TRABAJO FIN DE MÁSTER

LOS REQUISITOS FORMALES Y LA SUBSANACIÓN DEL DESPIDO

Alumno: Javier Ornia Cardín

Tutor Universitario: D. IGNACIO GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Cotutor Académico: Dña. LUCÍA EZQUERRA DÍEZ
Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Gijón

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE OVIEDO
Junio 2016

ÍNDICE

LOS REQUISITOS FORMALES Y LA SUBSANACIÓN DEL DESPIDO

1. Concepto de despido

    1.1. Caracteres del despido
    1.2. Clases de despido
    1.3. El fundamento de la forma del despido

2. La forma en el despido disciplinario

    2.1. La comunicación: la carta de despido
    2.2. Otras formas legalmente establecidas

3. La forma en el despido objetivo

    3.1. Puesta a disposición de la indemnización
    3.2. El contenido formal

4. La improcedencia del despido por defecto de forma

5. La subsanación del despido

    5.1. El nuevo despido antes de su impugnación
    5.2. El nuevo despido posterior a la sentencia
    5.3. El carácter imperativo del plazo de subsanación del despido por causas económicas
    5.4. La retractación del empresario
    5.5. Despido ad cautelam

BIBLIOGRAFÍA

LOS REQUISITOS FORMALES Y LA SUBSANACIÓN DEL DESPIDO

1. Concepto de despido

El despido, como clara y típica manifestación del poder de dirección y disciplinario de la empresa, ha sido tradicionalmente definido en nuestro ordenamiento jurídico como aquel acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual decide poner fin a la relación de trabajo.

No obstante, mediante una visión amplia de esta forma de extinción de la relación laboral, nos encontramos ante un concepto legal de ineficacia de los acuerdos entre las partes. En este sentido, y con carácter general, se podría decir que el régimen de la resolución contractual, contemplado en el artículo 1124 de nuestro Código Civil, es también aplicable al contrato de trabajo cuando, por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, se insta unilateralmente su ineficacia, ejercitando la pertinente acción judicial. Este régimen aplicable al contrato laboral se hace patente, verbigracia, en el artículo 50 del 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 (en adelante ET), donde se habilita la mentada resolución contractual a instancia del trabajador por incumplimiento grave y culpable del empresario.

De esta manera, volviendo a nuestro concepto original de despido, nos encontramos ante una resolución contractual específica y exclusiva, en la que se concede

al empresario una potestad de autotutela, semejante a la de la Administración Pública, de manera que de forma unilateral puede declarar extinguida la relación laboral por incumplimiento del trabajador (o por las tasadas causas objetivas contempladas en el ET), correspondiendo a este la carga de acudir a los jueces y tribunales para combatir dicha decisión empresarial.

Así pues, a modo de síntesis, y como punto de partida, podemos afirmar que lo que define al despido es la decisión unilateral del empresario de dar por acabada la relación laboral, exista o no causa justa para ello, ya que su carácter constitutivo, que veremos enseguida, lo hace eficaz si no es impugnado judicialmente.

1.1. Caracteres del despido

Entrando en el análisis de la figura jurídica y las consecuencias que su aplicación supone en la relación laboral, debemos afrontar primero la virtualidad de sus efectos. Independientemente de la calificación que *a posteriori* le puedan dar los jueces y tribunales, el despido tiene, antes que nada, efectos constitutivos y, por tanto, extingue siempre la relación laboral desde el momento en que se produce y el trabajador tiene conocimiento de tal decisión. Si posteriormente es declarado nulo o improcedente y el empresario queda obligado a readmitir al trabajador, seguimos en presencia de un contrato que se extinguió y que ha de ser rehabilitado, sin que pueda considerarse que la relación laboral estuviese en vigor desde el momento del despido hasta el de la readmisión, aparte las consecuencias económicas del acto extintivo que determinará la cuantía indemnizatoria y la procedencia o no de salarios de tramitación.

En este sentido, la jurisprudencia ha declarado la naturaleza extintiva del acto de despido, que lleva a determinar el carácter autónomo y constitutivo del mismo (STS 12/2012, rec. 2484/2011, remitiéndose a STS de 21/10/2004, rec. 4966/2002, en la que se citan otras anteriores como las de 7 y 21 de diciembre de 1990, 1 de julio de 1991 y 17 de mayo de 2000, afirmando que

"... tanto la doctrina científica como la jurisprudencia han coincidido en términos generales, en la naturaleza extintiva de la resolución empresarial del despido, que lleva

a determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo".

Por tanto, la relación laboral, a consecuencia de la decisión empresarial, expira y el restablecimiento del contrato sólo tiene lugar cuando haya una readmisión por los cauces legales procedentes y en las mismas condiciones en que se encontraba el trabajador antes de ser despedido[1].

De esta manera, estamos en disposición de completar nuestro concepto de despido como el acto jurídico, cuyas consecuencias impuestas al trabajador por la decisión unilateral del empresario, le otorgan un carácter constitutivo y recepticio, por el cual el empresario procede, por su propia voluntad, a la extinción del contrato de trabajo. Son tres, por tanto, los caracteres fundamentales que lo definen:

- **El despido es unilateral**, por cuanto se trata de una manifestación de voluntad del empresario, que toma la decisión de despedir con independencia de cuál sea la voluntad del trabajador, que no interviene en esa decisión.

- **El despido es constitutivo**, porque produce efectos extintivos por sí mismo, aunque después sea declarado improcedente o nulo. El trabajador puede impugnar la decisión empresarial y, si llega a obtener un acuerdo o resolución judicial que declare ilegal el despido, ello no implica que el despido no haya existido. Durante el periodo de tramitación del litigio y hasta que la relación laboral se reinstaure por la readmisión, no ha existido un contrato de trabajo vigente. Cabe preguntarse en este aspecto, la naturaleza constitutiva del acto extintivo, en caso del despido nulo. En este sentido, las consecuencias de la nulidad no implican que, durante todo el proceso que dure la impugnación

[1] Así resulta de los artículos 49.11 y 54.1 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 3 del Convenio núm. 158 de la OIT y así lo atestigua el Tribunal Constitucional, que en sentencia 3/1987, de 12 de marzo, invoca la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Central de Trabajo en el sentido de que "la relación laboral, a consecuencia del acto del despido se encuentra rota y el restablecimiento del contrato sólo tendrá lugar cuando haya una readmisión y ésta sea regular". Por otra parte, también confirma esta tesis la redacción del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores que en su número 7 dispone que "el despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo...", lo que a contrario sensu significa que el despido improcedente cuando se ha optado por la readmisión o el despido nulo restablecen o hacen renacer el contrato inicialmente extinguido.

hasta su reconocimiento como nulo en sentencia, la relación laboral no esté rota, sin perjuicio de que la reparación que se reconozca al trabajador se pueda considerar una ficción de continuidad en la empresa.

- **El despido es recepticio**, al carecer de efectividad jurídica hasta que llega a conocimiento del trabajador afectado, produciendo, desde ese momento, la extinción del contrato de trabajo, salvo que en la carta de despido se señale otro momento distinto y posterior a partir del cual, dicha extinción tenga efecto.

1.2. Clases de despido

El contrato de trabajo puede extinguirse por diversas causas ajenas a la decisión del empresario, a saber:

a) las que derivan de la voluntad del trabajador;
b) las que derivan del propio contrato de trabajo;
c) las que derivan de un acuerdo particular entre empresario y trabajador;
d) las que derivan de las circunstancias que afecten al empresario o al trabajador que les hagan imposible continuar con la vigencia del contrato, por su incapacidad, jubilación o muerte.
e) las que derivan de la voluntad del empresario.

