en el que pudieron tener conocimiento de ello¹²⁴.

3. EL PROCESO JUDICIAL POR DESPIDO DISCIPLINARIO

Una vez que se ha realizado la conciliación y el resultado ha sido “**sin avenencia**”, se reanuda el plazo de caducidad, y el trabajador debe presentar la correspondiente demanda por despido disciplinario ante el juzgado de lo social competente. El juzgado competente será el del mismo lugar donde debió presentarse la papeleta de conciliación (en caso de que el trabajador prestase servicios en distintas circunscripciones territoriales, podrá elegir entre aquél de ellos en que tenga su domicilio, el del contrato, si hallándose en él el demandado pudiera ser citado, o el del domicilio del demandado¹²⁵).

3.1 LA DEMANDA Y SUS REQUISITOS

El procedimiento se inicia con la demanda ante el juzgado de lo social correspondiente, que se formulará por escrito, por la acción del trabajador, nunca se puede iniciar de oficio.

En primer lugar, hay que destacar que el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, por su parte, exige el cumplimiento de una serie de **requisitos** para que el despido disciplinario sea válido, requisitos que ya he mencionado con anterioridad. Así, el despido tendrá que notificarse por escrito, mediante una carta de despido, especificando la fecha en la que ocurrieron los hechos y, aunque los convenios colectivos pueden hacerlos variar, básicamente son los siguientes:

- Que se realice por escrito, sin necesidad de preaviso.
- Que en la carta figuren los hechos que lo motivan.
- Que, si el trabajador lo impugna, la empresa pueda demostrar las causas que ha alegado.
- En los despidos disciplinarios el plazo para imponer la sanción por faltas muy graves

¹²⁴ Artículo 67 de la LRJS.

¹²⁵ Artículo 10.1 de la LRJS.

es de 60 días desde que la empresa tiene conocimiento de su comisión¹²⁶.

La funcionalidad de la demanda va más allá de la mera promoción de la acción jurídica defendida, tal y como señala MONTROYA MELGAR, A., de tal forma que también sirve para determinar el objeto del litigio. Posteriormente la parte actora no puede incluir, ni en fase de alegaciones ni en conclusiones, modificaciones sustanciales respecto de esta¹²⁷.

La demanda de despido, como escrito sujeto a plazo, puede presentarse hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en el servicio común procesal creado a tal efecto o, de no existir este, en la sede del órgano judicial¹²⁸. Ya no es posible, en ningún caso acudir al juzgado que preste servicios de guardia, pues todos han de presentarse en los Registros de los juzgados y salas de lo Social o enviados a estos a través de medios técnicos que garanticen la autenticidad de la comunicación, quedando constancia fehaciente¹²⁹.

La forma y el contenido de la demanda tienen una importancia especial, y es por ello que la -LRJS- le dedica la sección Primera del capítulo Segundo. Toda demanda se formulará por **escrito** ante la jurisdicción social, debiendo incluir los **requisitos generales** exigidos para las demandas laborales¹³⁰, así como los **requisitos específicos** del artículo 104 de la LRJS. La exigencia de especiales requisitos por despido no tiene otra finalidad que la de posibilitar que quede perfectamente delimitada la existencia de relación laboral y las concretas circunstancias de esta; en otro caso, sería difícil no solo entrar a conocer del fondo del asunto, sino, en su caso, de la ejecución de la sentencia, o de la determinación de si la readmisión era o no regular. Los **requisitos específicos** son los siguientes:

¹²⁶ <https://www.eaprogramas.es/empresa-familiar/requisitos-para-que-el-despido-disciplinario-sea-valido>

¹²⁷ MONTROYA MELGAR, A., *op.cit.*, pág. 774.

¹²⁸ Artículo 45 de la LRJS.

¹²⁹ Se ha entendido que no existe caducidad de la acción de despido en un supuesto en que se interpuso la papeleta de conciliación antes de las 15 horas del «día 21º» del plazo de caducidad legal, y la demanda ante el Juzgado de lo Social el mismo día en que se llevó a cabo la conciliación sin avenencia (art. 59.3 del ET). El Tribunal Supremo, en una interpretación que considera conforme a los principios de proporcionalidad y pro actione admite la aplicación a este supuesto de la LEC art.135.1. Parte de la idea de que la conciliación previa es una actuación exigible para acceder a la jurisdicción, esto es, un trámite profundamente impregnado de principios y valores procesales de características propias (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013, EDJ 122966 con voto particular).

¹³⁰ Previstos en el artículo 80 de la LRJS.

a) En primer término, deben hacer referencia expresa a los requisitos relativos a las **condiciones de trabajo anteriores al despido**, saber:

- **antigüedad del trabajador despedido**, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios. Será suficiente con indicar la fecha de inicio de la relación laboral, salvo que el actor tenga la condición de trabajador fijo discontinuo o la relación laboral se haya desarrollado a través de una sucesión de contratos temporales. En estos supuestos, será ineludible plasmar el tiempo efectivo de servicios prestados por el trabajador despedido, ya que sólo se tomará como referencia el número de días realmente trabajados por cada año de servicio y eliminando los períodos de inactividad¹³¹. Especialmente problemática resulta la determinación del tiempo efectivo de trabajo, en los supuestos en los que haya existido una sucesión de contratos temporales, esto es, cuando entre los contratos temporales no exista solución de continuidad o ésta no sea significativa, se computará como tiempo de servicio todo el transcurso de la relación laboral desde el primer contrato de trabajo celebrado¹³². El requisito de la **antigüedad** es importante también, sobre todo para el cálculo de la indemnización, dado que la antigüedad es uno de los elementos esenciales para la determinación de la indemnización. La cuantía de la indemnización puede variar en función de si el contrato de trabajado se ha realizado con anterioridad al 12 de febrero de 2012 o con posterioridad, motivo que explicaremos en el momento oportuno;

- **categoría profesional**: resulta esencial para la correcta readmisión del trabajador en su antiguo puesto de trabajo;

- **salario**, reflejando su cuantía, así como de la **periodicidad** (tiempo) y **forma de pago**: ya que estos datos serán fundamentales para poder calcular la indemnización derivada del despido improcedente y los salarios de tramitación;

- **lugar de trabajo**: resulta un dato determinante de la competencia territorial del Juzgado de lo Social y necesario para una eventual ejecución de la sentencia que condene al empresario a la readmisión del trabajador;

- **modalidad y duración del contrato**; depende de si el contrato de trabajo está concertado por tiempo indefinido o por una duración determinada, ya que la indemnización que corresponda en cada caso se calcula de forma diferente. También porque no es lo mismo que se produzca la extinción del contrato de trabajo en el supuesto de un trabajador contratado

¹³¹ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de julio de 2001 y de Madrid de 3 de diciembre de 2002.

¹³² Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000.

para la realización de una obra o servicio determinados, que se produzca el despido de un trabajador contratado por tiempo indefinido debido al incumplimiento grave y culpable de éste.

- **jornada;** es importante conocer la duración y distribución de la misma, verificar si están compensadas las diferencias que han podido haber, por exceso o por defecto; que hayan mediado los descansos oportunos.

- **características particulares,** si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido, como pueden ser el trabajo a tiempo parcial o trabajo fijo discontinuo, todas aquellas que permitan identificar la existencia de una relación laboral especial¹³³, etc.

b) En segundo lugar, deben expresarse las **circunstancias en que el despido se produjo**; esto es, el actor deberá consignar en el escrito de demanda todos aquellos aspectos relativos a la decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo, como:

- **la fecha de efectividad del despido:** cuestión crucial para el cómputo del plazo de caducidad de la acción (pretensión para impugnar el despido), la cuantía de la indemnización y el devengo, en su caso, de salarios de tramitación) y la calificación del acto extintivo;

- **la forma en que se produjo,** debe consignarse si la voluntad del empresario de extinguir la relación laboral fue comunicada verbalmente, por escrito, o, por el contrario, no hubo comunicación alguna, sino despido tácito y si, en su caso, se han observado las formalidades establecidas convencional o legalmente, como el expediente contradictorio o la audiencia previa a los delegados sindicales. Estos datos permiten al Juez calificar el despido como improcedente o nulo. Su incorrección puede aparejar la calificación de improcedencia, y;

- **los hechos/motivos alegados por el empresario,** para justificar la extinción de la relación laboral, acompañando a su demanda la comunicación recibida, en su caso, o haciendo mención suficiente de su contenido. De su concurrencia depende la calificación del despido, y además delimitan las posibilidades de defensa del empresario, a quien no se le admitirán en el acto del juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita del despido.

Téngase en cuenta que en muchos casos la demanda de despido se acompaña de la carta de despido dónde se establece la causa aducida y se entendió que la ausencia de una

¹³³ Artículo 110.1.c) de la LRJS.

relación fáctica sobre los hechos alegados en la carta no podía suponer el archivo de la demanda, si se había aportado la carta de despido¹³⁴. Si el empresario no ha alegado causa alguna para despedir, en la demanda también se ha de expresar este hecho o aquellos otros hechos de los que el trabajador deduzca la existencia de un despido tácito.

En los siguientes apartados se exige que la demanda incorpore determinada información referida a **circunstancias personales del trabajador**.

c) Si el trabajador ostenta, o ha ostentado en el año anterior al despido, la cualidad de representante legal o sindical de los trabajadores o delegado de prevención, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso. Este extremo sirve para constatar si se han observado las garantías para los representantes de los trabajadores, cumplido los requisitos formales en el despido, así como para determinar los efectos de la declaración de la improcedencia respecto de la opción por la indemnización o la readmisión¹³⁵.

Los sujetos que pueden hacer referencia en sus escritos de demanda a las circunstancias señaladas anteriormente son los delegados de personal, los miembros del comité de empresa, los delegados sindicales, los delegados de prevención, los trabajadores designados por el empresario para encargarse de la prevención en la empresa y los integrantes del servicio de prevención propio y, a través de la jurisprudencia¹³⁶, los representantes electos que aún no han tomado posesión de sus cargos en el momento del despido, pero no a los suplentes. Este sistema de garantías opera, no sólo durante el mandato de los representantes de los trabajadores o delegados sindicales, sino que se mantiene durante el año siguiente a aquél en que se produzca la extinción del mismo.

d) Si el trabajador se encuentra afiliado a algún sindicato, en el supuesto de que alegue la improcedencia del despido por haberse realizado éste sin la previa audiencia de los delegados sindicales, si los hubiera. La afiliación sindical del trabajador demandante se podrá hacer constar sin identificar la organización sindical a la que está vinculado. Esta mención del

¹³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 130/1998.

¹³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de julio de 1987, Sentencia del Tribunal Constitucional de 118/1987. El Tribunal Constitucional tiene declarado que la referencia, en sentido negativo, a la citada circunstancia resulta ociosa, debiendo el juzgador interpretar que el silencio del demandante equivale a una negativa respecto a su condición de representante e implica que su reclamación frente al despido se somete al régimen ordinario.

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 38/1981, de 23 de noviembre, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio y de 30 de octubre de 2000 y de 15 de marzo de 1993; Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1990 y de 22 de diciembre de 1989, entre otras muchas.

carácter de afiliado es exigible únicamente en las demandas impugnatorias de despidos disciplinarios, pues sólo en ellos rige el requisito de audiencia previa a los delegados sindicales, que no cabe hacer extensivo a otras extinciones derivadas de causas no disciplinarias¹³⁷.

3.1.1 ERROR EN LA PERSONA DEL EMPRESARIO

Si se promueve una demanda por despido -o, antes de ella, papeleta de conciliación, solicitud de mediación o reclamación previa- contra una persona a la que erróneamente se atribuya por el trabajador demandante la condición de empresario, y posteriormente, antes de iniciarse en proceso o incluso en el propio acto del juicio, se acredite que lo es un tercero, el trabajador podrá promover nueva demanda contra éste, o ampliar la demanda si no se hubiera celebrado el juicio, sin que comience el cómputo del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario¹³⁸.

Ahora bien, si se acredita que el trabajador tenía conocimiento previo de la identidad del verdadero empresario o de la subrogación o del cambio de empresario, se inicia el plazo de caducidad y no se puede ampliar la demanda contra el verdadero empresario cuando pudo hacerlo desde el principio¹³⁹.

De manera que se puede traer al proceso en momento tardío a quien es empresario real o integrante de un grupo de empresas¹⁴⁰.

Este supuesto en que, iniciado el proceso, es necesario dirigir la demanda frente a persona distinta, está exceptuado del trámite de conciliación previa contra el empresario real, si ya se había intentado con el que erróneamente se suponía como empresario¹⁴¹. Por todo ello, los 20 días de plazo lo son, exclusivamente, para interponer la demanda.

En efecto, la ampliación de la demanda no precisa de nuevo acto de conciliación frente a los nuevos demandados, tampoco se entiende que exista caducidad respecto de los mismos¹⁴².

Hay que precisar que el error en la persona del empresario ha de ser totalmente involuntario y proceder de un desconocimiento real de la personalidad del verdadero

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1995 (RJ 1995, 5897).

¹³⁸ Artículo 103.2 de la LRJS.

¹³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2006, EDJ 325775.

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Sta. Cruz de Tenerife de 29 de junio de 2007, EDJ 202813.

¹⁴¹ Artículo 64.2 b) de la LRJS.

