

Revista del Foro Canario

91

Las Palmas de Gran Canaria, 1995



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario

IMPRIME: IMPRENTA PÉREZ GALDÓS, S.L.
PROFESOR LOZANO, 25 - EL CEBADAL
35008 LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DEPÓSITO LEGAL: G.C. 258/80

I.S.S.N.: 0211-0903

LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL Y EL DESPIDO DISCIPLINARIO

VICENTE ÁLVAREZ PEDREIRA
ABOGADO

SUMARIO

1. ANTECEDENTES.
2. FORMA Y EFECTOS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO.
 - 2.1. Precedentes.
 - 2.2. La nueva Normativa.
 - 2.3. Consecuencias del Despido Improcedente.
 - 2.4. Procedimiento Laboral.
 - Artículo 104. Requisitos de las Demandas de Despido.
 - Artículo 108. Sentencia de Despido.

Artículo 109. Consecuencia de la Procedencia.

Artículo 110. Consecuencia de la Improcedencia.

Artículo 111. Recurso de la Sentencia de Despido.

Artículo 112. Sentencia de Representante Sindical.

Artículo 113. Consecuencias del Despido Nulo.

3. CONCLUSIONES.

1. ANTECEDENTES

Dentro de las medidas adoptadas por el Gobierno para la Reforma del Mercado Laboral, unas, como las relativas al Fomento de la Ocupación, se producen inicialmente mediante una Disposición Legislativa que adopta la forma del Real Decreto-Ley, y luego se convierte en Ley, y otras, como las que regulan las Empresas de Trabajo Temporal y modifican el Estatuto de los Trabajadores, en materia de Movilidad Funcional y Geográfica, Despido, Salario, Jornada y Negociación Colectiva, por Ley, previa la tramitación Parlamentaria de los correspondientes Anteproyectos. En este sentido operan, la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del Texto Articulado de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, la Ley 14/1994, de 1 de junio, sobre Empresas de Trabajo Temporal y la Ley 14/1994, de 19 de mayo, por la que se incluye una Disposición Adicional Cuarta en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

Al examinar la Coyuntura Laboral, anterior a la Reforma, y referirnos al marco legal de las relaciones laborales en España, en esos momentos, hay que partir, como Norma clave de Derecho necesario, del Estatuto de los Trabajadores que, ahora, se reforma que, por otra parte, consagra un tratamiento jurídico que pasaba, de la fase anterior de fuerte intervencionismo gubernamental en el mundo del trabajo, a otra en la que, sin abandonar totalmente la actividad normativa del Poder Público, se pretendía una mayor participación de los Agentes Sociales.

Reconocidos ampliamente en la Constitución los llamados Derechos Colectivos de Trabajo (Huelga, Libertad de Sindicación, Negociación Colectiva, Conflictos, etc.), el marco de relaciones laborales resultante de su desarrollo legislativo, garantizados estos derechos, al mismo tiempo que los Principios de Libre Empresa y Economía de Mercado, no podía tener —en pleno año 1980— un carácter tan intervencionista y tuitivo como el propio de la etapa política anterior.

Cumpliendo el mandato del artículo 35, nº 2, de la Constitución, se aprueba, por Ley de 10 de marzo de 1980, un Estatuto de los Trabajadores, que, en síntesis, reúne los requisitos siguientes:

a) Trata de potenciar el empleo aumentando la contratación; para ello se regula ampliamente la contratación provisional.

El Estatuto de los Trabajadores —como nos dice Martínez Emperador— en materia de contratación temporal, utiliza o consagra dos distintos sistemas de alguna manera contradictorios entre sí: el sistema normal o estructural, que descansa en el principio de estabilidad en el empleo y que sólo permite, por tanto, la contratación temporal para atender necesidades de la Empresa de carácter transitorio o pasajero y el sistema excepcional o coyuntural, que autoriza esta contratación sin necesidad de motivación objetiva, siempre que se realice acogiendo a la modalidad temporal de Fomento de Empleo.