Baste señalar las cuatro primeras como referencia, ya que su análisis desbordaría los límites del objeto de estudio que se pretende, para centrarnos en lo que aquí interesa, las causas de extinción que derivan de la voluntad del empresario, con el fin de acotar el concepto de despido. En este sentido, podemos distinguir dos grandes tipos de despido atendiendo a sus causas:

a) **Despido disciplinario**, derivado de las faltas cometidas por el trabajador.
b) **Despido por causas objetivas**, mediante el cual el empresario puede despedir al trabajador cuando, por diversas circunstancias, sobrevenga o se

conozca una ineptitud del mismo para desarrollar su trabajo; o bien, por sus ausencias intermitentes, aun justificadas; finalmente y dentro de estas causas objetivas hemos de hacer una mención especial al **despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción** que, según el número de trabajadores afectados por la decisión extintiva puede dar lugar al despido individual, englobado dentro del procedimiento de despido objetivo, o al despido colectivo, cuando afecta a una pluralidad de trabajadores que exceda de los límites legalmente establecidos.

Hemos de subrayar que, dentro de las causas objetivas del despido, nos encontramos con un factor común, que el legislador ha considerado como fundamento que legitima el acto de despido: la excesiva onerosidad sobrevenida o la ruptura del equilibrio del contrato.

Sentadas las bases del significado jurídico del despido y su tipología, estamos ahora en disposición de abordar la forma que exige cada acto extintivo, cuya infracción formal llevaría irremediablemente, y con carácter general a la improcedencia del despido.

1.3. El fundamento de la forma del despido

Toda resolución contractual por voluntad unilateral del empresario exige la observación de unos requisitos formales que impidan la indefensión del empleado frente a la acción del patrono. He aquí la razón del cauce formal exigido para despedir a un trabajador. Lejos de otorgar al empleador un instrumento más de gestión empresarial, situación habilitada si se concediera a este la oportunidad de despedir caprichosamente, la legalidad ampara el derecho del trabajador a oponerse a aquella decisión arbitraria o de abuso de poder que el patrono dispondría si en el momento del despido se le oculta información o las verdaderas razones de la extinción de su contrato laboral. Como no puede ser de otra manera, la formalidad del despido responde a los principios tuitivos del Derecho del Trabajo.

Sin embargo, hay que resaltar que recae sobre el trabajador la carga de impugnar ulteriormente el despido ante los juzgados del orden social para revisar si es adecuado a

Derecho, siendo la decisión del empleador directamente ejecutiva, materializándose de modo inmediato en la finalización de las prestaciones y la exclusión del trabajador de su centro de trabajo.

Por otro lado, el protocolo formal requerido al patrono para hacer efectiva su decisión, tiene puntos comunes en los diferentes despidos posibles que antes señalábamos, si bien por la naturaleza de sus causas existen diferentes matices formales que entraremos a analizar en lo sucesivo.

En este sentido, el juicio de formalidad sobre el cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos al empleador recae sobre:

a) **La comunicación escrita** del despido, a través de la carta de despido, haciendo constar los hechos que lo motivan y fecha de efectos;
b) **La suficiencia de dicha comunicación escrita** al concretar en forma suficiente los hechos motivadores del despido de modo que evite la indefensión al trabajador;
c) **Las exigencias formales previstas en convenio colectivo**, como pueden ser la audiencia del trabajador o de la representación unitaria o sindical (aunque el trabajador no sea afiliado a un sindicato).
d) Si se trata de despidos objetivos, **la coetánea puesta a disposición de la indemnización** y la no superación de los **porcentajes legales de la plantilla**.

Dentro de ámbito del despido disciplinario:

e) **La exigencia de expediente contradictorio,** en caso que el trabajador sea representante legal o delegado sindical, o así se disponga por convenio colectivo para todos los trabajadores;
f) **La audiencia a la representación del sindicato** si el trabajador es afiliado;
g) El ejercicio del poder disciplinario dentro de **los límites temporales** del artículo 60.2 del ET.

2. La forma en el despido disciplinario

2.1. La comunicación: La carta de despido

La decisión empresarial de extinguir el contrato de trabajo por medio del despido disciplinario exige, por lo que respecta a su forma, ser notificado fehacientemente al trabajador, con expresión de la causa y fecha de efectos (art. 55.1 ET).

Resulta evidente que un acto de tanta trascendencia y gravedad debe arroparse de las suficientes garantías para que quien resulte afectado conozca las circunstancias que han dado origen a la extinción de su contrato de trabajo, como ya se adelantó anteriormente, dándole la oportunidad de poder defenderse adecuadamente articulando las acciones pertinentes, y delimitando la controversia judicial al no poder el empleador, conforme al artículo 105.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (en adelante LRJS), alegar hechos distintos de los recogidos en la carta de despido.

Estamos ante un requisito *ad solemnitatem*, por lo que es incontrovertible que el empresario está obligado a notificar el despido por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos. Por supuesto, el incumplimiento de esta formalidad es insubsanable, por lo que, no se admite cartas aclaratorias posteriores y mucho menos su subsanación en el acto del juicio de despido. En este sentido, se pronuncia, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2014, rec. 183/2014.[2]

[2] La Sentencia en su fundamento de Derecho cuarto afirma: "*Dado el carácter de la cuestión controvertida, necesidad o no de que la empresa comunique expresa y formalmente su decisión final sobre el despido colectivo a los representantes de los trabajadores, y las consecuencias que puede conllevar para la empresa la omisión de dicha comunicación, con carácter general, conviene señalar, que en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, el despido, ya sea individual o colectivo, es un acto formal (comunicación escrita) y recepticio, lo que quiere decir que necesariamente ha de ser conocida por el trabajador la decisión empresarial de proceder a su despido, correspondiendo al empresario la carga de probar que ha notificado por escrito al trabajador el despido, conllevando el incumplimiento de este requisito la improcedencia del mismo*".

a) Fecha de efectos

La notificación escrita debe expresar con claridad y precisión la fecha de efectos del despido, ya que de ello dependerá que el trabajador pueda fijar el día inicial o *dies a quo*, a partir del cual comienza a computarse el plazo del que dispone el trabajador para reclamar en caso de disconformidad con la decisión empresarial, 20 días hábiles, conforme a los artículos 59. 3 del ET y 103.1 de la LRJS. La fecha de eficacia del despido es, por tanto, una garantía del trabajador, rechazándose cualquier fecha anterior a la redacción de la carta o en la que se entregó al interesado. Incluso no se admite una fecha posterior en la que el trabajador continúe de facto en su puesto sin el consentimiento de la empresa, supuesto analizado en el fundamento tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo 13 de junio del 2000, rec. 3287/1999.

b) La notificación

La notificación puede practicarse de muy diversas formas con la única condición de que se acredite haberse realizado, carga de la prueba que recae sobre el empresario. Así, podemos señalar como medios válidos:

a) La entrega personal con la firma de su recepción.
b) La comunicación en presencia de testigos.
c) Notificación a través de los servicios de correos (certificado con acuse de recibo, telegrama, giro postal o buro fax).
d) Por conducto notarial.
e) Por vía de correo electrónico o instrumentos telemáticos.