¹⁴² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 2005, EDJ 109047.

empresario. No puede actuar esta causa cuando documentalmente le pudiera constar al demandante quién es la empresa real¹⁴³. Así, no se considera en esta situación el error material al dirigir la papeleta de conciliación contra el nombre comercial de la empresa, no obstante constar el nombre de los titulares¹⁴⁴.

El error en la persona del empresario demandado que permite una nueva demanda se puede producir desde que se ejercita la acción¹⁴⁵ o incluso durante el juicio oral, pero no en fase de ejecución de sentencia, máxime cuando el error se ha producido por causa imputable al demandante que pudo conocer la identidad real de la persona a demandar¹⁴⁶.

3.1.2 ACUMULACIÓN DE ACCIONES EN LA DEMANDA

El demandante, en principio y por economía procesal¹⁴⁷, puede acumular en la misma demanda todas las acciones que tenga contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos, siempre que no sean incompatibles entre sí y siempre que puedan tramitarse ante el mismo juzgado o tribunal. De esta forma:

a) La demanda puede presentarse bien individualmente, bien de modo conjunto, en un solo escrito o en varios escritos, siendo equivalente en este caso la decisión de admisión a trámite en el Decreto a la decisión de acumulación, que sólo puede ser denegada en el caso de que las acciones no sean acumulables¹⁴⁸.

b) El demandado, por su parte, puede reconvenir en los mismos términos. Pueden acumularse también las acciones que uno o varios actores tengan contra uno o varios demandados, siempre que entre esas acciones exista un nexo, sea por el título o por la causa de pedir. Se entiende que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos¹⁴⁹.

Sin perjuicio de que se reclamen distintas acciones en distintos procesos, la **regla general** es que **no cabe la acumulación de acciones** entre sí ni a otras distintas dentro de un

¹⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2010 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de enero de 1992.

¹⁴⁴¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de enero de 1994.

¹⁴⁵ Artículo 103.3 de la LRJS.

¹⁴⁶ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de abril de 1997, Rec 7999/96.

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1994, EDJ 11802.

¹⁴⁸ Artículo 19.1 de la LRJS.

¹⁴⁹ Artículo 25.3 de la LRJS.

mismo juicio en los casos de despido, ni tan siquiera por vía de la reconvención¹⁵⁰. No obstante, esta regla general tiene las siguientes excepciones:

1.- La acumulación a la acción de despido de la reclamación de la liquidación de las cantidades adeudadas hasta esa fecha no es óbice para que se mantenga la de inversión del orden de las intervenciones en la vista oral propia de los juicios de despido. Sin embargo, se establece una salvedad a la acumulación en aquellos supuestos de especial complejidad de los conceptos salariales reclamados, que pudieran comportar demoras excesivas al proceso por despido.

Excepción de la excepción que permite al juzgado disponer, acto seguido de la celebración del juicio, que se tramiten en procesos separados las pretensiones de despido y cantidad, para lo que ha de disponer la deducción de testimonio o copia de las actuaciones y elementos de prueba que estime necesarios a fin de poder dictar sentencia sobre las pretensiones de cantidad en el nuevo proceso resultante¹⁵¹.

2.- Cabe acumular a la acción de despido la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios, derivada de discriminación o lesión de derechos fundamentales que sería compatible con la indemnización por despido¹⁵².

3.- Las acciones de despido y extinción judicial indemnizada de contrato por propia voluntad del trabajador, se pueden acumular en una misma demanda siempre que la acción de despido acumulada se ejercite dentro del plazo establecido para la modalidad procesal de despido, debatiéndose en un solo juicio todas las cuestiones planteadas. Cuando la acción para resolución del contrato se fundamente en impago de salarios se permite la ampliación de la demanda para incluir las cantidades posteriormente adeudadas¹⁵³.

De esta forma, podrían quedar acumuladas las acciones de despido, extinción de contrato de trabajo por voluntad del trabajador y reclamación salarial en una única demanda.

4.- Con carácter potestativo de parte, existe la posibilidad de acumular a la demanda por despido la de la impugnación de los actos empresariales con efecto extintivo de la relación que le hayan afectado, siempre que entre las acciones exista conexión directa y en tanto no haya transcurrido el plazo legal de impugnación de los anteriormente producidos¹⁵⁴. Y, en el mismo supuesto, se reitera aquí la asignación de reparto conjunto al mismo juzgado. Se

¹⁵⁰ Artículo 26.1 de la LRJS.

¹⁵¹ Artículo 26.3. 2º de la LRJS.

¹⁵² Artículos 26.2, 182, 183 y 184 de la LRJS.

¹⁵³ Artículo 26.3. 1º de la LRJS.

¹⁵⁴ Artículo 32.2 de la LRJS.

atienden los casos de dobles despidos, demandas de despido cautelares, etc.

Pese a esta prohibición de acumulación objetiva inicial de acciones, ha de tenerse en cuenta que en el proceso de despido se han de debatir las cuestiones que afecten a:

- la determinación del salario que realmente estuviera percibiendo en el momento del cese o el que se tuviera derecho a percibir por aplicación del convenio colectivo¹⁵⁵;

- también se puede reclamar que se tenga en cuenta la realización de funciones de grupo profesional superior -habiéndose desaparecido la categoría como vía de clasificación profesional- realmente desempeñadas¹⁵⁶, lo que no implica que se estén acumulando indebidamente acciones de despido y de clasificación profesional¹⁵⁷;

- asimismo se puede pedir que se determine la antigüedad¹⁵⁸; o la jornada que efectivamente se realiza¹⁵⁹.

En ningún caso serán acumulables entre sí las reclamaciones en materia de Seguridad Social, salvo cuando tengan la misma causa de pedir y salvo la posibilidad de alegar la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas a que se refiere el apartado 1 del artículo 140¹⁶⁰.

Cuando se presenten demandas acumulando objetiva o subjetivamente acciones, el Letrado de la Administración de Justicia verificará que concurren los presupuestos indicados en el artículo 25 y en los apartados precedentes, dando cumplimiento en su caso a lo dispuesto en el artículo 19¹⁶¹.

3.1.3 OPOSICIÓN A LA DEMANDA

En estos procesos es regla general que, para justificar el despido, al demandado no se le admitan en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la carta de despido¹⁶². El debate procesal de fondo versará, pues, exclusivamente sobre la realidad y gravedad de los comportamientos imputados al trabajador en la comunicación escrita (si existe), lo que no le impide plantear las excepciones procesales que estime oportunas para

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2007, EDJ 135900.

¹⁵⁶ Artículo 26.4 de la LRJS.

¹⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2006, EDJ 253529.

¹⁵⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2007, EDJ 274879; de 15 de noviembre de 2007, EDJ 223136.

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2007, EDJ 68267.

¹⁶⁰ Artículo 26.6 de la LRJS.

¹⁶¹ Artículo 26.7 de la LRJS.

¹⁶² Artículo 105.2 de la LRJS.

fundamentar su defensa (defecto de jurisdicción, caducidad de la acción planteada, etc.). El Tribunal Constitucional ha ratificado la imposibilidad de alegar hechos distintos a los recogidos en la carta de despido, pero entendiendo que, de producirse tal circunstancia, sólo se sigue indefensión para el trabajador si los hechos nuevos son tenidos en cuenta por el órgano judicial¹⁶³.

3.1.4 ADMISIÓN DE LA DEMANDA

Una vez interpuesta la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia, tras recibirla, debe dar cuenta al juez o tribunal en el plazo de tres días, si considera que concurren los supuestos de **falta de jurisdicción o competencia**. En otro caso, decidirá si admite a trámite la demanda, de modo que tendrá que tomar una de estas 2 decisiones:

- Señalar fecha de juicio en la forma legalmente prevista.

- Advertir **a la parte de los defectos u omisiones** en que haya incurrido al redactar la demanda. El Letrado de la Administración de Justicia concede al demandado, un plazo de cuatro días para que lo subsane¹⁶⁴.

La apertura de este **trámite para subsanación**, que no es mera facultad sino **obligación** legal, responde a una finalidad razonable y necesaria, ya que, por un incumplimiento o irregularidad meramente formal, que no absoluta, no debe impedirse el acceso al proceso. La brevedad del plazo para hacerlo se justifica por el principio de celeridad que es propio del proceso laboral. La obligación de requerir de subsanación **no permite el juego de la excepción de defecto en el modo de presentar la demanda**, sino que, en todo caso, sería causa de nulidad de las actuaciones, que se retrotraen al momento de su presentación, para que sea subsanada. La superación del plazo de subsanación, o si no se produce ésta en forma correcta, conduce al **archivo de actuaciones**.

Si el demandado ha realizado la subsanación, el Letrado de la Administración de Justicia, admitirá la demanda dentro de los tres días siguientes. En otro caso, dará cuenta al juez o tribunal para que por el mismo resuelva, dentro de los tres días siguientes, sobre su admisibilidad¹⁶⁵.

Una vez admitida la demanda el Letrado de la Administración de Justicia señala el día y la hora en que se va a celebrar los actos de conciliación y el acto del juicio debiendo mediar

¹⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio, STC 114/1989.

¹⁶⁴ Artículo 81.1 de la LRJS.

¹⁶⁵ Artículo 81.2 de la LRJS.

como mínimo diez días entre la citación y la celebración de dichos actos¹⁶⁶. Ambos se celebrarán en única convocatoria, pero en sucesivos actos¹⁶⁷. No es posible la división del juicio en diversas sesiones celebradas separadamente, pues la regulación legal previene la actuación judicial en una sola convocatoria lo cual no es incompatible con la sucesión de diversas fases en el juicio o la interrupción por el tiempo estrictamente necesario¹⁶⁸.

El Letrado de la Administración de Justicia puede decidir la **suspensión** de los actos de conciliación y juicio a petición de **ambas partes** o por **motivos justificados**, acreditados ante el mismo. En tal caso, en el plazo de diez días se señalará nueva fecha. La suspensión sólo se puede decidir por **una sola vez**, y de manera excepcional, podrá suspenderse por **segunda vez** siempre y cuando se pruebe que haya habido circunstancias trascendentes¹⁶⁹. La apreciación de motivos de suspensión ha de hacerse **en el sentido más favorable a la tutela judicial**.

La **falta de comparecencia del actor citado en forma**, sin alegar justa causa que motive la suspensión del acto de conciliación o del juicio, es motivo para que el Letrado de la Administración de Justicia, respecto de la conciliación, o el juez o tribunal, en el juicio, declaren el **desistimiento de la demanda**. Si por el contrario es el **demandado** el que no comparece y además no lo justifica, la celebración de los actos de conciliación y juicio seguirán adelante, sin necesidad de declarar su **rebeldía**¹⁷⁰.

3.2 ACTO DEL JUICIO

Si no hay conciliación se pasa seguidamente al acto del juicio, a lo largo de cual puede realizarse un nuevo intento de conciliación para evitar el proceso, pero ahora ante el Juez que, en su caso, la aprobaría mediante resolución oral o escrita documentada en el propio acuerdo, llevándose a cabo, en su caso, a través del trámite de ejecución de sentencia.

Antes del propio juicio oral se formaliza un trámite de incidentes previos en el que se dilucidan todas las cuestiones previas que se puedan formular en ese acto como pueden ser la competencia del órgano jurisdiccional, los requisitos de la demanda, o los límites de la pretensión planteada, debiendo ser oídas las partes y resolviéndose el incidente a través de

¹⁶⁶ Artículo 82.1 de la LRJS.

¹⁶⁷ Artículo 82.2 de la LRJS.

¹⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1995, EDJ 2208.

¹⁶⁹ Artículo 83.1 de la LRJS.

¹⁷⁰ Artículo 83.2 de la LRJS.

declaración oral del juez, que debe ser motivada, sin perjuicio de su desarrollo en sentencia¹⁷¹.

3.2.1 ALEGACIONES Y PRUEBAS

Por regla general, en el proceso laboral rigen los principios dispositivos y de aportación de parte y, en virtud de los mismos, a los litigantes corresponde aportar y aprobar los hechos en que basan sus respectivas pretensiones. Una de las características más destacables de los procesos de despido es la **alteración del orden** tradicional de **intervención de las partes** en el juicio oral. En el proceso ordinario, en las fases de alegaciones, pruebas y conclusiones, se concede primero la palabra al demandante y en segundo término al demandado. En los procesos de despido, sin embargo, una vez que el trabajador demandante ha ratificado su demanda o corrija alguna cuestión no esencial de la misma, el orden de actuación se invierte, como garantía adicional del derecho de defensa que trata de satisfacer el proceso. En este sentido, en las indicadas fases procesales corresponderá al demandado –esto es, al empresario- “exponer sus posiciones en primer lugar”¹⁷². Exigencia que la Ley extiende a los supuestos en que se enjuicien conjuntamente acciones acumuladas por despido y extinción del contrato de trabajo fundada en el artículo 50 del ET¹⁷³. Las consecuencias jurídicas que pueden conllevar la no inversión del orden de intervención son que, aunque constituya infracción del orden público procesal, no siempre tiene como efecto la declaración de nulidad de actuaciones y la reposición de los autos al momento de la celebración del juicio con nueva citación de las partes. Tal consecuencia jurídica, solo se produce si la parte perjudicada acredita que el orden de intervención en juicio le ha causado una indefensión material y efectiva¹⁷⁴.