El lograr una mayor flexibilidad en la regulación de los contratos temporales tiene su causa, aunque parezca contradictorio, en la necesidad de promocionar el empleo. En este sentido —Rafael Calvo Ortega— en la presentación del Estatuto ante el Congreso, decía: *“Pensamos que, en estos momentos, la dialéctica contratación indefinida, contratación temporal, es falsa e irreal y que la auténtica dialéctica, en una situación de crisis, es contratación temporal, contratación a tiempo parcial y paro”*.

María del Mar Ruiz Castillo señala *que el debate en torno a la duración del contrato de trabajo está presente, en los últimos años, en todas las experiencias comparadas. Cada vez más se cuestiona la defensa indiscriminada de la estabilidad en el empleo y la concepción restrictiva y subordinada de la contratación temporal*.

La tendencia a hacer uso de la contratación temporal, como medida de política de empleo —nos dice López Gandía— es general y se produce en otros ordenamientos jurídicos europeos. Adelantamos que, al final, la Reforma no rompe del todo esta tendencia.

b) Potencia la autonomía de las partes; para ello se da un gran juego a la negociación colectiva, limitándose el Estatuto en muchos casos, a señalar unos mínimos de garantía. Las antiguas Reglamentaciones y Ordenanzas de Trabajo quedan como Derecho residual y serán sustituidas por los Convenios Colectivos. Las relaciones laborales serán discutidas y normalizadas por Pactos entre las partes: trabajadores y empresarios, sobre la base mínima que es el Estatuto, y en Convenio Colectivo. El Ministerio de Trabajo ya no va a poder —aunque quiera— dictar Normas que regulen las relaciones de trabajo.

c) Vertebrar las relaciones laborales a través de la potenciación de los Sindicatos y Asociaciones Empresariales; el Estatuto, al legitimar para negociar a los interlocutores que se reconozcan capacidad para ello, es un elemento importante de robustecimiento de Sindicatos y Patronales.

d) Homologa nuestra Legislación Laboral con la Europea y recoge la Doctrina de la O.I.T. y los Reglamentos y Directivas de las Comunidades Europeas en materia social.

No es aceptable la comparación parcial del Estatuto con la Legislación Laboral anterior, pues ésta negaba o limitaba fuertemente los derechos colectivos (Huelga, Sindicación y Negociación), a cambio de ampliar algunos derechos individuales (horas libres de los miembros de los Jurados de Empresa e indemnizaciones por Despido Improcedente). Si se quieren hacer comparaciones deben hacerse en bloque.

Si es útil e ilustrativa la comparación con las Legislaciones Laborales de los Países de la C.E.E. y, en este sentido, el Estatuto es perfectamente homologable a la Legislación de cualquier país de la Comunidad e incluso supera en bastantes puntos a la de ésta.

La Reforma que comentamos, para enmarcar dentro de ella las modificaciones experimentadas en el despido disciplinario, es más profunda que la derivada de las variaciones establecidas con anterioridad y, a partir del año 1984, en el Estatuto de los Trabajadores y que no fueron excesivas.

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, en las “Jornadas de debate sobre la Reforma Laboral” organizadas por AEDIPE, en Madrid, el 4 de febrero de 1994, señala:

*“Yo diría, por utilizar algún adjetivo, que es una reforma totalmente **necesaria** para no morir, es decir, pienso que es indiscutible que hay que reformar la Legislación Laboral Española. Tengo la satisfacción personal de que cuando en el año 1979 estábamos predicando por las Plazas de España las bondades del Estatuto de los Trabajadores tuve que inventar alguna fórmula sintética de lo que era aquello y yo decía que el Estatuto era arbitral, gradualista y posibilista. Y al decir gradualista y posibilista lo que queríamos decir era que en ese momento no se podía hacer más que lo que se hacía, era un avance, pero siempre pensando que con las circunstancias aquello podría ser cambiado, como ahora ha ocurrido en esta reforma tan importante anunciada”.*

Vamos a seguir —en síntesis— a Sagardoy en la exposición antes reseñada, indicando, con él, que el segundo adjetivo que pondríamos a la Reforma es que es **insuficiente**. Cuando uno profundiza se ve que es una reforma profunda, y que, desde luego, si se aprueba va a suponer un cambio trascendente en nuestras relaciones laborales. Pero no es la solución a todos nuestros males, no es así, porque si no se abordan otras reformas importantes en nuestro país, con esta reforma habremos hecho muy poco, hacer que el conflicto social se agudice y a lo mejor muy poco más.