Sin embargo, hemos de hacer una matización en el último punto, en el sentido de que, aunque estos medios pueden ser considerados válidos a priori, resulta mucho más dificultoso acreditar el envío y la recepción de los mismos, siendo fácilmente manipulables. No obstante, hay que tener en cuenta que si se acredita la recepción del documento mediante firma electrónica reconocida ha de entenderse probada dicha recepción, como si se tratase de firma física sobre el papel.

c) El despido verbal

El despido verbal supone el incumplimiento de la obligación establecida legalmente de notificar por escrito al trabajador la decisión empresarial de prescindir de su prestación laboral. Sin embargo, el despido también se produce ante una manifestación verbal inequívoca del empresario. Se trata, por tanto, de una decisión expresa. En este caso, corresponde al trabajador acreditar la existencia del despido, para ello puede utilizar diversos medios:

a) bien mediante un telegrama tratando de obtener formalmente la confirmación de la empresa al hecho del despido;
b) bien dirigiéndose a la misma de palabra y mediante testigos.

Pese a que esta forma de despido vulnera todas las formalidades legales, siendo su consecuencia la declaración de improcedencia, no por ello deja de aplicarse el plazo de caducidad. Por ello, la fecha del despido es aquella en la que el empresario comunica verbalmente el cese al trabajador, careciendo de efectos la comunicación escrita que después pueda enviarle. Sentencia del Tribunal Supremo 16 de noviembre de 1988 [3]; Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2009, rec. 4528/2007.

d) El despido tácito

Asimismo, cuando el despido no se notifica por escrito, sino que se deduce de determinados comportamientos del empresario estamos ante lo que la doctrina jurisprudencial ha venido a denominar como "despido tácito" (Sentencia de Tribunal

[3] La implacable caducidad de la acción del trabajador para impugnar un despido verbal, se refleja en esta sentencia que en su fundamento tercero establece: *"…tal hecho concluyente ha de valorarse como despido que ha de caducar, aun sea nulo por falta de que comunicación adecuada, pues la caducidad opera en todos los despidos, inclusive en los discriminatorios (Tribunal Constitucional, 12 de mayo de 1982). En el supuesto de autos, el actor reclamó por despido y la demandada excepciona caducidad de la acción que estima el Juzgador por cuanto desde que inequívocamente la empresa realizó actos que implican la extinción de su reclamación con el actor hasta la fecha de reclamación ante el IMAC, ha transcurrido con creces el plazo del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores y 97 de la Ley de Procedimiento Laboral, por lo que ha de llevar a desestimar el recurso conforme es criterio del Ministerio Fiscal".*

Supremo de 16 de noviembre de 1998, rec. 5005/1997; Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de2000, rec. 3462/1999). Nuestro alto tribunal ha perfilado la figura del despido tácito como aquel que se desprende de la conducta de la empresa más que de una declaración expresa de la misma, por lo que se requieren hechos inequívocos de la voluntad extintiva del vínculo. En este sentido, es de todo punto necesario que concurran acciones o conductas concluyentes que revelen la intención de la empresa de resolver el contrato.

A modo de ejemplo, pueden considerarse como supuestos de despido tácito:

a) El cese de la actividad, sin comunicación al trabajador que se encuentra el centro de trabajo cerrado.
b) El trabajador que se presenta en el trabajo y el empleador le niega ocupación efectiva.
c) Cuando el trabajador se encuentra en baja por enfermedad y la empresa deja de abonar el subsidio de incapacidad temporal y le da de baja en la Seguridad Social.
d) Supuesto de cese progresivo en el trabajo, con la correspondiente disminución de funciones (En este caso hay que contar con la dificultad de establecer el *dies a quo* que debe coincidir con el momento en el que la voluntad extintiva es clara y concluyente).

e) Contenido de la carta

Del contenido de la comunicación escrita sobre la decisión extintiva de la relación laboral, dependerá en gran medida el éxito del acto del despido. Así pues, podemos afirmar que es constante la jurisprudencia en el sentido de que basta con que la descripción de esos hechos sea clara y suficiente para que el trabajador pueda preparar convenientemente su defensa, sin que sea precisa una pormenorización que en ocasiones ni siquiera resulta posible (Entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo 12 de marzo de 2013, rec. 58/2012[4]). En otros términos, sólo es exigible en el empresario que realice una

[4] El TS desestima el recurso de la empresa y confirma la improcedencia del despido por insuficiencia del contenido de la carta "(…) La indeterminación en el contenido hace imposible organizar una defensa eficaz

descripción suficiente de la actuación del trabajador que es soporte o supuesto de hecho de la decisión de despedir, o una descripción de la conducta o comportamiento del trabajador suficientemente explícita, enumerándose con precisión y detalle las faltas cometidas, sin necesidad de descender a detalles anecdóticos o a un superfluo lujo de detalles.

Por el contrario, debe rechazarse la vaga y abstracta cita de los hechos motivadores de la sanción o la ambigüedad y la falta de precisión en su exposición, así como una mera transcripción de la definición jurídica de las causas de despido.

Lo que no se ha de perder de vista es que una de las finalidades principales de la carta de despido es, precisamente, que el trabajador tenga perfecto conocimiento de los cargos imputados y pueda defenderse adecuadamente de los mismos, lo que obliga necesariamente a que contenga una indicación clara y concreta de dichas imputaciones. De esta manera, se debe proporcionar al trabajador un conocimiento meridiano, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo su alcance sin dudas racionales, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa.

2.2 Otras formas legalmente establecidas

a) Formas establecidas por los convenios colectivos

En este aspecto, hemos de partir de que los convenios colectivos constituyen una de las fuentes de la relación laboral, al regular los derechos y obligaciones de empresarios y trabajadores del sector o empresa en el que se apliquen (art. 3.1 b) ET). De esta manera, esta normativa, podría contemplar en garantía del trabajador, determinadas exigencias formales que, por lo general, pasan por comunicar la empresa con carácter previo los cargos imputados, dando posterior audiencia al trabajador o abriendo un expediente disciplinario, concediendo un plazo a éste para que alegue y aporte las pruebas que estime

frente a las imputaciones e incluso valorar la gravedad de las mismas. Lo mismo sucede en relación con la determinación temporal que impide además la eventual alegación de la prescripción". (FJ 2).

por convenientes, por lo que se ha de tener presente por las partes, las disposiciones convencionales que requieran de una especificación formal.

A modo de ejemplo, se consideró improcedente el despido en supuestos en los que se había pactado convencionalmente la tramitación de expediente disciplinario en el Convenio Colectivo de Lufthansa - Líneas Aéreas Alemanas - (Sentencia del TSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 2ª, de 19 de octubre de1999, rec. 3658/1999) y en el Convenio Colectivo General para la Industria Química (Sentencia del TSJ Cataluña Sala de lo Social, de 30 de junio de 1999, rec. 197/1999).

b) Forma en caso de representante legal de los trabajadores

Cuando el trabajador reúna la cualidad de representante legal de los trabajadores (esto es, miembro del comité de empresa o delegado de personal) o delegado sindical, procederá la apertura de un expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese. Así, el artículo 64.4 c) del ET, declara el derecho del Comité de empresa a ser informado de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves, en conexión con el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 agosto de 2000 sobre infracciones graves.

c) Forma en caso de afiliados a un sindicato

Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario así le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la Sección sindical correspondiente a dicho sindicato. Redactado que obedece al mandato recogido en el artículo 55.1 del ET.

3 La forma en el despido objetivo

Ya apuntábamos anteriormente, que el despido en sus diferentes modalidades tenía unos requisitos legales comunes, es decir, que el empresario cumpla en todo caso con materializar la carta de despido, suficiencia de la misma o cumplimiento de exigencias convencionales. Por tanto, las mismas exigencias se repiten en el despido por

causas objetivas. Ahora bien, también es cierto que estamos en un ámbito en el que el conocimiento de las razones que pueden llevar al empresario a tomar unilateralmente una decisión extintiva, podría estar fuera del alcance de conocimiento del trabajador, por lo que las exigencias formales resultan más estrictas. Adelantándonos a lo que más abajo se expondrá, este es el supuesto de la extinción de la relación laboral por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, donde se exige al empleador acreditar la concurrencia de las causas legales que determina la procedencia del despido en cada caso, pero siempre bajo un criterio de suficiencia y no de exhaustividad informativa.