Se atribuye expresamente al empresario, de manera innecesaria, por derivar del principio general sobre carga de la prueba que establece el artículo 217 LEC, la prueba de “la veracidad de los hechos imputados al trabajador en la carta de despido como fundamento del mismo”¹⁷⁵. Respecto a esto, debe hacerse una observación al respecto, puesto que habrá procesos por despido en que no quepa hablar de “hechos imputados” al trabajador, al invocarse por el empleador una causa no disciplinaria, de las enumeradas en el artículo 49 del ET. También entonces soportará este último la carga probatoria en torno a los hechos

¹⁷¹ Artículo 85.1 de la LRJS.

¹⁷² Artículo 105.1 de la LRJS.

¹⁷³ Artículo 106.1 de la LRJS.

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012, EDJ 237606.

¹⁷⁵ Artículo 105.1 *in fine* de la LRJS.

extintivos alegados, en aplicación del igual criterio general.

Al demandado no se le admitirán otros motivos de oposición que los consignados en la carta de despido. Con ello se cumple una doble finalidad: por un lado, resaltar la finalidad de la carta de despido como expresión clara, inequívoca y suficiente de las causas que lo motivan, impidiendo la indefensión del trabajador (al permitirle que pueda impugnar el despido en su momento, presentando la demanda ante el órgano jurisdiccional competente, facilitándole la defensa en juicio y la proposición y práctica de las pruebas que estime oportunas...). El Tribunal Constitucional ha ratificado la imposibilidad de alegar hechos distintos a los alegados en la carta de despido, pero considera que en caso de que ello se produzca solo ocasiona indefensión (implicando violación del artículo 24 de la CE) si los mismos se toman en consideración por el órgano judicial¹⁷⁶. Al demandado le corresponde justificar la veracidad de la causa que justifica el despido puesto que el despido se presume improcedente salvo que se prueba por el empresario lo contrario, de forma que se ha considerado que el despido está amparado por “una especie de presunción legal de inocencia”.

Por otro lado, se persigue también con esta regla delimitar fácticamente los términos de la controversia judicial, al no poder el empleador demandado aducir en el juicio hechos distintos a los recogidos en la carta de despido¹⁷⁷.

En los procesos por despidos discriminatorios, o producidos con violación de derechos fundamentales y libertades públicas, la regla sobre la carga de la prueba debe ser matizada para respetar las exigencias constitucionales sobre el proceso de tutela de los derechos fundamentales ante los tribunales ordinarios. Según consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, lo que “corresponderá al demandado (es) la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”¹⁷⁸. Como expresamente tiene declarado el citado Tribunal en STC 130/1998, de 16 junio, el éxito de la pretensión del actor “no dependerá tanto de la eficacia de su defensa cuanto del fracaso de las alegaciones y pruebas del empleador demandado”, puesto que el trabajador ocupa realmente la posición de parte demandada y, en consecuencia, “puede limitarse a afirmar o negar los hechos contenidos en la carta de despido”.

Una vez ratificada la demanda, el demandado debe plantear en primer lugar, todas aquellas excepciones procesales de cualquier tipo que, en su caso, se pretendan hacer valer.

¹⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1989, de 22 de junio.

¹⁷⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1990 y de 11 de marzo de 1991.

¹⁷⁸ Artículos 96 y 179.2; cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1993, de 18 de enero, con amplia referencia a los diferentes pronunciamientos del Tribunal en este sentido desde su Sentencia 38/1981, de 23 de noviembre.

Después de ello, y entrando en el fondo del asunto, el demandado debe realizar las alegaciones que fundamenten o justifiquen su decisión extintiva. Debiéndose tener en cuenta que no se admiten en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita del mismo.

En este momento corresponde al demandante efectuar las alegaciones que crea oportuno en apoyo a las pretensiones de su demanda. El demandante puede igualmente ampliar la demanda, pero “en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial”. Esta ampliación debe limitarse a aspectos formales de la misma. También en este momento ha de contestar las excepciones planteadas por el demandado.

Concluidas las alegaciones del demandante, corresponde al demandado efectuar las suyas. En este sentido, dice la Ley que el demandado contestará “afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda y alegando cuantas excepciones estime procedentes”¹⁷⁹. El reconocimiento por el demandado de los hechos contenidos en la demanda no supone su allanamiento, que solo se produce al reconocer el derecho reclamado por la contraparte. En todo caso, el allanamiento del demandado, de producirse, no alcanza a sus eventuales litisconsortes¹⁸⁰, ni vincula al juzgador¹⁸¹.

Puede darse la posibilidad de que el demandado, al contestar la demanda, pueda interponer reconvencción. Esto es, el demandado puede plantear a su vez una pretensión o demanda frente a su demandante siempre que la misma esté conectada con las que sean objeto de debate en la demanda principal¹⁸² y contenga pedimentos susceptibles de determinar la condena del actor que podrían haber “sido objeto de proceso independiente, pero que se insertan (...) en el procedimiento iniciado por la acción principal”¹⁸³. La doctrina advierte que la contestación oral a la demanda en el propio acto del juicio produce una situación de inferioridad procesal del demandante que solo conoce las alegaciones de su contraparte cuando el juicio ya ha comenzado (Montero Aroca¹⁸⁴). Y dicha inferioridad se agrava cuando el demandado no solo contesta, sino que, además, reconviene. Para evitar esta situación, el demandado solo podrá formular reconvencción cuando la hubiese anunciado en la conciliación previa al proceso o en la contestación a la reclamación previa en materia de Seguridad Social

¹⁷⁹ Artículo 85.2 de la LRJS.

¹⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1985.

¹⁸¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1975.

¹⁸² Artículo 406, *in fine*, LEC.

¹⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1997.

¹⁸⁴ MONTOYA MELGAR, A., *op.cit.*, pág. 170. “Curso de procedimiento laboral”.

o resolución que agote la vía administrativa, y hubiese expresado en esencia los hechos en que se funda y la petición en que se concreta¹⁸⁵. Su admisibilidad en el proceso laboral exige que el demandado anuncie su intención de reconvenir y exprese al hacerlo los hechos en que se funda y la petición en que se concreta. Además, el órgano judicial debe ser competente para conocer de la pretensión deducida en la reconvencción.

Acto seguido, se pasa al desarrollo de la práctica de la prueba. Dicha práctica se ha de hacer también en orden inverso al procedimiento ordinario, correspondiendo en primer lugar presentarlas al demandado y después al demandante, si bien el juez puede resolver en un orden determinado¹⁸⁶. Ya que es sobre el empresario sobre quien recae la carga de probar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido¹⁸⁷. El demandado debe limitarse en todo caso a aquellas cuestiones que estén reflejadas en la carta de despido, estándole vedado el entrar a conocer de otras causas distintas que no estuvieran reflejadas en la misma¹⁸⁸. Obviamente si la prueba de las mismas se basa en evidencias obtenidas con violación de derechos fundamentales, las propias sanciones y las mismas pruebas son nulas. Así sucede con imágenes obtenidas por cámaras de videovigilancia respecto de las que no se ha informado previamente a los trabajadores sobre su finalidad de control de la propia actividad laboral¹⁸⁹. Si el trabajador alegó vulneración de derechos fundamentales ha de acreditar indicios de la misma, al producirse la inversión de la carga de la prueba.

3.2.2 TIPOS DE MEDIOS DE PRUEBA

Dentro del amplio abanico de tipos de prueba que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social ofrece, a diferencia de otros tipos de despido, como puede ser el despido por causas objetivas, donde la prueba pericial, la prueba documental y los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen o de archivo y reproducción de datos, especialmente cuando se trate de causas empresariales, son esenciales, en el despido disciplinario, dependiendo de la causa que lo motive, se propondrán unos medios de prueba u otros.

A continuación, pasaremos a hablar de los distintos tipos de medios de prueba, aun así, expondré algunos ejemplos. Cuando el despido disciplinario se deba a faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad, la prueba documental resultará esencial. En cambio,

¹⁸⁵ Artículo 85.3 de la LRJS.

¹⁸⁶ Artículo 300 de la LEC.

¹⁸⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1989, EDJ 11450.

¹⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1985.

¹⁸⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013.

cuando el motivo del despido se deba a una ofensa verbal o incluso física, lo más relevante será el interrogatorio de testigos.

3.2.2.1 Reconocimiento judicial

En cuanto supone normalmente el traslado del órgano judicial fuera del local de la audiencia, solo se admiten dichos reconocimientos si el juzgado o tribunal los considera “imprescindibles”, en cuyo caso, se suspenderá el juicio por el tiempo estrictamente necesario¹⁹⁰. La decisión es discrecional, sin que venga el juzgador obligado a hacer constar los motivos de su denegación¹⁹¹. Este medio de prueba es compatible con la prueba pericial y la testifical, sobre el mismo objeto, persona o cosa, levantándose la correspondiente acta detallada de lo acontecido por el Letrado de la Administración de Justicia.

3.2.2.2 Informe de expertos

Formalmente distinta de la prueba de peritos, pues ni es propuesta por las partes, ni se refiere necesariamente a los hechos, es la posibilidad que el artículo 95 de la LRJS reconoce al juez o tribunal para, “*si lo estima procedente, oír el dictamen de una o varias personas expertas en la cuestión objeto del pleito, en el momento del acto del juicio o, terminado éste, como diligencia final*”. Los expertos por razón de su profesión pueden asesorar al juez en determinados procesos. Esta figura es útil en supuestos donde se discuta la interpretación de un **convenio colectivo**, cuando se suscite una **cuestión de discriminación**, e incluso, si el órgano judicial, lo estima procedente, podrá recabar informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en supuestos de **despidos**, movilidades y modificaciones contractuales por causas económicas.

3.2.2.3 La prueba pericial

Mediante esta prueba se aporta al proceso el dictamen de expertos con conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos respecto de los hechos¹⁹² o, en su caso, sobre el derecho aplicable (extranjero, costumbre), sobre la autenticidad de un documento mediante el cotejo de letras¹⁹³ o sobre otros medios de prueba.

La LRJS se limita a señalar algunas peculiaridades de esta prueba en el proceso

¹⁹⁰ Artículo 87.1 de la LRJS.

¹⁹¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1983 y de 30 de junio de 1986.

¹⁹² Artículo 335 de la LEC.

¹⁹³ Artículos 249-351 de la LEC.

laboral, como puede ser que la práctica de dicha prueba se llevará a cabo en el acto del juicio, presentando los peritos su informe y ratificándolo, pudiendo requerirse, si se precisa su informe, la intervención de un médico forense, de oficio o a petición de parte¹⁹⁴, pero da por supuesta su regulación conforme a la LEC. Al contrario que en el resto de las pruebas, el informe pericial debe **incorporarse** junto con el **escrito de demanda o contestación**¹⁹⁵, salvo que no fuera posible, en ese caso, deberá expresarse en la demanda.

3.2.2.4 Interrogatorio de las partes

Es la tradicional *confesión judicial*. El objeto de este medio de prueba es el interrogatorio, a cargo de una de las partes, de las demás sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del pleito. Sobre las partes sometidas a interrogatorio pesa la carga de comparecer y contestar a las preguntas formuladas de contrario para evitar incurrir en *ficta confessio*. Y es que, “si el llamado al interrogatorio no comparece, sin justa causa, a la primera citación, rehúsa declarar o persiste en no responder afirmativa o negativamente, pese al apercibimiento que se le haya hecho, se le tendrá por **confeso**, es decir, podrán considerarse reconocidos como ciertos en la sentencia los hechos a los que se refieran las preguntas siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultase perjudicial en todo o en parte¹⁹⁶. La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2015, RJ 2015, 1912, aclara que el mero hecho de la incomparecencia no obliga al órgano judicial a tener por ciertos los hechos a que se refieren las preguntas, sino que se trata de una facultad que le otorga la ley.

El resultado del interrogatorio de las partes no es una prueba tasada pues se valorará en combinación con las demás. Si bien parece que debe aplicarse la regla del artículo 316 de la LEC, se considerarán como ciertos los hechos reconocidos, por una parte, si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial, siempre y cuando no queden desvirtuados por otras pruebas, además de ello el Juez valorará conforme a las reglas de la sana crítica el interrogatorio de parte, debiendo fundamentar en la sentencia los extremos a los que con ellas se ha llegado.

¹⁹⁴ Artículo 93.1 de la LRJS.

¹⁹⁵ Artículo 336.1 de la LEC.

¹⁹⁶ Artículo 91.2 de la LRJS.

3.2.2.5 Interrogatorio de testigos

La prueba testifical consiste en la declaración de las personas que tengan conocimiento sobre los hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto de pleito¹⁹⁷, siempre que éste haya sido adquirido por medio de los sentidos, lo que, como se ha señalado doctrinalmente, marca una clara diferencia entre testigo y perito (Montero Aroca¹⁹⁸) y supone que carezcan de idoneidad como testigos tanto las personas jurídicas¹⁹⁹ así como las personas físicas privadas de razón o del uso de los sentidos²⁰⁰.

Según el artículo 362 de la LEC y ss., al proponer la prueba de testigos debe indicarse su identidad, profesión, domicilio (a efecto de citaciones), su relación con las partes, siempre y cuando tenga noticia de los hechos litigiosos objeto de juicio.