No es traumática. Y preocupa que se haya presentado esta reforma como el principio y el fin de las cosas, es decir, España amanecerá de nuevo cuando se apruebe en las Cortes esta reforma laboral. Creo que habremos dado un paso de los muchos que hay que dar para poder seguir avanzando en un camino que nos coloque en un puesto digno entre los países europeos.

Es una Reforma no consensuada. En este punto creo que el consenso es algo aconsejable, pero, en absoluto, necesario y, por tanto, tenemos que acostumbrarnos y se tienen que acostumbrar los Sindicatos a que las reformas se hagan vía parlamentaria.

Es traumática. Es una reforma *traumática*, quirúrgica y esto, evidentemente, va a hacer sufrir al cuerpo social.

Sagardoy termina señalando que, estas Normas liberalizan, judicializan y sindicalizan.

Liberaliza. La reforma es muy profunda, aunque está técnicamente hecha de un modo muy farragoso, es decir, desde el punto de vista técnico es muy complicada de entender, por ejemplo, en el tema de movilidad funcional, de las categorías. Hace falta sentarse delante de una pizarra y empezar a ver con detalle las cosas. Pero aunque técnicamente tiene una lectura difícil, cuando se hace espacio se ve que produce una libertad en las actuaciones empresariales mucho más importante que la que ahora existe.

Judicializa. Efectivamente, esta Reforma, lo que ha hecho es que, ante el clamor de los empresarios, o de alguna parte de los empresarios, de que la Autoridad Administrativa es un mal que hay que erradicar de las relaciones laborales, ha dicho: “si no quiere usted la Autoridad laboral le vamos a dar la judicial, a ver qué tal le va”. Es un acto diabólico, porque, cuando un acto humano afecta a un tercero, no se puede dejar irrevisable, alguien revisa ese acto, obviamente. ¿Quién lo revisa? hasta ahora la Autoridad Laboral, con la que existían más facilidades de relación, pero el Juez es otra cosa distinta.

Va a ser tal el cúmulo de pleitos con esta reforma que realmente el cuerpo de Abogados está altamente satisfecho. Y, ¿por qué?, por ejemplo, estoy viendo a los Juzgados de lo Social con los Despidos organizativos, distintos de los disciplinarios que vamos a examinar. Va a ser tremendo cuando alguien decida por razones organizativas suprimir diez puestos de trabajo y no haya acuerdo. Entonces será el Juez quien decide si hay razones organizativas o no para suprimir diez puestos de trabajo. Esto va a ser algo verdaderamente tremendo porque habrá, por ejemplo, dos informes contradictorios de dos Auditorías, uno dice que sí y otro dice que no y el Juez dirá: “¿qué

quiere usted que le diga? ¿por qué me viene a mí con estas cosas, si le sobran veinte o le sobran diez?” Entonces, en la duda, el principio “pro operario”, no sobran y ya veremos a ver qué pasa.

Sindicaliza. Y, por último, sindicaliza, en el sentido de que muchos de los temas que antes estaban en el campo de la Ley los pasa al campo de los negociadores. Como en España no hay estrategias de negociación montadas bien, en general, no hay buenos negociadores. No se sabe negociar. Los interlocutores bajo ningún concepto o muy difícilmente —sobre todo a nivel de sector— son incapaces de abandonar sus posiciones previas, eso es intocable, siempre “ad maiorem”, nunca “in peius”. Los contenidos —y eso es clásico en los Convenios de sector— son pobríssimos, son casi siempre Jornada y Salario. Entonces, cuando viene una Ley que dice: miren ustedes, todo está a su disposición, hagan ustedes lo que les parezca conveniente, eso es diabólico también, porque dogmáticamente es el no va más, es la pureza absoluta democrática de relaciones laborales.