3.1 Puesta a disposición de la indemnización

El Estatuto de los Trabajadores añade un requisito formal, común a los despidos por causa objetiva en su artículo 53 1. b) ET. Esta norma requiere que el empresario ponga a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación del despido por causas objetivas, una indemnización consistente en 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1998, rec. 151/1998).[5]

Sólo cabe una sola excepción a esta obligación, la falta de liquidez real de la empresa para afrontar el pago debido, excepción que contempla el artículo 53.1.b. 2º del ET.

De esta manera, la puesta a disposición de la indemnización, debe cumplir las siguientes exigencias, y por tanto ha de ser:

[5] El TS en recurso de casación para unificación de doctrina, declara la nulidad del despido (hoy improcedencia) por causas económicas de los actores, llevada a cabo por el demandado Ayuntamiento de La Carolina. El art. 40 RDL 17/1977 sobre Relaciones de Trabajo, ya exigía poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita del despido, la correspondiente indemnización. En este sentido, pone de manifiesto la Sala como las modificaciones legales posteriores no puede cambiar el sentido de dicha norma y de la doctrina jurisprudencial que la interpreta, sino que, por el contrario, confirman su idoneidad y vigencia por cuanto persiste la expresión de "poner a disposición del trabajador, simultáneamente" la indemnización; expresión cuya interpretación gramatical lleva al convencimiento de que se exige la entrega de la cantidad, o el percibo sin dilación, tal y como afirmaba la jurisprudencia. En definitiva, la Sala sostiene que el legislador mantiene con la misma fuerza originaria la sanción de nulidad.

a) **Efectiva:** El trabajador no podrá verse obstaculizado por ninguna traba que no sea su personal decisión, para hacer efectiva la indemnización. Por tanto, se excluye el mero ofrecimiento formal en la carta de despido.

b) **Simultánea a la entrega de la comunicación del despido:** Debe hacerse con independencia de la fecha en que la extinción vaya a tener lugar, de forma que el trabajador pueda disponer de la referida cantidad en el mismo momento en que recibe dicha comunicación, sin solución de continuidad y sin necesidad de otro trámite o quehacer complementario, y sin dilación alguna, no siendo justificable la lentitud burocrática o administrativa de la empresa. En este sentido el cumplimiento ha de realizarse:

- En unidad de acto, con la entrega de la comunicación escrita;
- Acompañando la cantidad debida, bien en efectivo metálico o mediante otro medio de pago admisible en Derecho.

No obstante, en este último punto, hay que precisar que siempre que no se quiebre la práctica simultánea, una indicación en la carta de despido de abono mediante transferencia bancaria puede ser admisible, pero esta debe ordenarse en el mismo día de entrega de la comunicación escrita, de modo que el trabajador, aunque la reciba días después, por mecanismos propios de la actividad bancaria, no se incumpliría el requisito de la simultaneidad.

Por supuesto, no se incumple dicha formalidad si la demora en la puesta a disposición de la indemnización se debe a la propia voluntad del trabajador.

c) **Incondicionada:** no podrá el empresario condicionar el abono efectivo de la indemnización a ninguna otra formalidad distinta de la mera y simple firma del recibo que acredita su percepción, por la razón de que no se exige la conformidad del trabajador con la causa del despido ni con la cuantía de la indemnización, siendo una obligación exclusiva del empresario.

d) **En el importe legal**: debe ser el que resulte de la operación reglada según el ET o la derivada de pacto individual o colectivo que la mejore, con la excepción de que la

insuficiencia de la cantidad puesta a disposición se deba a un error excusable en su cálculo, o el error de cuenta, considerándose este el de escasa cuantía, justificable por error material o aritmético o por discrepancia jurídica razonable sobre los elementos necesarios para el cálculo.

3.2 **El contenido formal**

En el supuesto de despido objetivo se exige una especial atención al contenido de la comunicación escrita, porque el control judicial en este aspecto es especialmente riguroso. A diferencia del despido disciplinario, cuya causa tiene que ver con la actuación del trabajador, las razones del despido objetivo, bien sea por causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, incluso en el despido por ineptitud del trabajador, le resultan en principio desconocidas al afectado, al tener conexión con el ámbito interno de la empresa, por lo que esta debe extremar al detalle, la descripción de los hechos. A ello se añade la falta de intervención de los representantes de los trabajadores con carácter previo a la extinción del contrato por dichas causas, pese a poder afectar a varios trabajadores, ya que en este caso únicamente se prevé la entrega de copia del escrito de preaviso a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento (Art. 53.1 c) ET).

Sin embargo, en referencia a este último extremo, la reciente sentencia del Tribunal Supremo del 10 de febrero de 2016, rec. 2502/2014, ha venido a fijar jurisprudencia respecto a esa obligación de entrega de la copia del escrito de preaviso. El TS establece que, en la redacción del artículo 53.1 c) del ET, existe un error del legislador, pues la copia que ha de facilitarse a los representantes de los trabajadores no es la del preaviso, que no es en sí mismo una comunicación del despido, sino una parte del contenido de la comunicación del cese. Por tanto, la exigencia de información a los representantes sindicales del citado artículo, no se refiere realmente al preaviso, sino a la comunicación del despido y, de esta manera, no se cumple el trámite si la empresa se limita a informarles verbalmente del despido y del contenido de la carta. Por tanto, no basta con informar, sino que hay entregar la copia de la carta.

Entrando ya en el fondo de la cuestión, debemos subrayar que la comunicación de despido no puede limitarse a decir que se trata de una situación muy difícil y complicada, tanto económica como productiva, sin dar un solo dato numérico que pueda avalar tal situación. De este modo, la referencia a la causa, como exigencia formal, en este caso es equivalente a la de los hechos que lo motivan en la carta de despido disciplinario.

De esta manera, la comunicación extintiva de la empresa debe contener una exposición adecuada y suficiente de los motivos que justifican la decisión empresarial, ofreciendo al trabajador los datos que le permitan conocer esas razones y articular adecuadamente su posible defensa.

a) Causa económica

Si la causa alegada para la extinción es económica, la comunicación de cese debe contener una descripción sobrada de la situación o estado económico de la empresa, aportando los datos suficientes para que el trabajador pueda rebatirlos y organizar su defensa. En este sentido, es habitual, aunque tampoco resulta indispensable, que la comunicación de cese haga referencia a la evolución económica de la empresa, así como a las medidas adoptadas en su caso para superar la situación económica negativa, como endeudamientos, enajenaciones, etc. En estos casos, habida cuenta de la diversidad de situaciones imaginables, es útil, a estos efectos, la concreción en la carta de: la cuantía de las pérdidas, sus efectos sobre la situación económica de la empresa (en su caso, ya que por sí mismas no son necesariamente determinantes), situación a la fecha del despido y departamento o secciones afectados por la situación.

Sin embargo, esta formalidad no puede llevarse al extremo de exigir una detallada, minuciosa y pormenorizada exposición de todos los datos referentes a la situación de la empresa, como tampoco puede admitirse una genérica indicación de la concurrencia de una situación de descenso de ventas y una falta de trabajo.