El número de testigos de los que pueden valerse las partes son *a priori* indeterminados²⁰¹, sin embargo, cuando al menos tres testigos se manifiesten en relación a un mismo hecho el Juez o Tribunal podrá prescindir del resto (referentes al mismo hecho), salvo que no se haya llegado al real esclarecimiento. Estos, responderán de manera oral a las preguntas que les formulen las partes, con claridad y precisión, y a las del propio Juez si se precisa para alguna aclaración, en relación a los hechos de los que tuvo conocimiento.

3.2.2.6 Prueba documental

La oralidad al ser uno de los principios que inspiran el proceso de trabajo, la regla general debe ser que las partes no están obligadas a presentar documentos antes del juicio, salvo la propia demanda y la documentación justificativa de haber intentado la previa conciliación o mediación, o del agotamiento de la vía administrativa, cuando proceda, o alegación de no ser necesarias éstas²⁰². Excepcionalmente, cabe la presentación anticipada de ciertos documentos si es solicitada por quienes pueden ser parte de un proceso como acto preparatorio del mismo²⁰³. Y también existen algunas modalidades procesales en que se exige que a la demanda se adjunten documentos concretos²⁰⁴ o que se requiera su aportación al

¹⁹⁷ Artículo 360 de la LEC.

¹⁹⁸ MONTOYA MELGAR, A., *op.cit.*, pág. 179. “Curso de procedimiento laboral”.

¹⁹⁹ Cfr. no obstante, la precisión que al respecto introduce el art. 381.1 de la LEC.

²⁰⁰ Artículo 361 de la LEC.

²⁰¹ Artículo 363 de la LEC.

²⁰² Artículo 80.3 de la LRJS.

²⁰³ Artículo 77 de la LRJS.

²⁰⁴ Cfr. arts. 117.2, 137.1, 149.1, 164.7, 169 de la LRJS.

demandado²⁰⁵.

Pero, por lo común, cada parte tendrá conocimiento de los documentos aportados por la otra para su examen “en el acto del juicio”²⁰⁶, lo que dificulta su lectura pausada y su eventual impugnación. Por ello, la jurisprudencia ha advertido que el principio de unidad de acto que inspira la comparecencia no impide que se pueda paralizar la dinámica del juicio “por el tiempo imprescindible” para que las partes “puedan examinar la prueba documental de la contraria”²⁰⁷. Pero, sobre todo, el artículo 82.4 de la LRJS ofrece como novedad notable de esta ley la posibilidad de que “de oficio o a petición de parte”, pueda “requerirse el previo traslado entre las partes o la aportación anticipada, en soporte preferiblemente informático, con 5 días de antelación al acto de juicio, de la prueba documental o pericial que, por su volumen o complejidad, sea conveniente posibilitar su examen previo al momento de la práctica de la prueba”.

Las partes vienen obligadas a aportar al proceso los documentos que les pertenezcan y hayan sido propuestos como medio de prueba por la parte contraria y admitidos por el órgano judicial o cuando éste haya requerido su aportación. Si no lo hacen sin causa justificada, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con los mismos²⁰⁸.

Las reglas contenidas en el artículo 94.2 de la LRJS se refieren a “los documentos y otros medios de obtener certeza sobre hechos relevantes”. Tradicionalmente como tales se han considerado los “procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos” a que se refiere el artículo 90.1 de la LRJS. No obstante, conviene recordar que, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2012, RJ 2013, 357, se trata de un medio de prueba autónomo ineficaz a efectos revisorios.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1996, RJ 1996, 5166 advierte de las dudas existentes en la doctrina “sobre el tratamiento que, como medio de prueba, hay que atribuir a (las fotografías): para quienes sostienen que en la noción de documento lo fundamental es la existencia de un objeto que incorpora una representación con posible valor probatorio y que puede ser trasladado a presencia judicial e incorporado a las actuaciones, las fotografías serían un documento. Pero para la tesis que considera que la noción de documentos debe limitarse a las declaraciones de voluntad manifestadas por escrito,

²⁰⁵ Cfr. arts. 142.1, 143.1 de la LRJS.

²⁰⁶ Artículo 94.1 de la LRJS.

²⁰⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1995, RJ 1995, 3266.

²⁰⁸ Artículo 94.2 de la LRJS.

estaríamos ante una forma especial de reconocimiento judicial, en la que la imagen del objeto que el Juez examina se independiza de ese objeto y puede ser presentada en el acto del juicio, aunque lo representado, en cuanto acción pasada, haya desaparecido.

3.3 HECHOS PROBADOS

Como toda sentencia, también la que pone fin al proceso por despido debe expresar, dentro de los antecedentes de hecho, un resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso y declarar expresamente los que se estimen probados²⁰⁹. Y de manera específica, y en paralelo con los requisitos de la demanda por despido, señalados en el artículo 104 de la LRJS, la sentencia debe incluir entre los hechos probados los siguientes²¹⁰:

- a) Antigüedad, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo; modalidad y duración del contrato; jornada; características particulares, si las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido.
- b) Fecha y forma del despido, causas invocadas para el mismo, en su caso, hechos acreditados en relación con dichas causas.
- c) Si el trabajador ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido, la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical, así como cualquier otra circunstancia relevante para la declaración de nulidad o improcedencia o para la titularidad de la opción derivada, en su caso. Así, por ejemplo, si se alegó la improcedencia del despido por la omisión de la audiencia de los delegados sindicales, debe especificarse si el trabajador se encuentra afiliado a algún sindicato.

La omisión de alguno de estos requisitos puede dar lugar a que en un posterior recurso se estime la nulidad de la sentencia²¹¹. Así sucede, por ejemplo, en un caso de ausencia de hechos probados²¹².

Además, el fallo de la sentencia ha de contener, lógicamente, una **calificación del despido**. Aunque puede haber fallos sin tal calificación al haberse apreciado una excepción

²⁰⁹ Artículo 97.2 de la LRJS.

²¹⁰ Artículo 107 de la LRJS.

²¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008, EDJ 25830; del 18 de diciembre de 2007, EDJ 269009; de 12 de marzo de 1987, EDJ 2041; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 6 de marzo de 1991, Rec 35/91.

²¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1985.

procesal (falta de jurisdicción, caducidad, falta de acción...), excepciones que afecten al fondo (prescripción de las faltas...) o llegar a declarar la inexistencia del despido mismo.

Aunque se incumpla la exigencia procesal de que en los hechos probados se recojan las circunstancias concretas mencionadas, solo es nula aquella sentencia que omite datos esenciales o imprescindibles para que el tribunal que entienda en vía de recurso (suplicación o casación) pueda resolver la cuestión controvertida y fundamentar su sentencia con el debido conocimiento de la misma o cuando la sentencia contenga declaraciones fácticas oscuras, incompletas o contradictorias²¹³. Al cumplirse ese requisito se admite la validez de una sentencia pese a la parquedad del relato de hechos probados y la ausencia de afirmaciones en los fundamentos de derecho, con valor de hechos probados, que completen los datos exigidos legalmente²¹⁴.

3.4 CONCLUSIONES

Practicada la prueba, las partes o sus defensores o representantes, en su caso, formularán oralmente sus conclusiones “de un modo concreto y preciso”, sin alterar los puntos fundamentales y los motivos de pedir invocados en la demanda o en la reconvencción²¹⁵.

Se elaboran, a continuación, las conclusiones para hacer una valoración de las pruebas practicadas en el acto del juicio. En el caso en que la empresa no comparezca al acto del juicio y no alegue causa que justifique su incomparecencia, no hay nulidad de actuaciones por quebrantamiento de normas procesales ante la sentencia que luego se dicte calificando el despido de improcedente, pues no se produjo indefensión²¹⁶.

4. CALIFICACIÓN Y EFECTOS DE LA SENTENCIA

El despido de un trabajador a consecuencia de un incumplimiento grave y culpable de sus obligaciones laborales puede recibir una de las siguientes calificaciones judiciales: procedente, improcedente o nulo.

La jurisprudencia ha puesto de manifiesto la exigencia de que en el fallo de la sentencia califique el despido, sin que sea válida la mera absolución del demandado²¹⁷, pero

²¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2000, EDJ 24426.

²¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2012, EDJ 216854.

²¹⁵ Artículo 87.4 de la LRJS. Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2015, RJ 2015, 6145.

²¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015, EDJ 80839.

²¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1987.

no será necesario cuando en la sentencia se declare que el contrato se ha extinguido válidamente por causa distinta al despido o se reconozca la inexistencia de relación laboral²¹⁸.

La sentencia deberá pronunciarse exclusivamente en los términos previstos en el artículo 108 de la LRJS, sin que exista previsión legal que autorice al juez a realizar pronunciamientos distintos, ni a imponer otra sanción distinta.

4.1 PROCEDENCIA

El despido es **procedente** cuando se acredita el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación del despido²¹⁹. La declaración de procedencia del despido puede ser realizada en la instancia por el juzgado de lo social o en vía de recurso por las salas de lo social de Tribunal Superior de Justicia o Tribunal Supremo.

Siguiendo los criterios establecidos por la doctrina jurisprudencial, la gravedad y la culpabilidad son requisitos exigibles acumulativamente, en cuya existencia deben valorarse todos los elementos objetivos y subjetivos concurrentes. Especialmente, se ha de aplicar el principio de adecuación y proporcionalidad entre el hecho, la persona y la sanción²²⁰. Así, la calificación de la procedencia del despido implicará una valoración por el órgano juzgador del incumplimiento desde una perspectiva gradualista, en la medida en que su objetivo es conseguir la proporcionalidad y la adecuación de la sanción (el despido) aplicando un criterio individualizador. Por último, para que pueda apreciarse a procedencia del despido es necesaria la existencia de una mínima actividad probatoria respecto de las causas alegadas por el empresario.

El casuismo existente -los pleitos sobre despidos van acompañados de un sustrato fáctico complejo y variado- y la necesaria individualización de las conductas y graduación de su gravedad hace difícil encontrar dos supuestos idénticos, por lo que son muy escasos los pronunciamientos en unificación de doctrina en esta materia.

El **efecto principal** de tal declaración es la convalidación de la extinción del contrato en la fecha señalada en la carta de despido, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación²²¹. El trabajador tendrá, en su caso, derecho a las correspondientes prestaciones

²¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1994.

²¹⁹ Artículo 55.4 del ET; Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1991, EDJ 26.

²²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1990.

²²¹ Artículo 109 de la LRJS.

por desempleo²²². La situación entre las partes se mantiene, por lo tanto, inalterada respecto de la que se generó con la decisión empresarial, con independencia de que se promueva o no recurso contra la misma. Se recoge, por tanto, la postura jurisprudencial sobre el efecto inmediatamente extintivo del contrato de trabajo que tiene el acto de despido²²³ y sobre el carácter meramente declarativo, y no constitutivo, de la sentencia.

No obstante, la declaración de procedencia del despido no supone la pérdida de otras acciones que pudieran corresponder al trabajador como consecuencia de su relación laboral (por ejemplo, si se le deben cantidades por el trabajo realizado tendrá derecho a reclamarlas, siempre que no hayan prescrito).

En el caso de que el trabajador recurra dicha sentencia, no se deriva para el empresario ningún tipo de obligación durante la sustanciación de ese recurso. La situación entre las partes permanece inalterada. El tribunal que conozca del recurso puede, o bien ratificar la procedencia del despido, o bien modificar el pronunciamiento declarándolo improcedente o nulo.

4.2 IMPROCEDENCIA

Cuando se declara un despido improcedente por gravedad insuficiente de los hechos acreditados que, no obstante, constituyen una infracción de menor entidad, según la normativa aplicable alegada por las partes (normalmente el convenio dónde se contiene el régimen disciplinario), el juez puede autorizar al empresario la imposición de una sanción adecuada a la gravedad de la falta cometida por ese trabajador²²⁴, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1.- Se hubiera declarado la improcedencia del despido por no apreciarse que los hechos acreditados hubieran revestido gravedad suficiente.

2.- Los hechos acreditados constituyeran infracción de menor entidad según las normas alegadas por las partes.

3.- Que la infracción de menor gravedad no haya prescrito antes de la imposición empresarial de la sanción de despido.

El empresario autorizado **puede imponer la nueva sanción** en el plazo de caducidad de los 10 días siguientes a la firmeza de la sentencia, previa correcta readmisión del

²²² Artículo 109 de la LRJS.

²²³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1987 y Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2000.

²²⁴ Artículo 108.1. 3º de la LRJS.

trabajador. La nueva decisión disciplinaria empresarial es revisable a instancia del trabajador, en el plazo de caducidad de 20 días siguientes a su notificación, a través de incidente de ejecución de la sentencia de despido²²⁵. Debemos precisar que el despido debe ser una sanción proporcional al incumplimiento del trabajador²²⁶.

La declaración de improcedencia puede ser efectuada en instancia por el juzgado de lo social que enjuicia el caso por primera vez, o por las salas de lo social del tribunal que se pronuncie sobre el asunto en vía de recurso.