Se han detectado 23 nuevas cuestiones, para cuya concreción, el Legislador remite a la Negociación Colectiva, lo que determina que los Convenios Colectivos sean algo más que una tabla salarial. Alfonso Caldevilla, en *El País* de 29 de mayo de 1994, insiste en la necesidad de creación de una nueva cultura de autonomía de las partes a través de la Negociación Colectiva, sosegada y no de confrontación como hasta ahora. En caso contrario, la Reforma se plantearía como una misión imposible.

La Reforma del Estatuto se mueve en una doble dirección, potenciar el desarrollo de la negociación colectiva, como elemento regulador de las relaciones laborales y las condiciones de trabajo, e introducir mecanismos de adaptabilidad equilibradamente repartidos entre las distintas fases del desarrollo de la relación laboral.

La Ley 11/1994, de 19 de mayo, que modifica determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, concretamente los referidos al despido disciplinario, del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, constituye una de las que determina la denominada Reforma Laboral, y pretende, como señala su Exposición de Motivos, lograr una necesaria mejora de la competitividad, sin que desaparezcan las garantías legales de la posición individual de los trabajadores o las facultades colectivas expresadas en la Negociación Colectiva.

2. FORMA Y EFECTOS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

2.1. Precedentes.

El artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, en su redacción inicial, señalaba que el despido —como cese por razones disciplinarias acordado por el empresario— deberá ser notificado por escrito, en el que han de figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto.

El Despido, según esta redacción anterior, podía ser calificado como Procedente, Improcedente o Nulo.

El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. En caso contrario, será improcedente. En el primer supuesto el contrato de trabajo queda extinguido sin derecho a indemnización y, en el segundo, el empresario podrá optar entre la readmisión y una indemnización.

Será nulo el despido cuando el empresario no cumpliera los requisitos de la comunicación escrita y, en este supuesto, se determina la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

En definitiva, con carácter general, y como se expresó en el debate del Estatuto de los Trabajadores en el Senado, la solución de permitir sustituir la readmisión por la indemnización, siendo el cese indebido, ha estado presente en situaciones distintas, incluso cuando no estaban reconocidos los derechos colectivos del trabajador. Por otra parte, la indemnización sustitutiva, que establece el Estatuto, 45 días por año de servicio, se consideraba la mayor de la Legislación Europea y se fijaba, además, por entender que la readmisión obligatoria produce o tiene efectos negativos en la creación de puestos de trabajo.

Digamos, en primer lugar, que las incidencias de la década de los 80, al no prosperar la pretensión de sustituir la carta de despido por trámites más complicados; el establecimiento de un procedimiento indemnizatorio para los despidos nulos análogo del previsto para los improcedentes y el considerar como radicalmente nulos los despidos discriminatorios y obligar, en estos casos, a la readmisión, mantiene, en su conjunto, la supremacía de la indemnización como fórmula generalizada o más frecuente para resarcir los despidos injustificados.

La Ley Procesal de 1990 vuelve a la clasificación del despido disciplinario, que pudiéramos llamar “tradicional”, y existente en el inicial Estatuto de

los Trabajadores, de Procedente, Improcedente y Nulo, para lo que integra, dentro de este último, aquellos otros que había creado el propio Tribunal Constitucional, como era el denominado nulo radical.

El artículo 108, nº 2, del Texto Articulado de Procedimiento Laboral de 1990 considera nulo el despido en los siguientes casos:

a) Cuando el empresario no hubiese cumplido los requisitos exigidos en el nº 1 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores; es decir, cuando falta la carta de cese.

b) El realizado con omisión o defectos en el procedimiento disciplinario establecido legal o convencionalmente. Si se trata de despido de los representantes legales de los trabajadores y de delegado sindical, necesariamente deberán haber sido oídos los restantes miembros de la representación a que el trabajador perteneciera, si los hubiere.

c) El despido de los trabajadores afiliados a un Sindicato, realizado sin la previa audiencia de los delegados sindicales, si los hubiera, siempre que al empresario le conste su condición de afiliado.

d) El que tenga como fundamento alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o la violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

e) El de los trabajadores con contrato suspendido, para el caso de que no se declare su procedencia.