Por otro lado, y dado que estamos en el contexto de crisis o dificultades económicas de la empresa, el legislador ha previsto la posibilidad de que el empleador, por las mismas razones que provocan la decisión extintiva de la relación laboral por

causas económicas, y sólo en ese caso, no disponga de liquidez suficiente para afrontar la debida indemnización en el momento legal oportuno.

Esta es la excepción, antes mencionada, a la puesta a disposición de la indemnización al trabajador en el momento del despido. En este supuesto, contemplado en el art. 53.1.b. 2º del ET, la empresa puede diferir en el tiempo el abono de la indemnización legal, por la razón de la susodicha situación de crisis económica. Esta alternativa, no invalida la decisión extintiva, ni determina su improcedencia, y su fundamento reside en impedir que la norma jurídica exija el cumplimiento de un requisito imposible para el empleador, es decir, que se amparan las situaciones en las que el empresario no disponga de efectivo suficiente para indemnizar al trabajador en el momento de la comunicación del despido.

No obstante, el trabajador afectado puede exigir el pago de la indemnización a partir del momento en que el despido sea efectivo, es decir, no se impide que este accione la reclamación de cantidad pertinente, aunque, por este motivo, le sea inviable impugnar el despido por razones formales.

Ahora bien, la carga de la prueba recae sobre el empresario, que está obligado a probar la realidad de la iliquidez, además de las dificultades económicas que justifican el despido. Esa ausencia de liquidez para el pago de la indemnización debe ser real, y no se puede excusar por el hecho de que se hayan acreditado las circunstancias que motivan esa situación económica negativa. De esta manera, la procedencia del despido en este aspecto exige:

a) Que la causa sea económica;
b) La imposibilidad real de la puesta a disposición de la indemnización debida;
c) Que haya una constancia expresa de tal imposibilidad, que se ponga de manifiesto en la comunicación de cese.

b) Causas técnicas, organizativas o productivas

En este caso la comunicación de cese debe comprender una descripción precisa y suficiente de las circunstancias concurrentes que inciden negativamente en la eficiencia o rentabilidad de la empresa o en el estado de los instrumentos de producción. Pudiendo

hacerse alguna matización en función de que se alegan causas técnicas, organizativas o de producción.

Si las causas son **organizativas**, la comunicación debe consignar de forma suficiente las deficiencias apreciadas en los sistemas o métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción. Así, procede explicar en la comunicación de forma suficiente tales cambios, describiendo, por ejemplo, en qué ha consistido la refundición de dos departamentos o la disminución de actividad que genera un excedente de plantilla.

Si las causas son **productivas**, la comunicación de cese debe hacer referencia a los datos desfavorables de producción o del coste de los factores de explotación empresarial. De manera, que también procede en la comunicación una descripción de los cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. Por ejemplo, explicitando en la comunicación la pérdida de una contrata con determinado cliente.

Si las causas alegadas son **técnicas**, la comunicación de cese debe exponer las circunstancias relativas a los medios o instrumentos de producción en las que se fundamenta la decisión empresarial. Así, conviene explicar, por ejemplo, en qué ha consistido el cambio del objeto de la actividad productiva de la empresa.

c) Ineptitud del trabajador

En el supuesto de despido por ineptitud del trabajador, el contenido de la carta de despido debe indicar los hechos concretos y determinados que justifiquen tal proceder. Sin entrar a analizar la diversa casuística de esta razón extintiva, podemos decir que la carga de la prueba corresponde al empresario, siendo el órgano judicial quien aprecia la existencia o no de ineptitud para desarrollar las funciones del puesto de trabajo, pudiendo ser por razones físicas, médicas u otras que, en todo caso sobrevenidas, el trabajador no sea capaz de afrontar con un mínimo exigible de rendimiento productivo, y siempre que no sean derivadas de la movilidad funcional.

d) **Extinción por faltas de asistencia**

En este supuesto en el que el trabajador ha llegado al nivel de faltas de asistencia referido a los períodos de referencia temporal que exige el art. 52.d) del ET, aunque sean justificadas, la posibilidad del despido se habilita para el empresario, siempre que no se refieran al ejercicio legítimo de un derecho ni se deriven de situaciones especialmente protegidas. Cumplidas el resto de formalidades comunes, ya estudiadas, la jurisprudencia menor exige que el contenido de la carta de despido refleje una relación precisa de las inasistencias del trabajador, así como de la causa a la que se debe cada una de ellas. En este sentido: STSJ Cataluña de 5 de febrero de 1996, rec. 4438/1995, STSJ Canarias (Las Palmas) de 29 de mayo de 2012, rec. 296/2012.

4 La improcedencia del despido por defecto de forma

La consecuencia jurídica que lleva aparejada la inobservancia por parte del empresario de los requisitos formales del despido es la declaración de improcedencia del mismo (Artículos 55, 56 y 57 del ET y artículo 110 de la LRJS).

Los efectos de la declaración de improcedencia del despido se materializan en la condena a readmitir al trabajador o a indemnizarle en la cuantía legalmente fijada y que compensa al trabajador del modo legalmente tasado por los perjuicios ocasionados por la pérdida del puesto de trabajo, sin que haya lugar a la indemnización adicional de otros perjuicios por esta causa, ni a la aplicación de los preceptos del Código Civil en materia de resarcimiento de daños (art.1101 CC), salvo en caso de vulneración de derechos fundamentales.

Consecuencia inmediata de la calificación judicial del despido como improcedente, es el otorgamiento al empresario del Derecho de opción, es decir, corresponde a este la decisión de readmitir al trabajador en su puesto de trabajo, en las mismas condiciones, o extinguir la relación laboral de manera indemnizada.

Solo si el empresario opta por la readmisión, tiene obligación de pagar los salarios dejados de percibir o salarios de trámite, desde el despido hasta el momento de la readmisión.

Como regla general, es el empresario el que tiene atribuida la facultad de optar entre la readmisión o la indemnización, excepto en el supuesto de que sea el trabajador el titular de la opción, según el artículo 56.4 del ET, por su cualidad de representante legal de los trabajadores o delegado sindical o por atribuírselo una norma legal o convencional. Esta garantía se extiende, asimismo, a los delegados de prevención y trabajadores designados para realizar tareas preventivas, así como a los miembros de la comisión negociadora y del comité de empresa europeo, conforme a los artículos 30.4, 34 y 35 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

En estos especiales supuestos, de no efectuar opción explícita, se entiende que se opta por la readmisión, y se conserva el derecho a los salarios de tramitación aun cuando se opte por la indemnización.

5 La subsanación del despido

De conformidad con el artículo 55.2 del ET, si el despido se realiza inobservando los requisitos formales, el empresario podrá realizar un nuevo despido con el que se cumplan los requisitos omitidos en el anterior. El nuevo despido, dice la norma, que sólo surtirá efectos desde la fecha en que se produzca, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente al del primer despido; en estos casos el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados entre los días intermedios, debiendo mantenerse el alta ante la Seguridad Social.

En realidad, no es el único precepto que establece la posibilidad de volver a despedir corrigendo cuales sean los vicios formales: junto al artículo 55.2 del ET tenemos también el art. 110.4 LRJS, que prevé la posibilidad de que, declarado el despido como improcedente por falta de forma, se efectúe un nuevo despido dentro del plazo de siete días desde la notificación de la sentencia.

5.1 El nuevo despido antes de su impugnación

En primer lugar, la regulación prevista en el art. 55.2 ET[6], no es sino la traslación al ámbito normativo de una jurisprudencia que ya a finales de los ochenta del siglo anterior admitía la posibilidad de volver a despedir, siempre y cuando el nuevo despido se produjese con anterioridad a la presentación de la demanda por parte del trabajador. Así, podemos encontrar un buen resumen de este planteamiento en la STS de 1 de octubre de 1990 (Id Cendoj: 28079140011990100423).