El despido debe declararse improcedente “en caso contrario”²²⁷; esto es, cuando el empresario no consigue acreditar el incumplimiento alegado en la carta de despido o éste carece de la gravedad suficiente para justificar la procedencia del despido²²⁸. Y también es improcedente el despido en que se hubieren incumplido los requisitos de forma establecidos en el artículo 55.1 del ET²²⁹. Se trata de despido improcedente por **motivos de fondo**. Como es sabido, estas exigencias formales son: la **falta de comunicación escrita del despido** (despidos tácitos o verbales), o la insuficiencia de la descripción de los hechos justificativos del despido recogidos en la carta o la ausencia de la fecha de efectos del mismo. Aunque no se exige una descripción exhaustiva de la conducta del trabajador, solo se requieren en la carta de despido las referencias suficientes de la conducta reprochada para no causar indefensión al trabajador²³⁰. Según la jurisprudencia²³¹, este requisito deberá cumplirse incluso cuando la causa de extinción no resulta ser un despido. Ante ello, el juez debe no continuar su indagación y no valorar ya cuanta actividad probatoria se hubiere desplegado para declarar el despido procedente. Si se ha omitido la apertura de expediente contradictorio cuando el despedido es representante legal de los trabajadores, siendo necesaria la audiencia además de los restantes miembros de la representación si los hubiere (privilegio extensible a los representantes sindicales); previa audiencia de los delegados sindicales de la correspondiente sección sindical si el despedido estuviere afiliado a un sindicato²³². En relación con este expediente debe tenerse en cuenta que su exigencia se extiende a los despidos que se produzcan hasta un año después de haberse extinguido la condición de representante (salvo

²²⁵ Artículo 238 de la LRJS.

²²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2009, EDJ 11818.

²²⁷ Artículo 108.1 de la LRJS.

²²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1993.

²²⁹ Artículos 108.1 de la LRJS y 55.4 del ET.

²³⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de julio de 2011, EDJ 202292.

²³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1995.

²³² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Sta. Cruz de Tenerife de 20 de junio de 2011, EDJ 159656.

que ésta se haya perdido por dimisión o revocación) y también a los despidos de los trabajadores que hayan sido proclamados como candidatos en las correspondientes elecciones²³³ o que van a resultar suplentes de los representantes titulares²³⁴, mientras dura el proceso electoral.

Esta garantía tiene como finalidad la tutela de un interés colectivo que resulta siempre afectado por los actos de sanción a estos representantes, en cuanto que a través de los mismos se puede atentar de forma directa o indirecta contra su independencia y, por tanto, contra la propia autonomía de la acción representativa de la empresa. Es exigible en cualquier tipo de despido disciplinario que afecte al trabajador titular de la misma, con independencia de que el despido esté o no relacionado con la actividad representativa del trabajador. Respecto a la forma de llevar a cabo este expediente contradictorio hay que precisar que el mismo debe estar presidido por los principios de contradicción y audiencia, que deben informar todas sus actuaciones.

La **falta de audiencia previa a los delegados sindicales** de la sección sindical correspondiente al sindicato al cual estuviere afiliado el trabajador²³⁵. La declaración de improcedencia del despido en este caso solo procederá cuando se acredite que a la empresa le constaba la afiliación sindical del trabajador²³⁶. Según la doctrina, discutible, del Tribunal Supremo el trámite de audiencia al delegado sindical únicamente es exigible en materia de despido disciplinario y no es otros supuestos extintivos asimilables al despido a otros efectos²³⁷.

Además, estas formalidades pueden ser modalizadas, o exigirse otras diferentes, si así se dispone en **convenio colectivo**²³⁸.

Hay que insistir que no se juzga siempre un afirmado “incumplimiento” del trabajador. Puede tratarse, de casos en que el empresario hace valer una causa diferente, de las que enumera el artículo 49 del ET. En tales supuestos si el juez social concluye la inexistencia de la causa (no disciplinaria) afirmada, o la ineficacia de la misma, declarará la improcedencia, calificación que, por tanto, tiene dos significados bien diferenciados, aunque con iguales consecuencias: que el empresario no acreditó el incumplimiento atribuido o que no justificó la

²³³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1981.

²³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1988.

²³⁵ Artículo 55.1 del ET.

²³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de marzo de 1992.

²³⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1995 y de 19 de febrero de 1997.

²³⁸ Artículo 55.1 del ET.

existencia de una causa extintiva suficiente no disciplinaria.

En el despido improcedente, aunque en la sentencia no se revoca propiamente el acto de despido, se le priva de ciertos efectos jurídicos y, sobre todo, se anuda a esa declaración de improcedencia nuevos y determinados efectos jurídicos previstos en la ley.

Si el despido se declara improcedente, **se condenará al empresario** a que, **a su elección** -efectuado en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, sin esperar a su firmeza y puede efectuarse, bien por escrito, o por simple comparecencia ante la oficina del juzgado de lo social que dictó la sentencia en que se declaró la improcedencia del despido-, **readmita al trabajador** en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o a que le **abone una indemnización**. Si no se ejercita la opción en el plazo citado, se entiende siempre que se opta por la **readmisión**²³⁹. El artículo 56.1 ET, en redacción dada por LRML, cifra la indemnización -para los contratos suscritos a partir del 12 de febrero de 2012- en una cantidad “equivalente a 33 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades”. En el caso de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012, la indemnización se calcula “a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año”; sin que el importe indemnizatorio resultante pueda ser superior a 720 días de salario, “salvo que del cálculo de la indemnización por el período anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso”²⁴⁰. Es la opción por la indemnización la que determina la extinción del contrato de trabajo, que se entiende producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo²⁴¹.

Conviene subrayar que la norma habla de “años de servicio” y no de “antigüedad”, que puede ser una noción diferente²⁴². Así, cuando sin previa imposición legal (como sería una sucesión empresarial ex artículo 44 del ET), una empresa contrata *ex novo* a un determinado trabajador, a quien tiene en cuenta el tiempo trabajado en otra empresa a los efectos del plus

²³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2004, EDJ 40555.

²⁴⁰ Disposición transitoria quinta.2 LRML.

²⁴¹ Artículo 56.1 del ET.

²⁴² Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2005, RJ 2005/5048.

cabalmente llamado de antigüedad. Para que, en tal caso, ello repercutiera, además, en la indemnización por despido, sería preciso un pacto expreso en tal sentido²⁴³. De modo similar, la jurisprudencia ha precisado que el tiempo transcurrido en excedencia voluntaria no supone su inclusión como tiempo de servicio a efectos del cálculo de la indemnización por despido²⁴⁴. Y la misma regla se ha aplicado en el supuesto de excedencia forzosa²⁴⁵.

La regla sobre ejercicio de la opción se invierte **cuando el trabajador ostenta la condición de representante legal o sindical**, correspondiendo en tal caso la opción al trabajador²⁴⁶. Y también cuando por convenio colectivo o contrato el trabajador tenga reconocido dicho derecho²⁴⁷. También se prevé el ejercicio del derecho de opción a favor de los miembros de la comisión negociadora, de los miembros de los Comités de Empresa Europeos y de los representantes de los trabajadores en el marco de los procedimientos alternativos de información y consulta²⁴⁸, y de los trabajadores miembros de los servicios de prevención y delegados de prevención²⁴⁹. Además, el Tribunal Supremo también ha admitido que el convenio colectivo pueda atribuir a los trabajadores despedidos improcedentemente el ejercicio del derecho de opción, considerando la legalidad de este tipo de cláusulas, como hemos mencionado anteriormente²⁵⁰. El empresario o el trabajador, según corresponda, deberán ejercitar la opción “mediante escrito o comparecencia ante la oficina del Juzgado de lo Social, dentro del plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia que declare el despido improcedente, sin esperar a la firmeza de la misma, si fuera la de instancia”²⁵¹. Cabe , no obstante, que la opción se ejercite tras sentencia recaída en el recurso de suplicación interpuesto frente a la del juzgado. No tiene entonces mucho sentido realizar la opción ante el juez de la instancia, cuando una eventual ejecución provisional -cuyo alcance depende del sentido de la opción- habría de solicitarse ante la Sala, según muestra la lectura del artículo 298 de la LRJS. Más razonable parece, por ello, que la opción se haga, de ser el Tribunal Superior de Justicia quien por primera vez declara la improcedencia del despido,

²⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1993, RJ 1993, 1712.

²⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1989, RJ 1989, 5442.

²⁴⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997, RJ 1997, 4950, y de 26 de septiembre de 2001, RJ 2002, 322.

²⁴⁶ Artículos 110.2 de la LRJS y 56.4 del ET.

²⁴⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2007, EDJ 80475; de 5 de junio de 2007, EDJ 70620; de 19 de septiembre de 2006, EDJ 278563; de 11 de marzo de 1997, EDJ 3153; de 5 de octubre de 2001, EDJ 70912; y de 26 de diciembre del 2000, EDJ 55100.

²⁴⁸ En virtud del artículo 21 de la Ley 10/1997, de 24 de abril.

²⁴⁹ Artículos 30.4 y 37 de la LPRL.

²⁵⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1997 y 20 de marzo de 1997.

²⁵¹ Artículo 110.3 de la LRJS.

ante su Sala de lo Social. Y también el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, “sin esperar a la firmeza de la misma” (adviértase que el recurso de casación para la unificación de doctrina puede prepararse “dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia impugnada²⁵²”).

Si el empresario al que corresponde la opción entre la readmisión o la indemnización no la ejercita en plazo, “se entiende que procede la primera”²⁵³. Y la misma solución se aplica al caso en que la opción corresponde a un representante legal de los trabajadores o de un delegado sindical²⁵⁴. En estos casos, además, “cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será obligada”; y tanto si opta por la indemnización, como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el artículo 56.2 del ET²⁵⁵.

El ejercicio del derecho de opción entre readmisión o indemnización tiene, además, las siguientes peculiaridades que enumera el artículo 110.1 de la LRJS:

a) En el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización puede anticipar su opción en el momento del juicio o un momento anterior o, incluso, con posterioridad a la sentencia si no se ha dictado aún sentencia, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto luego en relación al régimen de recursos²⁵⁶.

b) Si la readmisión resulta imposible -típicamente, por desaparición de la empresa²⁵⁷, el órgano judicial puede acordar a solicitud del trabajador demandante que se tenga por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia. Esta regla, que obliga al trabajador a solicitar que la opción se entienda hecha por la indemnización alcanza su pleno sentido a la vista de la recogida en el artículo 56.3 del ET conforme a la cual “en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera”.

c) La cuantía de la indemnización por despidos improcedentes de trabajadores sujetos de una relación laboral de carácter especial es la establecida, en su caso, por la norma que la

²⁵² Artículo 220.1 de la LRJS.

²⁵³ Artículo 56.3 del ET.

²⁵⁴ Artículo 56.4 del ET.

²⁵⁵ Artículo 56.4 del ET.

²⁵⁶ Artículos 111 y 112 de la LRJS.

²⁵⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de marzo de 1998, EDJ 68750.

regula. Así, el personal de alta dirección percibe lo pactado en su contrato y, en su defecto, veinte días por año de servicio con máximo de doce meses²⁵⁸; los deportistas profesionales, a falta de pacto, lo que fije el juez, con un mínimo de dos mensualidades por año de servicio sobre salario medio²⁵⁹.

Cuando la improcedencia se debe a una irregularidad formal, es posible lo que en sentido muy amplio cabría llamar “subsanción” del despido²⁶⁰, en la inteligencia -advierte la norma- de que se trata más bien de un “nuevo despido”. Contamos, a tal fin, con dos previsiones:

- Por una parte, y sin esperar a ser demandado o, de serlo, al juicio, el empresario puede volver a despedir correctamente al trabajador, en el plazo de *veinte días* a partir del primer despido, y este nuevo despido “solo surtirá efectos desde su fecha”. Por ello, el empresario debe pagar al trabajador los salarios devengados y mantenerle en alta en Seguridad Social²⁶¹; exigencia que a su vez se convierte en un requisito formal ineludible. Dado el tenor de la norma (el nuevo despido “solo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días”) parece que el mecanismo subsanador no es viable pasado ese período, sino que habrá que esperar a la oportunidad que se menciona seguidamente.

- Y, por otra parte, “cuando el despido fuese declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma establecidos y se hubiese optado por la readmisión”, también puede el empresario volver a despedir al trabajador por la misma causa en el plazo de *siete días* desde la notificación de la sentencia²⁶². Bien entendido que “dicho despido no constituirá una subsanción del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha”. El legislador, con ello, está posibilitando al empresario que rectifique una conducta extinguida, cuyo carácter eminentemente formal es consustancial a la misma, cuando no ha cumplido con esos requisitos formales, y también está otorgando validez a tal rectificación siempre que suceda en la forma delimitada en la norma y con los requisitos y efectos allí establecidos. No constituye una subsanción de los defectos formales (aunque en un sentido muy amplio se podría considerar como tal), sino que es un nuevo despido. Pero los hechos alegados en este segundo despido serán los mismos que los que se alegaron en el primero, aunque la jurisprudencia admite que se puedan alegar además otros

²⁵⁸ RD 1382/1985, de 1 de agosto, art. 10.1.

²⁵⁹ RD 1006/1985, de 26 de junio, art. 15.1.

²⁶⁰ Artículo 55.2 del ET.

²⁶¹ Artículo 55.2 del ET.