Marín Correa nos dice que la nulidad del despido, en los términos examinados del artículo 108, no es un concepto unívoco, sino que, en su generalidad, abarca los tres conocidos supuestos de la nulidad: por razón de la forma, de la nulidad consecuencia de ser improcedente el despido que incide sobre un contrato suspendido, y del despido radicalmente nulo.

La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1994, nos dice que el Legislador delegado mantiene la definición clásica de despido procedente (cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación). Introduce nuevas figuras de despido nulo en una lista de cinco supuestos (entre ellos, el discriminatorio o con violación de derechos fundamentales) y reserva para los casos restantes la calificación de improcedente.

Con arreglo a esta regulación —la aplicable desde 1990 hasta la fecha, señala Ramón Ruíz Jiménez— existen tres tipos de Despido: Procedente, Improcedente y Nulo, recogiendo bajo esta última calificación todos los

supuestos que antes aparecían dispersos y en algún caso fuera del Estatuto y de la Ley de Procedimiento Laboral, con lo que, evidentemente, el supuesto queda reforzado y ampliado el campo de este tipo de cese que, frente a la posibilidad empresarial de optar —ante el despido— entre indemnización y readmisión queda obligado a reincorporar.

2.2. La nueva Normativa.

La nueva redacción del artículo 55, la que hace la Ley que comentamos 11/1994, después de dejar invariable el artículo 54 referido a las causas de despido disciplinario —que seguirán, por tanto, siendo las mismas— es evidente que, en la práctica, reduce los supuestos de readmisión obligatoria, al conservar la calificación de cese nulo sólo para los que tengan por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución y en la Ley, o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, o en los ceses objetivos cuando se hubieran incumplido las formalidades existentes al respecto, excluyendo, por tanto, los referidos a infracciones formales, como el realizado con omisión o defectos de procedimiento, sin carta de cese, los que tienen el contrato suspendido y con falta de audiencia de los Delegados Sindicales, con lo que, insistimos, las condenas de readmisión obligatorias se reducen.

Es curioso que fuerzas políticas que, en 1980, en el Debate Parlamentario, defendían, como única solución ante un despido injustificado, la readmisión, ahora, han propiciado, y aceptado, que se reduzcan los supuestos de ceses nulos.

El Profesor de la Villa señala que los supuestos de despidos disciplinarios nulos —que obligan al reingreso automático del trabajador— se reducen al no considerar como tales los motivados por defectos de forma. Según su estimación el 90% de aquellos despidos calificados como nulos se convertirán en improcedentes, por lo que el empleador no estará obligado a reincorporar al trabajador en el puesto de trabajo.

Se resalta una diferencia, que se ha estimado discriminatoria, frente a otros ceses no disciplinarios, como son los despidos objetivos o por regulación de empleo, para los que la nueva Normativa, en caso de defecto de forma, los considera nulos, posiblemente, como compensación, por tener éstos un tratamiento indemnizatorio —20 días por año de servicio y un máximo de 12 mensualidades— inferior a los 45 días que tiene el disciplinario que comentamos.

Un grupo de Abogados Laboralistas vinculados a U.G.T., CC.OO. y Expertos en Derecho del Trabajo, pertenecientes a la ASOCIACIÓN IUS

LABORALISTAS DE ESPAÑA, se encuentra terminando de elaborar un Dictamen donde plantean la posible “inconstitucionalidad” de algunos de los preceptos de las nuevas Normas introducidas en la Reforma Laboral y, concretamente, el nuevo tratamiento del despido disciplinario, pues, suprimiendo supuestos de despido nulo, y considerándolos improcedentes, estiman los indicados Experto que se priva al trabajador del derecho a la defensa y se otorgan mayores ventajas procesales a la Empresa. Por supuesto, la conversión en improcedentes de gran parte de los despidos nulos, no favorece a los intereses de los trabajadores, pero, a éstos, entendemos, no se les priva del derecho a la defensa, al mantenerse, al margen de este cambio y, esencialmente, los mismos medios de impugnación.

En el nº 1 de esta nueva redacción se reitera lo que al respecto establecía el texto anterior, en el sentido de que —el despido— deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto, sin embargo, en el texto de la nueva Ley, se añade un párrafo —para complementar la regla general anterior— señalando que, por Convenio Colectivo, podrán establecerse otras exigencias formales para el despido, autorizando, por tanto, a las partes, para establecer procedimientos distintos al de la simple entrega de la carta.

Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical, procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado —señala la nueva Normativa conforme también con la anterior Ley Procesal Laboral— los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese.

Si el trabajador estuviera afiliado a un Sindicato, y al empresario le constare, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho Sindicato.

Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior —sin carta, sin expediente de tratarse de un cargo sindical o sin dar audiencia previa al afiliado— el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumplierse los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que sólo surtirá efecto desde su fecha, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de 20 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.

El Despido será calificado —de acuerdo con la nueva Normativa— como Procedente, Improcedente o Nulo.

El despido se considerará procedente —igual que anteriormente— cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o, cuando en su forma, no se ajustara a lo establecido en el apartado 1 de este artículo; es decir, faltara la comunicación escrita, el expediente contradictorio o la audiencia del afiliado.

Se amplía, pues, el concepto de improcedente incluyendo en él los derivados de incumplimientos formales, que dejan de ser nulos y determinan, por tanto, no la reincorporación, sino la opción empresarial entre readmisión e indemnización.

Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir.

El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Es el apartado 7 del nuevo artículo 56, que refuerza la ejecutividad de la decisión inicial de despido, al entenderse —aclarando frente a la redacción inicial— que el Tribunal no decide el despido, sino que se limita a convalidar una decisión anterior del empresario.

Efectivamente, la Normativa anterior —como señala Sala— podía dar a entender que el cese era un mecanismo de resolución judicial y no extrajudicial que sólo producía la extinción a partir de la declaración judicial de procedencia del mismo. Para evitar esta apariencia, los nuevos artículos 55.7 del Estatuto de los Trabajadores y 109 de la Ley Procesal Laboral señalan que, en declaración de despido procedente, convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación.

2.3. Consecuencias del Despido Improcedente.

El artículo 56 —conforme la nueva redacción— establece, en su nº 1, que, cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación o el abono de las siguientes percepciones económicas, que deberán ser fijadas en la resolución:

a) Una indemnización de 45 días de salario, por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y hasta un máximo de 42 mensualidades, redacción exacta a la del texto anterior.

b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del 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.

El empresario deberá mantener en Alta al trabajador en la Seguridad Social durante el período correspondiente a los salarios de tramitación, lo que constituye una innovación y aclara la obligación de cotizar por el período de tramitación.

Quiere ello decir que podrá dar de baja al despedir, pero que, reclamado el cese, si el trabajador logra sentencia declarando la improcedencia, la Empresa tiene que cotizar con efectos retroactivos por el período de tramitación.

En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, la cantidad —los salarios de tramitación— quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la de la conciliación previa, si, en dicho acto, el empresario reconociera el carácter improcedente del despido y ofreciese la indemnización prevista para los mismos —45 días por año de servicios— depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador en el plazo de 48 horas siguientes a la celebración del acto de conciliación. Es una modificación importante sobre la Normativa anterior, que, aparte de abaratar el despido reduciendo la tramitación, al existir un reconocimiento previo de la improcedencia, impide que, en el Acto del Juicio, pueda discutirse ésta y sostenerse la procedencia. Efectivamente, se habla de depositar en el Juzgado de lo Social la indemnización, sin concretar, cuando en un lugar hubiera varios, en cuál de ellos, y sin aclarar qué pasa, si el indicado depósito y la demanda están en Juzgados distintos. Además, tampoco se concreta si el reconocimiento empresarial de la improcedencia, y el posterior depósito, evita la vista o la sentencia. Piénsese, por otra parte que, admitida por la Empresa la improcedencia, el trabajador, por el contrario, pudiera sostener la nulidad. Convendría concretar que sólo se trata —en este caso de depósito previo— de limitar el crecimiento de los salarios de tramitación, pero que ello no impide —salvo conformidad del trabajador— el juicio y la sentencia, calificando el despido, aunque sin la posibilidad del empresario de mantener —después de su reconocimiento de improcedencia— la procedencia del cese o la disminución de la indemnización ofrecida.