"La Sala ha señalado reiteradamente, entre otras, en sus Sentencias 11 de octubre de 1985, 24 de diciembre de 1986 y de 11 de octubre de 1988, que hasta el momento de la presentación de la demanda ante el Juzgado de lo Social puede la empresa corregir las deficiencias en que hubiese podido incurrir en la comunicación del despido sin que ese vicio inicial determine la nulidad total de la declaración extintiva pues no cabe alegar indefensión si al presentar la demanda, el actor conocía de forma completa la conducta que se le imputaba, y disponía de los medios procesales idóneos para combatir esa imputación. El efecto que se deriva de la rectificación empresarial es, como establece el artículo 55.3.2 del Estatuto de los Trabajadores, que ese cumplimiento tardío de los requisitos del despido no constituya una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido sin otra consecuencia, aparte de las que puedan derivarse en cuanto al cómputo de caducidad de la acción, que la del abono de los salarios correspondientes al período inicial en que la decisión extintiva estaba afectada de deficiencias formales".

Debemos tener en cuenta que en realidad esta posibilidad es lógica y evita tener que acudir al proceso para obtener una declaración de improcedencia, que supondría similares efectos que si se acepta que haya un segundo despido en el que se corrijan los vicios formales del primero.

[6] Art. 55.2 de ET: "Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpliese los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que sólo surtirá efectos desde su fecha, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social".

Hemos de destacar que no estamos ante un supuesto de subsanación de los errores formales; es decir, no se trata de mantener el acto extintivo original en el que se habían producido determinados errores de carácter formal, sino que, el ordenamiento ha establecido la posibilidad de volver a despedir otra vez, por idénticas causas, si bien cumpliendo en esta ocasión con los requisitos y exigencias formales establecidos por el legislador.

Por tanto, estamos en un supuesto en el que es el propio empresario quien detecta el incumplimiento formal y, sin esperar a la conciliación ni al juicio, reacciona inmediatamente después de haber practicado el primer despido en el que se incumplieron los requisitos formales llevando a cabo un nuevo despido, siempre, eso sí, cumpliendo con las obligaciones formales para la eficacia del nuevo despido que señala el precepto señalado: realizarlo dentro del plazo, abono de los salarios de tramitación y mantener en alta al trabajador en la Seguridad Social.

Que se trata de un nuevo despido es evidente. De entrada, se explicita de manera expresa, y por dos veces, por el propio art.55.2 ET:

"(...) el empresario podrá realizar un nuevo despido (...) Dicho nuevo despido (...)".

Además, los requisitos mentados para el nuevo despido, dan la apariencia de que el contrato haya estado vigente durante ese período de tiempo y se extinguiese sólo a partir de la segunda extinción. Como es lógico, de esta regulación se deduce que el segundo despido enerva la eficacia del primero, de manera que el hecho de volver a despedir significa que el acto anterior no produce ningún tipo de efecto extintivo.

Por otro lado, hemos de tener en cuenta que el nuevo despido puede ser juzgado tanto en sus aspectos causales como formales, ya que los efectos del despido anterior desaparecen como si no hubiese existido, y el nuevo despido puede ser analizado en su totalidad en sede judicial.

Debe observarse que la regulación establece que se trata de un plazo de 20 días. Dicho plazo coincide con lo establecido en el artículo 59.3 del ET, es decir, el plazo de caducidad para demandar por despido. Es evidente que la intención del legislador es la de

permitir que el empresario vuelva a despedir al trabajador, corrigiendo los errores formales siempre que lo haga antes de que se agote el plazo de caducidad de la acción de despido. Agotado dicho plazo sin que se haya demandado por parte del trabajador, ya no es necesario volver a despedir, pues los efectos extintivos del despido, aún con vicios formales, se han producido. Pero el establecimiento de este plazo de 20 días tiene una segunda consecuencia: el empresario tiene la posibilidad de volver a despedir, pero siempre que el trabajador no haya presentado la demanda de despido.

A partir de este momento no será posible volver a despedir al trabajador, al haberse abierto el proceso, será necesario que se dicte sentencia. En algún caso la jurisprudencia incluso apura más señalando que es posible la subsanación antes de la citación de la empresa para los actos de conciliación y juicio, tal como ocurre con la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril 1984, en la que se plantea el problema de que la empresa subsanó el mismo día en que se presentó la demanda, afirmándose que *"siempre lo estaría antes de la citación de la empresa para los actos de conciliación y juicio, hasta cuyo momento era posible válidamente subsanar aquella omisión del despido verbal*".

5.2 El nuevo despido posterior a la sentencia

Una vez que se dicte sentencia, y se haya declarado la improcedencia del despido por vicios de carácter formal, se podrá volver a despedir al trabajador corrigiendo los errores formales. Esta posibilidad se regula en el artículo 110.4 de ña LRJS. En este caso, el plazo del que dispone el empresario es de siete días, que comienzan a computarse a partir de la notificación de la sentencia, siendo un plazo de caducidad. Debe tenerse en cuenta, tal como ha puntualizado la STS de 1 de octubre de 1990, que en estos casos la Sentencia ha de ser firme para que comience a computarse el plazo de siete días.

Por otra parte, hemos de señalar que el contrato en este supuesto permanece vivo entre el primer despido y el segundo. Es decir, se ofrece al empresario la posibilidad de volver a despedir, por los mismos hechos, corrigiendo los errores o vicios formales, pero el primer despido pierde sus efectos. En consecuencia, es necesario que el empresario abone los salarios del período intermedio, así como que mantenga al trabajador dado de

alta ante la Seguridad Social, es decir, se ha de actuar como si nunca se hubiese extinguido el contrato de trabajo.

El verdadero significado de esta posibilidad cobra todo el sentido en el ámbito del despido disciplinario, siendo la principal virtualidad que tiene este plazo de siete días para volver a despedir, el que durante ese período de tiempo no correría el plazo de prescripción de los posibles incumplimientos contractuales del trabajador.

De otro lado, debemos tener en cuenta que la posibilidad de volver a despedir supone cumplir con los requisitos formales en un plazo de tiempo ciertamente corto, lo que supone que podrían plantearse problemas derivados de cumplimiento, sobre todo desde el punto de vista de entregar la comunicación al trabajador.

El hecho de que nuestro ordenamiento establezca plazos (veinte y siete días) para el nuevo despido, no impide un posterior despido por causas distintas. De esta manera, habría dos despidos sucesivos, ambos con efectos, de modo que el primero debería enjuiciarse, dictarse sentencia, si se opta por la readmisión del trabajador podría pasarse al segundo despido y enjuiciar las nuevas causas de extinción, que podrían terminar en nulidad, improcedencia o procedencia, con los efectos correspondientes en cada caso. Dicho de otra manera, si el segundo despido no es "subsanación" del anterior por hacer referencia a causas nuevas, el primero sigue con plenos efectos y habrá que estar al mismo con todas las consecuencias negativas que pueda tener para el empresario.

5.3 El carácter imperativo del plazo de subsanación en el despido por causa económica

Sentadas las bases de la caducidad del plazo exigible en la actuación del empresario que procede por la vía de la subsanación, debemos analizar una eventualidad, no resuelta en la doctrina jurisprudencial, que se produce a tenor de la referida imperatividad del plazo de subsanación, en concreto en el supuesto del despido por causas económicas. Y ya dispuestos a llegar a resultados concluyentes, debemos descender al fundamento mismo y a la hermenéutica desde el punto de vista sistemático del propio

artículo 110.4 de la LRJS, para entender el alcance fáctico que supone la aplicación de dicha norma jurídica en sus propios términos.