²⁶² Artículo 110.4 de la LRJS.

hechos²⁶³.

Los plazos señalados son ajenos al general que sobre prescripción de las faltas establece el artículo 60 del ET; es decir, conservan su virtualidad, aunque los tiempos fijados en este precepto estatutario hayan sido rebasados; y, a la inversa, no se prolongan en el caso - improbable, por cierto- de que los mismos no hayan transcurrido todavía.

La opción por la **indemnización** lleva aneja la condena a su abono en los términos antes señalados y “determinará la extinción del contrato de trabajo, *que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo*”²⁶⁴.

Desde la reforma laboral de 2012, el empresario no debe abonar en estos casos los llamados *salarios de tramitación*. Sí debe hacerlo, en cambio, “en caso de que se opte por la readmisión”, en “cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación”²⁶⁵.

Los efectos de la opción entre readmitirlo o indemnizar, cuando la sentencia es objeto de un recurso devolutivo (suplicación, casación, unificadora) planteado por cualquiera de las partes, pueden resumirse del modo siguiente:

- En caso de opción por la **readmisión** (expresamente, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, o tácitamente), el empresario debe cumplir con las dos obligaciones señaladas en el artículo 276 de la LRJS: debe comunicar por escrito al trabajador, dentro del plazo de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, la fecha de su reincorporación; la cual debe efectuarse en un plazo no inferior a los 3 días siguientes a la recepción del escrito por el trabajador. El plazo de 10 días es perentorio e improrrogable y la notificación al trabajador tiene carácter recepticio. La fecha en que haya sido recibida esta notificación por el trabajador marcará, además, el inicio del cómputo del plazo para instar la ejecución cuando la readmisión por la que el empresario hubiere optado no se haya producido o se produzca irregularmente. Por su parte, el trabajador debe reincorporarse en la fecha indicada, salvo que concurra alguna causa justificativa que lo impida. Si el contrato de trabajo está suspendido (incapacidad temporal, maternidad...) la apertura del plazo para la readmisión

²⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1987.

²⁶⁴ Artículo 56.1 *in fine* del ET, redactado por LRML.

²⁶⁵ Artículo 56.2 del ET redactado por LRML.

se demora hasta la fecha en que termine a la suspensión, sin derecho a salarios de tramitación en ese periodo²⁶⁶. La readmisión se debe hacer en las mismas condiciones que disfrutaba el despedido, so pena de que sea considerada irregular. En cambio, la readmisión es irregular, cuando se realiza en distintas circunstancias de las que tenía antes del despido (salario, jornada, puesto de trabajo, etc.); o cuando es extemporánea²⁶⁷. La opción por la readmisión no es posible cuando el empresario conoce cuando opta sabe que la readmisión regular es inviable y el cambio que supondrá para los trabajadores va más allá de un mero *ius variandi*, suponiendo, por ejemplo, una verdadera modificación sustancial de condiciones. En este caso solo cabría optar válidamente por la extinción contractual indemnizada de la relación laboral. Si se produjo la readmisión irregular procede declarar tal extinción contractual indemnizada en fase de ejecución. Así sucede si ya conocía que el centro de trabajo dónde debían reincorporarse estaba cerrado y el nuevo tan alejado del lugar de residencia que implicaba una movilidad geográfica²⁶⁸. Con carácter general, solo en este supuesto de opción por la readmisión el empresario ha de abonar al trabajador los denominados salarios de tramitación, desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar, salvo que esta no se produzca por causas imputables al trabajador. La ley prevé para este supuesto, la pérdida de dichos salarios, aparte del incumplimiento laboral que ello constituiría. Si el trabajador hubiera venido cobrando prestaciones por desempleo, se consideran indebidas por causa no imputable al mismo. A su vez, el empresario ha de instar el alta en la Seguridad Social con efectos desde la fecha del despido cotizando por ese período que se considera como de ocupación cotizada a todos los efectos. El trabajador puede interponer el incidente de no readmisión tanto cuando considera que la readmisión es irregular, como cuando el empresario que optó por la readmisión no la lleva a cabo.

El empresario deberá abonar al trabajador los salarios devengados desde la fecha de notificación de la sentencia que por primera vez declare la improcedencia hasta aquella en que tenga lugar la readmisión.

Además de esto, la opción por la readmisión implica también la obligación del empresario de abonar los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia²⁶⁹. La obligación de pagar estos salarios deriva de la propia

²⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2011, EDJ 91339.

²⁶⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1998, EDJ 28330; y de 15 de marzo de 2004, EDJ 40555.

²⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2013, EDJ 292358 con voto particular.

²⁶⁹ Artículo 56.1 del ET.

existencia de la relación laboral que es confirmada por el empresario al ejercitar la opción por la readmisión, debiendo resarcir al trabajador de los perjuicios derivados de la no percepción salarial durante este período.

En el supuesto de que la opción por la readmisión sea ejercitada por el trabajador, en aquellos casos en que está previsto, el juez dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma, y acordará requerir al empresario para que reponga al trabajador en su puesto en el plazo de 3 días, sin perjuicio de que adopte, a instancia de parte, las medidas que dispone el artículo 282 de la LRJS²⁷⁰.

Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido fuera recurrida tanto por el empresario como por el trabajador, en el supuesto de que el empresario hubiera optado por la readmisión, la sentencia se ejecutará de forma provisional en los términos establecidos en el artículo 295 de la LRJS²⁷¹. Por tanto, el empresario vendrá obligado, mientras dure la tramitación del recurso, a satisfacer al trabajador la misma retribución que venía percibiendo, y el trabajador continuará prestando servicios, a menos que el empresario prefiera pagar el salario sin compensación alguna.

- En el caso de optar por la **indemnización**, la característica fundamental es, pues, su configuración legal. Su cuantía aparece perfectamente objetivada y tasada en la LET y en la LRJS, careciendo el juez de margen alguno de discrecionalidad. No obstante, la jurisprudencia viene admitiendo que la indemnización legal cede ante las indemnizaciones superiores que pudieran estar establecidas en convenio colectivo o en el contrato individual²⁷². El artículo 110.1 de la LRJS reconoce la existencia de peculiaridades en relación con el despido improcedente en las relaciones laborales especiales, estableciendo que en estos casos la cuantía de la indemnización será la que esté prevista, en su caso, por la norma que regule dicha relación especial.

En cuanto a la naturaleza de esta indemnización, el Tribunal Constitucional considera que se trata de una cantidad sustitutoria de la indemnización por daños y perjuicios prevista en el Código Civil, constituyendo así una cantidad que ha de abonar el empresario al trabajador como consecuencia de un despido sin causa legal y cumple una función sustitutoria

²⁷⁰ Artículo 280.2 de la LRJS.

²⁷¹ Artículo 111.1 a) de la LRJS.

²⁷² Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999.

del resarcimiento de daños y perjuicios, aunque no se calcula en función de los mismos²⁷³.

El tiempo de servicios y el salario del trabajador son los elementos configuradores de esta indemnización y su cuantía (junto con la cuantía de los salarios de tramitación) deberá ser fijada por el juez en la sentencia, según el artículo 56.1 del ET. El cálculo de la indemnización se hará tomando como salario regulador el que le correspondiera al trabajador en el momento del despido y no el inferior que le pudiera venir pagando la empresa²⁷⁴, sin que le afecten los incrementos salariales que se hubieran establecido con posterioridad por disposición legal o por convenio colectivo. Por eso, se considera por la doctrina jurisprudencial que en esta modalidad procesal cabe discutir por la cuantía del salario del trabajador, pero solo a efectos del cálculo de las indemnizaciones y de los salarios de tramitación²⁷⁵.

En el supuesto de que la sentencia que declare la improcedencia del despido fuera recurrida tanto por el empresario como por el trabajador, y el empresario hubiera optado por la indemnización²⁷⁶, no procederá la ejecución provisional de la sentencia, no hay readmisión provisional, sino que el trabajador pasa a situación legal de desempleo, cuyas prestaciones percibe si reúne los requisitos exigidos para ello. La opción, que en principio es irrevocable, puede ser alterada, en este segundo supuesto, si el tribunal superior otorga una indemnización diferente. Si la nueva es **mayor**, quien resulta afectado es el empresario; por ello, se le permite “cambiar el sentido de su opción”. Si lo hace, “la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador en concepto de prestación por desempleo”. La citada cantidad y la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador deben ser ingresadas por el empresario en la Entidad gestora. Además, “a efectos del reconocimiento de un futuro derecho a la protección por desempleo, el período al que se refiere el párrafo anterior se considerará de ocupación cotizada”. Si la indemnización fijada por la sentencia que resuelve el recurso es **menor**, el cambio afecta al trabajador, quien, a su vez, puede optar por la readmisión, produciéndose las mismas consecuencias²⁷⁷. En cambio, cuando la opción por la indemnización hubiera correspondido al trabajador, por tener la condición de representante, y en la sentencia que resuelva el recurso se disminuyera la cuantía de la indemnización, dicho

²⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1984.

²⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1993 u.d.

²⁷⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1991 y 8 de junio de 1998.

²⁷⁶ Artículo 111.1.b) de la LRJS, redactado por LRML.

²⁷⁷ Artículo 112.1.b) de la LRJS.

trabajador, en el plazo de los 5 días siguientes podrá cambiar el sentido de su opción, y, en tal caso, la readmisión retrotraerá sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera opción²⁷⁸.

- Los salarios de tramitación son los dejados de percibir por el trabajador desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia²⁷⁹. El empresario deberá abonar al trabajador los salarios de tramitación cuando el despido sea calificado como improcedente en la sentencia, tanto si el empresario opta por la readmisión como si opta por la indemnización.

Cuestión enormemente polémica es la naturaleza indemnizatoria o salarial de los salarios de tramitación. Aunque nuestros tribunales parecen decantarse en los últimos años por la naturaleza indemnizatoria, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea²⁸⁰ parece inclinarse por su carácter salarial.

Existen dos mecanismos a través de los cuales se pueden limitar los salarios de tramitación:

1.- En primer lugar, los salarios de tramitación se reducirán en el caso de que el trabajador hubiera encontrado otro empleo y se probase por el empresario lo percibido²⁸¹. Este descuento también podrá hacerse en los casos en que el trabajador haya obtenido retribuciones como consecuencia del desarrollo de un trabajo por cuenta propia²⁸². Si el empresario no consiguiera probar la cuantía percibida por el trabajador por su trabajo por cuenta propia o ajena durante la tramitación del procedimiento, pero sí probará la existencia de dicho trabajo, se presumirá que el trabajador percibía al menos la cuantía correspondiente al salario mínimo interprofesional.

2.- En segundo lugar, en los casos en que la opción entre readmisión o indemnización corresponde al empresario, éste puede minorar (o incluso excluir) el importe de los salarios de tramitación si en conciliación previa reconoce la improcedencia del despido y ofrece la indemnización que legalmente corresponde, depositando la misma en el juzgado de lo social en el plazo de 48 horas si no fuera aceptada por el trabajador. En este caso, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido. Tanto si el trabajador acepta la indemnización como si no la acepta, la cuantía de los salarios de tramitación quedará limitada

²⁷⁸ Artículo 112 de la LRJS.

²⁷⁹ Artículo 56.1 b) del ET.

²⁸⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002.

²⁸¹ Artículo 56.1. b) del ET.

²⁸² Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1999.

a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito; excepto cuando el depósito se realice en las 48 horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna²⁸³.

Por otro lado, el Estado abonará los salarios de tramitación que excedan de 60 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte después de transcurrido este período de tiempo²⁸⁴. En todo caso, es siempre el empresario el obligado al pago de la totalidad de los salarios de tramitación, sin perjuicio de su derecho a resarcirse del Estado de dicha cuantía. El procedimiento judicial de reclamación al Estado de los salarios de tramitación se realiza a través de una modalidad procesal regulada en los artículos 116 a 119 de la LRJS.

4.3 NULIDAD

La calificación jurídica del despido ha de realizarla el magistrado conforme a derecho, sin sujeción a la petición de demanda. De manera que si se solicita únicamente la nulidad se puede declarar la improcedencia del despido y viceversa, sin incurrir en incongruencia²⁸⁵.

La declaración de nulidad del despido impone al empresario el restablecimiento de la relación laboral con el trabajador que en su día quedó rota por la decisión unilateral de despedirlo. Pero ni siquiera la calificación del despido como nulo desvirtúa el carácter autónomo y constitutivo del acto del despido y el restablecimiento del contrato solo tiene lugar cuando se produzca la readmisión del trabajador y esta sea regular²⁸⁶.

Será nulo el despido en los siguientes supuestos:

- El despido que tiene por móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produce con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador²⁸⁷. Se recoge con este supuesto de nulidad lo que inicialmente fue una construcción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional conocida con el nombre de “despido radicalmente nulo”. La Sentencia del Tribunal Constitucional 38/1981 iniciaría la doctrina sobre los despidos radicalmente nulos y sobre las reglas de distribución de la carga de la prueba en aquellos supuestos en los que el trabajador alegue que

²⁸³ Artículo 56.2 del ET, en redacción dada por la Ley 45/2002.

²⁸⁴ Artículo 57 del ET.

²⁸⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2005, EDJ 40649 y de 29 de enero de 2001, EDJ 1034.

²⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2000, EDJ 14522.