En distintas reuniones en que se ha planteado la cuestión, se da por seguro la existencia de una cierta corriente en el sentido de que, en el Decanato se recibe la indemnización, y que éste, después del reparto, transfiere la cantidad recibida al Juzgado al que hubiera correspondido tramitar el despido, que celebrara el juicio y asignara la indemnización en la sentencia, según proceda.

En el supuesto de no optar el empresario —vista la sentencia— entre la readmisión o la indemnización, se entiende que, como hasta ahora, procede la primera.

Si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a éste. De no efectuarse la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, ésta será obligada; salvo la inclusión del delegado sindical, el texto actual es igual que el previsto en la redacción inicial.

Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de 60 días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de los salarios de tramitación que hubiera adelantado al trabajador, correspondiente al tiempo que exceda de dichos 60 días.

Con ello, se concreta y aclara la obligación del empresario y, en estos casos, de adelantar los salarios de tramitación, sin perjuicio de su repetición frente al Estado.

2.4. Procedimiento Laboral.

La Reforma de la Ley Procesal Laboral, que produce la Ley 11/1994, se aprueba con la finalidad exclusiva de adaptar sus preceptos a las consecuencias, a su vez, de la Reforma de la Ley sustantiva, que examinamos anteriormente.

Así, las innovaciones en materia del Despido Disciplinario, que estamos examinando, aparte la ampliación de los ceses objetivos, los nuevos procesos sobre Movilidad Geográfica, modificaciones de condiciones de trabajo y Laudos sobre Elecciones, requieren nuevas Normas Procesales que permitan a la Jurisdicción cumplimentar adecuadamente las obligaciones que, por una Ley, se le asignan.

Antes, al comentar los artículos 55 y 56 del Estatuto, examinamos las variaciones experimentadas por la Reforma en la materia. En relación con

ello, ahora, la nueva Ley, en el Capítulo II del Título II del Libro Segundo del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, introduce las siguientes modificaciones:

Artículo 104. Requisitos de las Demandas de Despido.

El apartado d) de este artículo, referido a requisitos de despido, queda redactado de la siguiente forma:

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.

Se añade este requisito, además de mantenerse los generales y, concretamente, los referidos a lugar de trabajo, clasificación, características del trabajo, salarios, fecha del despido, forma, hechos alegados por el empresario, si se ostenta representación sindical, etc.

Con ello se adapta a la nueva circunstancia que considera improcedente este cese y no nulo como antes.

Artículo 108. Sentencia de Despido.

Como consecuencia de las innovaciones sobre despido este artículo queda redactado así:

1. En el fallo de la sentencia, el Juez calificará el despido como procedente, improcedente o nulo.

Será calificado como procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en el escrito de comunicación. En caso contrario, o en el supuesto en que se hubieren incumplido los requisitos de forma, establecidos en el número uno del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores, será calificado como improcedente.

2. Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

3. Si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas del número anterior, el Juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo.

En síntesis, se adaptan las calificaciones que procedan hacer en la sentencia en caso de despido, a lo establecido —y anteriormente comentado—

en los artículos 55 y 56, en el sentido de que, todos los ceses con incumplimientos formales, son improcedentes, y no nulos, y que los supuestos de éstos, de los nulos, se reducen exclusivamente a los que tengan como móvil la discriminación o la violación de derechos fundamentales.

Recordemos que, según de la Villa, el 90% de los anteriores despidos nulos se convertirán en improcedentes, sin imponerse, por tanto, la readmisión.

Artículo 109. Consecuencia de la Procedencia.

Se señala que, si se estima el despido procedente, se declarará convalidada la extinción del contrato de trabajo que aquél produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

La innovación consiste en que, en la redacción anterior, se decía que el Juez declaraba extinguida la relación laboral, mientras que, ahora, se matiza que, en este caso, lo que el Juzgador hace es convalidar una decisión anterior del empresario, lo que, aparte de aclarar la fecha real del cese, se ajusta más a la realidad, por cuanto el Juez no es quien extingue el contrato. El despido lo determina el Empresario, limitándose el Juzgador a rechazar o convalidar la decisión anterior.