Nos hallamos en una casuística muy particular, que se plantea en un contexto de dificultades económicas de la empresa, subyacente a un despido declarado improcedente por razones de forma. Por tanto, estamos ante un supuesto en el que se ha dictado una sentencia y por consiguiente la empresa está en su derecho de ejercitar la opción correspondiente. No cabe duda, de que la subsanación del despido, es una potestad del empresario, tanto en el despido disciplinario como en el despido por causas objetivas.

Del mismo modo, el trabajador no es inmune a la posibilidad de un nuevo despido por diferentes causas, fuera del plazo de subsanación. La cuestión es ¿qué ocurre en los despidos por causas económicas?, ¿pueden considerarse diferentes causas económicas las subyacentes en una misma empresa que ha permanecido en crisis durante todo el período transcurrido desde el primer despido?

Debemos partir de un hecho incontrovertible, la finalidad garantista del art. 110.4 de la LRJS. Este aserto cobra pleno significado si tenemos en cuenta que la norma se encuadra dentro del Capítulo II Sección 1ª de la ley procesal, referente a los despidos disciplinarios. En virtud de este precepto, el legislador permite al empresario, que ha sido condenado en sentencia firme por despido disciplinario improcedente y haya optado por la readmisión, efectuar un nuevo despido dentro del plazo de 7 días desde la notificación de la sentencia.

Igualmente es incontrovertible, y así ha quedado expuesto en el cuerpo de este análisis, que este despido no constituye una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surte efectos desde su fecha. Pero, aunque no haya subsanación, se trata de un despido por la misma causa y lo que permite el precepto es superar de esta forma la posible prescripción de la supuesta infracción que motivó la decisión extintiva del empresario. La nueva causa de despido puede invocarse válidamente, porque esta ha quedado imprejuzgada por la sentencia que ha enjuiciado sólo los aspectos formales del primer acto extintivo.

Así pues, no hemos de perder de vista que el origen de este cauce procesal, se establece en los presupuestos de los despidos disciplinarios. Pensado así, la finalidad de esta norma es evitar que, por la inobservancia de los requisitos formales exigidos por la Ley, queden sin sanción incumplimientos graves del trabajador susceptibles de determinar la procedencia del despido y por ello se da una segunda oportunidad a la empresa, abriendo un nuevo plazo para sancionar, en su caso, por las mismas faltas que, de otra manera, estarían ya prescritas, de forma que tras la notificación de la sentencia dispone de otro período de siete días para comunicar en forma el despido.

Es aquí donde cobra todo el sentido el precepto analizado, encajando perfectamente el diseño de una norma jurídica que surge ante una necesidad de dar respuesta a una casuística específica, la de cubrir una hipotética laguna legal que dejaría impunes aquellos hechos graves del empleado que hubiera sido despedido con defectos formales.

Ahora bien, cuando se trata de aplicar este precepto a las decisiones extintivas por razones diferentes a las disciplinarias, la situación cambia. La primera contingencia surgiría en la aplicación del artículo 110.4 de la LRJS para los despidos objetivos por causas económicas, a la vista de que el legislador no ha visto la necesidad de dar solución específica a la subsanación de estos despidos declarados improcedentes por razones formales. No existe en la ley tal previsión expresa.

No obstante, por imperio de la ley ritual y en virtud del artículo 120 de la LRJS, se habilita esta posibilidad, remitiendo los procesos derivados de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, a las normas contenidas en el Capítulo relativo a los procesos por despidos y sanciones y conectando así, el ámbito de los despidos objetivos con la posibilidad de subsanación del artículo 110.4 de la LRJS.

Llegados a este punto, la cuestión que se nos plantea es, si el mismo traje a medida de los despidos disciplinarios, cuyo modo de extinción contractual es tan subjetivo en los fundamentos que lo sustentan y en la forma en que se encauzan, sirve para los despidos objetivos, en particular, por causas económicas, dotados de una idiosincrasia absolutamente diferente a aquellos.

De la ponderación de estos últimos, extraemos conclusiones que justificarían una doctrina contraria a la tesis de la posibilidad de volver a despedir por las mismas causas económicas del anterior despido.

El primer reproche a la permisibilidad es que la empresa pueda sustentar un despido en hechos posteriores a la primera extinción de la relación laboral y anteriores a su readmisión, cuando ni el propio trabajador se hallaba en la empresa por estar despedido (Recordemos que, en el supuesto analizado, un procedimiento de despido declarado improcedente por razones de forma, en el mejor de los casos puede durar un trimestre). Igualmente, no podemos perder de vista que a la situación en la que el empresario decide un segundo despido se ha llegado necesariamente tras una sentencia declarativa de improcedencia que obliga a la empresa a ejercer su derecho de opción, es decir, a readmitir o indemnizar. De modo que, en el momento de la readmisión, y por la idiosincrasia de estos despidos, la empresa va a estar siempre incursa en causas económicas. El patrono conocerá siempre antes de readmitir al empleado, las razones por las que volverá a deshacerse del trabajador, y este es el presupuesto que legitimaría un despido fraudulento, en el caso de que admitiéramos esta posibilidad de despido por reiteradas causas económicas.

Es cuestionable, por tanto, que por esta razón pueda habilitarse un segundo despido objetivo sobre las mismas causas económicas, subsanando la improcedencia del primitivo, porque de esta manera se dejaría vacío de contenido el despido improcedente por razones de forma en estos supuestos. Si el propósito del empresario es eludir el cumplimiento de una sentencia que quedó firme, que le obliga a optar por la readmisión o la extinción indemnizada de la relación laboral, le basta con una comunicación escrita por la que simultáneamente se readmite y despide nuevamente al trabajador reproduciendo las mismas causas, salvando las caras consecuencias de tener que indemnizar.

Pese a todo, nuestro ordenamiento sí permite al empresario acogerse a esta oportunidad, habilitando una excepción, la subsanación del despido. En este sentido, la lectura de las reglas contenidas en los artículos 53.4 y 55.2 del ET son expresivas de que la posibilidad de un nuevo despido por las mismas causas del anterior, es posible, aunque limitada a los casos en que trata de subsanar los defectos de forma que motivaron un

pronunciamiento de improcedencia del primero basado en la existencia de irregularidades y en conexión con la norma procesal. De esta manera, se propicia la excepción, pero siempre sometida a los requisitos formales que equilibran el derecho de acción del empresario y el derecho de defensa del trabajador, esto es, que se realice con la única posibilidad que la normativa procesal laboral permite, la de su ejercicio por el cauce del artículo 110.4 de la LRJS, dentro del plazo insuperable de siete días.

Y llegados a este extremo, echamos en falta una línea interpretativa jurisprudencial, que determine la *vis atractiva* hacia el plazo de ejercicio de la acción que habilita el artículo 110.4 de la LRJS si se opta por readmitir en empresas incursas en causas económicas por las razones expuestas que, a fin de evitar un uso fraudulento de la readmisión del trabajador con la intención preconcebida de volver a despedirlo, deje sin valor como nuevo despido al realizado extemporáneamente.

Sirva como referente, un caso particular que ha sido codirigido por el dicente y que ha dado lugar a un recurso de casación para unificación de doctrina sobre este hecho controvertido, partiendo de que el Tribunal Superior de Justicia de Asturias admite como nuevas causas extintivas de carácter económico, las acaecidas en la empresa durante el plazo en que el trabajador estuvo despedido hasta su readmisión tras sentencia condenatoria por razones de forma. Este planteamiento habilitó al empleador a despedir nuevamente sin observar el plazo del artículo 110.4 de la LRJS. Así lo resolvió el TSJ Asturias en Sentencia 347/2015 de 20 de febrero de 2015.