²⁸⁷ Artículos 108.2 de la LRJS y 55.5 del ET.

la decisión empresarial lesionó sus derechos fundamentales²⁸⁸, declarando la ineficacia de los mismos con la consecuencia de la obligada readmisión del trabajador y con exclusión de la posibilidad de indemnización sustitutoria.

Como consecuencia de las modificaciones introducidas, primero, por la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores, y, después, por la LO 1/2004, de Medidas de protección integral contra la violencia de género, y por la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se han introducido nuevos supuestos de despido nulo.

- El despido de los trabajadores durante el período de suspensión de contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad” al que se refiere el artículo 45.1.d) del ET, o “el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dicho período.

- Salvo que se acredite la causa disciplinaria alegada, el despido de las trabajadoras embarazadas desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión por maternidad²⁸⁹; y despido de trabajadores durante el período de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, adopción o acogimiento o paternidad. También cuando el despido afecte a quien solicite o se encuentre disfrutando de uno de los permisos por lactancia de un hijo menor de 9 meses, hospitalización de hijo prematuro, cuidado de un menor de 12 años o persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, o estén disfrutando de ellos; asimismo cuando tal reducción responda al cuidado de hijos menores afectados de cáncer o enfermedad grave. Finalmente, también el de aquellos que hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia por cuidado de un hijo o de un familiar que no pueda valerse por sí mismo y el de “las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral”, en los términos y condiciones reconocidos en el ET.

- En último término es nulo el despido, si no se acredita la causa disciplinaria alegada, de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los períodos de

²⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 140/1999.

²⁸⁹ Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2013, de 10 de octubre, esta regla de “protección reforzada” de las mujeres embarazadas no es aplicable a los casos de desistimiento empresarial durante el período de prueba.

suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo. Aunque, si la causa del despido fuera el embarazo o la maternidad, al fundarse en una discriminación directa por razón de sexo, ese despido debiera considerarse igualmente nulo incluso si se notifica finalizado el período mencionado de protección²⁹⁰.

En estos tres últimos supuestos, los correspondientes despidos serán nulos salvo que se declare su procedencia “por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”²⁹¹.

Si se acredita por el trabajador demandante que el móvil del despido obedece a alguna de las causas de nulidad reseñadas, el juez, con independencia de la forma en que se hubiera producido (con o sin carta de despido válida), tendrá que pronunciarse siempre sobre la existencia o no de la discriminación o atentado a los derechos fundamentales y libertades públicas alegados o, en su caso, sobre el fundamento del despido en el embarazo de la trabajadora o en cualquiera otras de las causas listadas en los artículos 55.5 del ET y 108.2 de la LRJS²⁹². El Tribunal Constitucional ha sentado la doctrina de que el artículo 14 CE obliga a que el juez no se limite a declarar la suficiencia de las pruebas aportadas, sino que debe expresar los motivos por los cuales entiende que existe o no discriminación²⁹³.

La declaración de nulidad lleva aparejada condena de readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar²⁹⁴. La sentencia que califica el despido de nulo es simultáneamente una sentencia declarativa y de condena, ya que la sentencia establece la ineficacia jurídica del acto lesivo del derecho fundamental y, al mismo tiempo, condena a la remoción de todos los efectos derivados del mismo. La revocación se produce como efecto directo e inmediato de la sentencia que lo declare. La totalidad de los salarios de tramitación corre a cargo del empresario, en el supuesto de despido nulo, pues no se aplica la responsabilidad del Estado por el tiempo de tramitación superior a 90 días. Como en la improcedencia, estos salarios se acortan o compensan, si el trabajador encuentra otro empleo.

Existen **excepciones** a la inmediata readmisión del trabajador:

- Por un lado, en el marco de la ejecución de una sentencia firme de despido nulo por

²⁹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2007, asunto Paquay C-460/06.

²⁹¹ Artículos 108.2 de la LRJS y 55.5 del ET.

²⁹² Artículo 108.3 de la LRJS.

²⁹³ Artículo 108.3 de la LRJS.

²⁹⁴ Artículos 113 de la LRJS y 55.6 del ET.

acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, la víctima puede optar por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación²⁹⁵. De manera que al margen de este supuesto no se puede sustituir, a conveniencia del trabajador, la condena a la inmediata readmisión por la indemnización²⁹⁶.

- Por otro lado, se prevé la posibilidad de que el juez acuerde la extinción en fase de ejecución de sentencia firme en los casos de imposibilidad material o legal de readmisión.

Cuando como consecuencia de la resolución judicial se produzca la readmisión del trabajador, o incluso aunque no se produzca por obstrucción del empleador, las cantidades que hubiera venido percibiendo el trabajador en concepto de prestaciones por desempleo se consideran indebidas por causa no imputable al trabajador.

Debe tenerse en cuenta que cuando la nulidad fuese consecuencia de la violación de derechos fundamentales del trabajador, cabe la reclamación -junto con la acción del despido- de una indemnización adicional por daños y perjuicios²⁹⁷. Es una indemnización complementaria que será acordada al trabajador cuando se pruebe la existencia de daños morales y materiales como consecuencia de la conducta lesiva del empresario y deberá ser fijada en la sentencia. Pese a una primera postura jurisprudencial contraria a esta posibilidad, con posterioridad ha sido admitida por el Tribunal Supremo en unificación de doctrina²⁹⁸.

Pero, a diferencia de lo que sucede en caso de improcedencia, en la nulidad la ejecución de la sentencia se lleva a cabo “en sus propios términos”; es decir, se procede a una reinstalación forzosa²⁹⁹, que, de no producirse, dará lugar a que por el juez se acuerden las medidas que establece el artículo 284 de la LRJS.

4.3.1 RECURSOS FRENTE A LA SENTENCIA DEL DESPIDO NULO

En este apartado y en el siguiente, solo haremos una breve y concisa referencia respecto a los recursos, dado que no es el objeto principal de este trabajo, pero aun así quería mencionarlo a modo de conclusión.

En este supuesto cabe siempre la posibilidad de interponer recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente. Contra la sentencia dictada en suplicación,

²⁹⁵ Artículo 286.2 de la LRJS; Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2012, EDJ 103630.

²⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1988.

²⁹⁷ Artículo 6.2 de la LRJS, tal y como ya venía reconociendo la jurisprudencia Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2002, EDJ 5341; y de 12 de junio de 2001, EDJ 15988.

²⁹⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2000 y 12 de junio de 2001.

²⁹⁹ Artículo 282.1.b) de la LRJS.

solo de manera excepcional, y para los supuestos en que concurran los requisitos que así lo permitan, se pueden formular los otros recursos extraordinarios, como el de casación para la unificación de doctrina. Agotada la vía ordinaria y habiéndose alegado vulneración de un derecho fundamental podría plantearse recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Cuando el despido es declarado nulo, tanto si recurre el empresario como el trabajador, el empresario debe proceder igual que lo señalado para los despidos improcedentes con opción readmisión. Sin embargo, no hay que consignar la indemnización, pues la condena es a la readmisión, aunque sí hay que consignar los salarios de tramitación. La falta total de consignación de los mismos produce la inadmisión del recurso³⁰⁰ al igual que cuando esta se produce de forma extemporánea³⁰¹.

Cuando el tribunal superior al resolver el recurso declare nulo el despido, que hubiera sido declarado en la instancia previamente improcedente la opción ejercitada se tiene por no hecha, produciendo el nuevo pronunciamiento los efectos propios del despido nulo³⁰². Si la sentencia que declara la nulidad en vía de recurso revoca una anterior dónde se declaraba la procedencia del despido, los salarios de tramitación habrán de abonarse hasta esta sentencia dictada en vía de recurso.

Por último, debemos precisar que, si el despido inicialmente declarado improcedente en vía de recurso se considera nulo, el trabajador es readmitido y recibe salarios de tramitación, pero ha de devolver a la empresa la cantidad que percibió en concepto de indemnización por despido improcedente³⁰³.

5. RECURSO CONTRA LA SENTENCIA Y EJECUCIÓN PROVISIONAL

Las sentencias sobre despido de los juzgados de lo social son siempre recurribles en suplicación ante la correspondiente Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia³⁰⁴.

La **ejecución provisional** de las sentencias de despido, que lo declaren nulo o improcedente, mientras se sustenta un recurso de suplicación o casación, es un procedimiento autónomo que no se supedita al resultado favorable o adverso del recurso³⁰⁵.

³⁰⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio del 2000, EDJ 15577.

³⁰¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre del 2001, EDJ 70729.

³⁰² Artículo 112.2 de la LRJS.

³⁰³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de junio de 2010, EDJ 181061.

³⁰⁴ Artículo 191.3 a) de la LRJS.

³⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1993, EDJ 23588.

La solicitud de ejecución provisional siempre procede en el caso de nulidad; sin embargo, en el de improcedencia solo cabe cuando se optó por la readmisión.

La ejecución provisional solo puede acordarse a instancia de parte. La legitimación para solicitar la ejecución provisional la ostenta tanto en el trabajador como en el empresario. Su solicitud no está sujeta a un plazo determinado, pues puede producirse en el que medie entre la sentencia de instancia y la sentencia firme que ponga fin al recurso.

El objeto de la ejecución provisional es exigir al empresario el cumplimiento de la obligación de seguir satisfaciendo al trabajador despedido la misma retribución que percibía con anterioridad a producirse su cese, mientras dura la tramitación de los mencionados recursos y para que continúe también el trabajador prestando servicios, a menos que el empresario prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna³⁰⁶. De manera que, cualquiera que sea el recurrente, solicitada la ejecución provisional el empresario debe abonar el salario que viniera percibiendo antes de producirse el despido y fijado en sentencia como regulador de la propia indemnización³⁰⁷:

1.- Prescindiendo de sus servicios.

2.- Requiriendo al trabajador para que se reincorpore, pues si no lo hace el trabajador no estará obligado a prestar servicios.

Con independencia de dicha opción empresarial, este debe permitir al representante de los trabajadores despedido continuar con su función representativa³⁰⁸.

Frente a las resoluciones dictadas por el juez o tribunal en ejecución provisional, solo procede el recurso de reposición. Frente a las dictadas por el letrado de la Administración de justicia procede recurso de reposición, salvo que fueran directamente recurribles en revisión.

Durante la tramitación del recurso contra la sentencia que declare la improcedencia del despido el trabajador se encuentra en desempleo involuntario con derecho a desempleo³⁰⁹. Si se insta la ejecución provisional se suspende la prestación por desempleo mientras el trabajador continúe prestando servicios o no los preste por voluntad del empresario durante la tramitación del recurso³¹⁰. La prestación se reanuda a petición del trabajador a partir del término de la causa de suspensión siempre que se solicite en los 15 días siguientes³¹¹.

³⁰⁶ Artículos 297 y 298 de la LRJS.

³⁰⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2008, EDJ 197312; y de 9 de mayo de 2011, EDJ 99989.

³⁰⁸ Artículos 284 y 302 de la LRJS.

³⁰⁹ Artículo 267 de la LGSS.

³¹⁰ Artículo 271.1.e) de la LGSS.

³¹¹ Artículo 271.4.b) de la LGSS.

Las medidas preventivas que pueden adoptarse en el marco de la ejecución provisional de la sentencia de despido improcedente cuando el empresario que optó por la readmisión pretende que el trabajador continúe prestando servicios coinciden con las que se pueden establecer en los procesos en los que se ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador por incumplimiento empresarial³¹² cuando justifique que tal decisión empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral de trabajador, pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas o posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior.

Hay que precisar que la opción entre readmisión e indemnización que hubiera realizado la empresa condenada en la instancia no vincula a la empresa condenada, por primera vez, en suplicación, sin perjuicio de que esta última proceda a reclamar al Estado los salarios de tramitación abonados que, en su caso, procedan³¹³.

³¹² Artículo 50 del ET.

³¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2003, EDJ 158546.

6. CONCLUSIONES

PRIMERA. - El despido disciplinario se entiende como la conclusión del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario, basada en un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador. Para mí, el despido es la máxima sanción que un trabajador puede recibir. El despido se caracteriza por ser una decisión unilateral que toma el empresario, como consecuencia del ejercicio del poder disciplinario y sancionador que posee, por la que da por finalizado el contrato de trabajo, por lo tanto, es un acto constitutivo y también recepticio, dado que solo puede causar efectos desde que el trabajador tiene noticia de esa decisión, cuestión lógica, debido a que, si no, en mi opinión, le produciría cierta indefensión al trabajador.

SEGUNDA. - La conducta llevada a cabo por el trabajador debe quedar subsumida, dentro de alguna de las causas recogidas en la Ley, concretamente en las causas contempladas en el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores. A mi juicio, considero que sería injusto que el empresario tuviera de libertad de poder despedir a un trabajador por causas que no estuvieran reguladas. La legislación laboral establece una lista cerrada de supuestos de incumplimientos contractuales merecedores de la sanción de despido, aunque los convenios colectivos pueden regular que determinadas faltas laborales del trabajador que permitan al empresario su despido, precisando con mayor detalle los genéricos supuestos legales, pero siempre respetando el Estatuto de los Trabajadores.