En sentido opuesto, y como sentencia de contraste, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, da un paso firme en el fondo del asunto, forjando, creemos que con buen criterio, la finalidad garantista perseguida por el precepto para entrar directamente en el espíritu de la norma y apuntalar el carácter de orden público que la abandera. Es contundente el criterio de este tribunal, no solo en la definición de un plazo máximo de caducidad, de carácter imperativo y preprocesal, sino declarando en su Sentencia 2882/2012 de 26 de noviembre de 2012:

"que la acción del empresario más allá de los 7 días concedidos por el precepto para ejercitar una nueva decisión extintiva sobre las mismas causas económicas, está caducada porque sólo se puede entender correctamente efectuada si se realiza dentro del

plazo fijado por el mencionado precepto, incluso aunque se aleguen, además, hechos distintos, con las consecuencias inherentes al incumplimiento del plazo legal."

En esta línea, y, por consiguiente, no cabe duda de que las consecuencias inherentes al incumplimiento del plazo legal de caducidad del artículo 110.4 de la LRJS, deberían ser similares a las que tiene para el trabajador incumplir el plazo del artículo 121 de la LRJS, es decir, fuera del plazo preclusivo, la acción fenece.

Como nota final, se ha de subrayar que las circunstancias de la economía actual, a las que se suman las últimas reformas laborales, suponen un campo abonado para los despidos de este carácter y en consecuencia para los litigios en esta materia. Hay que resaltar que la controversia suscitada anteriormente está en visos de ser resuelta por el /Tribunal Supremo en vía de recurso de casación 1507/2015, que recientemente ha sido admitido a trámite por el alto tribunal, mediante Providencia de 8 de abril de 2016.

5.4 La retractación del empresario

Fuera de la figura de la subsanación del despido, no podemos finalizar nuestro estudio sin la referencia a dos conceptos que por su apariencia formal pudieran ser acogidos como subsanación, como son la retractación del empresario y el despido *ad cautelam*. Comenzando por el primero, debemos situarnos en la posibilidad de que el empresario, *motu proprio*, quiera dejar sin efecto el despido realizado, por cualquier motivo, y que a modo de arrepentimiento ofrezca unilateralmente la readmisión al trabajador.

El despido extingue por sí mismo el contrato, y para la rehabilitación del vínculo, a falta de una resolución judicial, es preciso un acuerdo de ambas partes, no bastando con la mera voluntad empresarial de dejar sin efectos el despido, retractándose del mismo. Hay que tener en cuenta que el trabajador no está obligado a aceptar la readmisión ofrecida por el empresario cuando éste ya le ha despedido y, aunque no la acepte, no pierde por ello la acción para impugnar el despido practicado en vía judicial, con las consecuencias legalmente previstas. La retractación, por tanto, no restablece el contrato

extinguido ni su rechazo por el trabajador constituye dimisión ni abandono, según jurisprudencia del Tribunal Supremo[7] (STS de 8 de julio de 2013, rec. 1928/2011).

Por consiguiente, una vez producido el despido, si el empresario cree que ha incurrido en algún defecto formal que pudiera dar lugar a su declaración de improcedencia o de nulidad, no puede retractarse del despido para practicar uno nuevo, sino que ha de acudir a la subsanación del despido, siempre que no haya superado el plazo de 20 días desde la notificación del primer despido.

5.5 El despido ad cautelam

Finalmente, merece una mención especial el despido cautelar o *"despido ad cautelam"*, que, sin ser una subsanación de un despido anterior, puede llegar a confundirse con esta por las similitudes y la dualidad de decisiones extintivas que adopta el empresario al respecto, en un mismo plazo temporal (STS de 30 de marzo de 2010, rec. 2660/2009; STS de 16 de enero de 2009, rec. 88/2008; STS de 15 de noviembre de 2002, rec. 1252/2002).

El despido *ad cautelam* no es más que un despido dentro de otro despido, es decir, es una decisión extintiva que se produce en tanto se tramita la impugnación de una anterior, quedando los efectos de aquella subordinados al desenlace de la precedente. De esta manera, estamos frente a un despido nuevo por motivos siempre distintos al anterior, que de otra forma no evitaría la litispendencia, cuyos efectos no han adquirido todavía firmeza por estar sometido a las resultas del litigio seguido para la calificación del anterior despido.

Cabe decir que la extinción cautelar no solamente es posible por motivos disciplinarios, sino por cualesquiera otras causas de extinción del contrato de trabajo sobrevenidas o conocidas con posterioridad al primer despido practicado.

[7] El TS estima el recurso de la trabajadora y declara la improcedencia del despido. *"No puede aceptarse que la sola voluntad empresarial de dejar sin efecto una decisión extintiva ya comunicada y hecha efectiva vincule al trabajador y le obligue a reanudar una relación contractual que ya no existe. La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"* (FJ 3).

El propósito de este tipo de despidos y extinciones cautelares es garantizar una respuesta inmediata al surgir una segunda causa de extinción del contrato cuando este ya se ha extinguido por despido, pero el despido ha sido impugnado, evitando el transcurso de los plazos de prescripción, frente a incumplimientos contractuales producidos o descubiertos tras la extinción de la relación laboral u otras causas extintivas, y siempre y cuando la relación laboral no quede definitivamente extinguida en el curso de las actuaciones subsiguientes a la impugnación del primer despido.

Siempre hay que dar preferencia al enjuiciamiento del primer despido, y atenerse a la sentencia firme que resuelve la impugnación del mismo, puesto que solamente si éste es declarado improcedente o nulo y la empresa queda obligada a la readmisión, surte sus efectos el despido cautelar.

A modo de síntesis, podemos decir que los elementos constitutivos de un despido de esa naturaleza son los siguientes:

a) Sucesión en el tiempo de dos decisiones extintivas (sin ser necesariamente las dos despidos).
b) El desenlace de la primera decisión condiciona a la segunda.
c) La confirmación de los efectos extintivos en el primer despido deja sin efecto el realizado cautelarmente.

BIBLIOGRAFÍA

- Falguera Baró. M. A. 2013. "La causalidad y su prueba en los despidos económicos, técnicos, organizativos y productivos tras la reforma laboral", Editorial Bormazo.
- Francis Lefebvre. 2016. Memento práctico Procedimiento Laboral, El Derecho S.A.
- Francis Lefebvre. 2016. Memento práctico Social, El Derecho S.A.
- García Gómez de la Flor. Mª E.; Velasco Paños M. 2008 "Protocolos de despido", Editorial Tirant lo Blanch.
- Lex Nova. 2012. Monografía: El despido. Aspectos Sustantivos y Procesales. http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/193414/el-despido-formalmente-incorrecto-la-posibilidad-de-efectuar-un-nuevo-despido.
- Lluch Corell. F. J. "Improcedencia del despido: la opción por la indemnización en el RDL 3/2012", Revista Jurídica El Derecho.com.
- Tuset del Pino. P. 2004 "Manual práctico sobre procedimiento para la extinción de la relación laboral", Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A.
- 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. Publicado en: «BOE» núm. 255, de 24/10/2015.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Publicado en: «BOE» núm. 245, de 11/10/2011.
- Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1988, 28 de abril de 1997 y 18 de enero del 2.000.
- Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1.990, 13 de diciembre de 1.990 y 22 de febrero de 1993.