TERCERA. - Para que el despido pueda llevarse a cabo, debe necesariamente cumplir con unos requisitos de tiempo y forma, claro está que no puede hacerse de cualquier manera. Especial importancia tiene la carta de despido dado que en ella se recoge la causa por la que se lleva a cabo el despido disciplinario y que será discutida en el procedimiento judicial. También es relevante porque a través de ella, le es notificado el despido al trabajador y éste a su vez, puede tomar medidas en tiempo frente a la decisión empresarial. La carta debe contener una causa debidamente motivada y justificada, puesto que no se podrán alegar causas o hechos nuevos posteriormente. Esto se justifica sobre la base del derecho a tutela judicial, a efectos de no producir indefensión al trabajador, hecho con el que estoy totalmente de acuerdo. También debe figurar la fecha en que tendrá efectos el despido. Si el despido no

reúne los requisitos exigidos por la ley, será declarado improcedente.

CUARTA. - Los representantes de los trabajadores y los afiliados a un sindicato en una empresa gozan de una protección particular en el despido disciplinario, siempre que actúen conforme a las leyes, contratos colectivos u otros acuerdos comunes. Considero que es lógico que se establezcan estos mecanismos de protección, con el fin de que puedan desarrollar sus funciones con ciertas garantías, y, también con el objeto de preservar el libre y eficaz ejercicio de las facultades que legalmente tienen reconocidos, para la defensa de los intereses de los trabajadores a quienes representan. En el caso de los representantes, la protección se cristaliza en la necesidad de apertura de expediente contradictorio, y la prohibición de despedirles por causas relacionadas con su condición. En cuanto a los afiliados a un sindicato, la protección consiste en la audiencia previa a los delegados sindicales de su sección en el caso de despido disciplinario. La omisión de cualquiera de estos requisitos tendría como consecuencia la improcedencia del despido.

QUINTA. - Una vez que el trabajador decide impugnar el despido, las partes litigantes pueden llegar a un acuerdo en cualquier momento, bien sea en el procedimiento obligatorio del acto de conciliación o mediación previas -es un requisito previo a la vía judicial y con ello se pretende evitar el proceso judicial-, antes de la vista, o bien durante la misma. Este procedimiento me parece adecuado y creo que produce muchos beneficios, como pueden ser, que los conflictos se resuelven de manera más rápida, además evita tener que ir a juicio y los gastos que ello conlleva. Si realizado dicho trámite no se ha llegado a ningún acuerdo, el trabajador deberá continuar con el procedimiento previsto, formulando la correspondiente demanda judicial ante el juzgado de lo social competente. La demanda tendrá que cumplir con todos los requisitos formales exigidos en la Ley. La respectiva demanda determinará el objeto del litigio. El empresario tiene la posibilidad de subsanar el despido que ha realizado de forma incorrecta en cuanto a la forma, con la finalidad de que la conducta grave realizada por el trabajador no quede impune.

SEXTA. - En las fases de alegaciones, pruebas y conclusiones, ambas partes deben ser capaces de demostrar todo lo que han alegado hasta ahora. La carga de la prueba recae sobre el empresario, el cual debe acreditar la veracidad de los incumplimientos contractuales

recogidos en la carta y que fundamentaron el despido disciplinario. Los incumplimientos del trabajador pueden ser relativos a la prestación laboral, al deber de diligencia del trabajador y al deber del trabajador a actuar de buena fe. En el procedimiento de obtención e incorporación de las pruebas, las partes pueden valerse de cualquiera de los medios admitidos en derecho, además el ordenamiento laboral permite la aportación de grabaciones de videovigilancia, conversaciones telefónicas y transcripciones de mensajes instantáneos, sin necesidad de informar sobre este hecho. En este sentido, no sé en qué lado posicionarme. Por un lado, el factor sorpresa de no saber qué medio de prueba van a aportar, puede producir cierta indefensión a cualquiera de las partes quizás. Pero, por otro lado, sin embargo, sin estos medios de prueba, las partes no podrían probar lo que alegan. En este despido la prueba testifical es esencial, puesto que tiene la finalidad de esclarecer los hechos que han dado lugar al mismo.

SÉPTIMA. - Una vez que los hechos han quedado probados y el juicio se ha celebrado, el Juez de lo Social dictará sentencia en la que calificará el despido como procedente, improcedente o nulo. La calificación tiene diferentes efectos. En caso de que el despido sea declarado procedente se extinguirá el contrato sin que el trabajador tenga derecho a indemnización ni a salarios de tramitación. Si es declarado improcedente el empresario deberá elegir entre readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o, abonarle una indemnización a trabajador. En caso de que el trabajador despedido sea un representante sindical, la elección anterior le corresponderá a él. Por último, si el despido es declarado nulo, el empresario deberá readmitir al trabajador y abonarle los salarios dejados de percibir.

OCTAVA. - La reforma laboral de 2012, ha dado lugar a algunos cambios que afectan negativamente a los efectos generados por la improcedencia del despido. Por un lado, han quedado suprimidos los salarios de tramitación cuando el empresario opta a favor de otorgar una indemnización al trabajador, y por otro, se ha reducido la cuantía indemnizatoria de 45 días por año trabajado, con el límite máximo de 42 mensualidades, a 33 días por año trabajado, con el límite de 24 mensualidades. No obstante, para los contratos vigentes con anterioridad a la reforma, se aplicará un doble cómputo de la indemnización. Los contratos celebrados antes del 12 de febrero se calcularán con los 45 días y la posterior con 33 días. Si

bien, estos contratos tendrán un tope indemnizatorio de 720 días. Si superan esta cuantía con los años trabajados antes de la reforma se les respetará este exceso hasta las 42 mensualidades, es decir hasta los 720 días. Desde mi punto de vista, la reforma ha empeorado la situación de los trabajadores, debido a que ha disminuido la indemnización de éstos, y puede que el trabajador tenga dificultades a la hora de encontrar un nuevo trabajo y no disponga de suficiente dinero para poder hacer frente a los gastos que pudiera tener.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Memento práctico Despido 2016-2017: Otras formas de extinción del contrato de trabajo*, Madrid, Francis Lefebvre, D. L. 2015.

ALBIOL MONTESINOS, I., *Despido disciplinario en Extinción del Contrato de Trabajo*, Dir. Ignacio Albiol Montesinos, Valencia 2011, Edit. Tirant lo Blanch.

ALBIOL ORTUÑO, M., ALFONSO MELLADO, C.L., BLASCO PELLICER, A., GOERLICH PESET, J. M., *Derecho Procesal Laboral*, Valencia 2015, Edit. Tirant lo Blanch.

ALEMAÑ CANO, J., *Manual de Derecho Procesal Laboral*, Albacete 2015, Edit. Bomarzo.

ALONSO OLEA, M., ALONSO GARCÍA, R. M., *Derecho Procesal del Trabajo*, Madrid 2010, Edit. Civitas.

CORTES ARROYO, L., *Notas sobre el Derecho Procesal Laboral*, Madrid 2015, Edit. Dykinson.

FOLGUERA CRESPO J. A., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Madrid 2012, Edit. Marcial Pons.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de Derecho del Trabajo*, Valencia 2018, Edit. Tirant lo Blanch.

GORELLI HERNÁNDEZ, J. Y GÓMEZ ÁLVAREZ, T., *El despido disciplinario*, Madrid, Difusión jurídica, cop. 2008.

MARTIN VALVERDE, A., FERMIN RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F., GARCIA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Madrid 2017, Edit. Tecnos.

MERCADER UGUINA, J. R., *Lecciones de derecho del trabajo*, Valencia 2015, Edit. Tirant lo Blanch.

MONEREO PÉREZ, J.L. (director), *Manual de Derecho Procesal Laboral: Teoría y Práctica*, Madrid 2014, Edit. Tecnos.

MONTOYA MELGAR, A., SEMPERE NAVARRO, A.V., CAVAS MARTÍNEZ, F., GALIANA MORENO, J.M., RÍOS SALMERÓN, B., LUJÁN ALCARAZ, J., *Curso de procedimiento laboral*, Madrid 2016, Edit. Tecnos.

MORENO CATENA, V., Madrid 2013, *Derecho Procesal Laboral IV*, edit. Tirant lo Blanch.

PÉREZ REY, J., *El despido disciplinario*, Valencia, 2013, Edit. Bomarzo.

WEBGRAFÍA

<https://www.cuestioneslaborales.es/el-expediente-sancionador-contradictorio-ante-faltas-muy-graves/>

<https://www.cuestioneslaborales.es/la-papeleta-de-conciliacion-laboral/>

<https://www.eaprogramas.es/empresa-familiar/requisitos-para-que-el-despido-disciplinario-sea-valido>

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEA-MtMSbF1jTAAAUNDMwMjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAfrygfTUAAAA=WKE

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional de 38/1981, de 23 de noviembre.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de octubre 1982, Ar. 5616.

Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1984.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de marzo de 1986.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1987.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de mayo de 1987.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de julio de 1987, 118/1987.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de mayo de 1988, AL 1988-803.

Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1989, de 22 de junio.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio, STC 114/1989.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 217/1991, 120/1993.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de marzo de 1992.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de enero 14/1993.

Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1993, de 18 de enero.

Sentencia del Tribunal Constitucional 130/1998.

Sentencia del Tribunal Constitucional 140/1999.

Sentencia del Tribunal Constitucional 29/2013.

Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2013, de 10 de octubre.

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1960.
Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1965.
Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1967.
Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1970.
Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1973.
Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1975.
Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1976.
Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1976.
Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1976.
Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1977.
Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1978.
Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1979.
Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1979.
Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1980.
Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1981.
Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1981.
Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1982.
Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1982.
Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1982.
Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre 1982, Ar. 6089.
Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 1982.
Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1982.
Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1983.
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1983.
Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1983.
Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1983.
Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1984.
Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1984.
Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1985.
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1985.

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1985, Ar. 920.
Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1995, RJ 1995, 3266.
Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1985, Ar. 1942.
Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1985.
Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1985.
Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1985.
Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1986.
Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1986.
Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1986.
Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1986.
Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1986, Ar. 6306.
Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero 1987.
Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1987.
Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1987.
Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1987, EDJ 2041.
Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1987.
Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1987.
Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1987.
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1987.
Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987.
Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1987.
Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1987.
Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1987.
Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1987.
Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1988.
Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1988 (RJ 1988, 3015).
Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1988, Ar. 5143.
Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1988.
Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1988.
Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1988.
Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1988.
Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1988.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1989, RJ 1989, 5442.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1989, EDJ 11450.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1990, EDJ 3299.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1990.

Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de mayo de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1990.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1991, EDJ 26.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1991.

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1992, EDJ 8873.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1993, RJ 1993, 1712.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1993.

Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1993, EDJ 23588.
Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1994, EDJ 11802.
Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1994.
Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1995, EDJ 2208.
Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1995 (RJ 1995, 5897).
Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1995.
Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1995 (RJ 1988, 6888).
Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1996, RJ 1996, 5166.
Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1997.
Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997.
Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1997.
Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1997, EDJ 3153.
Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1997.
Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1997.
Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1997, RJ 1997, 4950.
Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 1997, EDJ 5086.
Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1998.
Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1998, EDJ 28330.
Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1999.
Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1999.
Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2000.
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000.
Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2000.
Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2000, EDJ 14522.
Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio del 2000, EDJ 15577.
Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2000.
Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2000, EDJ 24426.
Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2000.
Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre del 2000, EDJ 55100.
Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2001, EDJ 1034.
Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 2001, EDJ 15988.
Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2001, EDJ 70912.

Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2001, RJ 2002, 322.
Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2001, EDJ 70729.
Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2002, EDJ 5341.
Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2003, EDJ 158546.
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2004, EDJ 40555.
Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2004.
Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2005, EDJ 40649.
Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 2005, RJ 2005/5048.
Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2005 (RJ 2005/7411).
Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2006, EDJ 253529.
Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2006, EDJ 278563.
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2006, EDJ 325775.
Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2007, EDJ 68267.
Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2007, EDJ 70620.
Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2007, EDJ 80475.
Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2007, EDJ 135900.
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2007, EDJ 223136.
Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2007, EDJ 274879.
Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2007, EDJ 269009.
Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2008, EDJ 25830.
Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2008, EDJ 197312.
Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2009, EDJ 11818.
Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2009, EDJ 321836.
Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2010, EDJ 16497.
Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2010.
Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2011, EDJ 91339.
Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011, EDJ 99989.
Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2012, EDJ 103630.
Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2012, EDJ 216854.
Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2012, EDJ 237606.
Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2012, Rec 3772/11.
Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2012, RJ 2013, 357.

Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013, EDJ 122966 con voto particular.
Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2013, EDJ 292358 con voto particular.
Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2015, EDJ 80839.
Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2015, RJ 2015, 1912.
Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 2015, RJ 2015, 6145.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 6 de marzo de 1991, Rec 35/91.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de enero de 1992.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de enero de 1994.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid 10 de diciembre 1996.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de abril de 1997, Rec 7999/96.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de marzo de 1998, EDJ 68750.
Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de julio de 2001.
Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de diciembre de 2002.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 2005, EDJ 109047.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Sta. Cruz de Tenerife de 29 de junio de 2007, EDJ 202813.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 12 de mayo de 2009, EDJ 132437.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de junio de 2010, EDJ 181061.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Sta. Cruz de Tenerife de 20 de junio de 2011, EDJ 159656.
Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 13 de julio de 2011, EDJ 202292.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 12 de diciembre de 2002.
Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de octubre de 2007, asunto Paquay C-460/06.

LEGISLACIÓN

Constitución española de 1978.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.

Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Real Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre, por el que el Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales.

Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.