Artículo 110. Consecuencia de la Improcedencia.

En el nº 1, se señala que, si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el nº 1, párrafo a) del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. La condena comprenderá, también, el abono de la cantidad a que se refiere el párrafo b) del propio apartado 1, con las limitaciones, en su caso, previstas por el apartado 2 de dicho artículo y sin perjuicio de lo establecido en el nº 5 del mismo. En síntesis, se concreta que, de no interesarle al empresario la readmisión, procede la indemnización de 45 días de salario por año de servicios hasta el máximo de 42 mensualidades y los salarios de tramitación.

En los despidos improcedentes de trabajadores cuya relación laboral sea de carácter especial, la cuantía de la indemnización será la establecida, en su caso, por la Norma que regule dicha relación especial. Con ello, se mantiene supuestos de indemnización, para estos casos, altos cargos, servicios domésticos, etc., con compensaciones, por ceses, inferiores a las generales.

En resumen, este artículo tiene igual redacción que el anterior, salvo que, al referirse al artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, se adapta a las innovaciones introducidas en éste y, concretamente, a que los salarios de tramitación quedan limitados hasta el día de la conciliación previa si, en ésta, el empresario reconociera la improcedencia del despido y ofreciese la indemnización que corresponde, depositándola en el plazo de 48 horas.

Al comentar el artículo 56, en su nueva redacción, resaltamos la falta de concreción existente respecto a este reconocimiento de improcedencia, y al depósito posterior de la indemnización, y a la tramitación —en este caso— del juicio.

En el nº 4 se señala que, cuando el despido fuese declarado improcedente por incumplimiento de los requisitos de forma establecidos y se hubiese optado por la readmisión, podrá efectuarse un nuevo despido dentro del plazo de 7 días desde la notificación de la sentencia. Dicho despido no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido, que surtirá efectos desde su fecha.

Es lo que, antes, estaba previsto para subsanar los despidos nulos por defectos de forma.

Artículo 111. Recurso de la Sentencia de Despido.

Se da una nueva redacción al nº 1 del artículo 111, que queda de la siguiente forma:

Si la sentencia que declarase la improcedencia del despido fuese recurrida, la opción ejercitada por el empresario tendrá los siguientes efectos:

a) Si se hubiere optado por la readmisión, cualquiera que fuera el recurrente, ésta se llevará a efecto de forma provisional en los términos establecidos por el artículo 295 de esta Ley. Quiere decir, aclaramos que, en este caso —opción a favor de la readmisión y no indemnización— el empresario, mientras se tramita el recurso, liquida al trabajador la retribución y éste continuará prestando sus servicios, salvo que la Empresa prefiera hacer el abono aludido sin compensación alguna.

b) Cuando la opción del empresario hubiera sido por la indemnización, tanto en el supuesto de que el recurso fuere interpuesto por éste como por el trabajador, no procederá la ejecución provisional de la sentencia, es decir, que el empleado cobre la retribución, si bien —en este caso— durante la tramitación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario. Si la sentencia que resuelva el recurso que hubiera inter-

puesto el trabajador elevase la cuantía de la indemnización, el empresario, dentro de los 5 días siguientes al de su notificación, podrá cambiar el sentido de su opción y, en tal supuesto, 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, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador habrá de ser ingresada por el empresario en la Entidad Gestora.

Es novedad que, durante el recurso, en el caso b), cuando se hubiera optado por la indemnización, lo que, en definitiva, entraña la rescisión del contrato cualquiera que sea el resultado del recurso, el empresario no abona salarios, sino que el trabajador percibe el Desempleo. En definitiva, la nueva solución, que remite al trabajador al desempleo, propicia el ejercicio del derecho al recurso, que no queda limitado —como antes— por el costo suplementario que, para el empresario, suponía el pago de retribución durante la tramitación.

De esta manera —señala Sala— al suprimirse la ejecución provisional de la sentencia y pasar el trabajador a la situación de desempleo involuntario, al empresario le costará menos la interposición del recurso.

Artículo 112. Sentencia de Representante Sindical.

El nº 1 del artículo 112, queda redactado de la siguiente forma:

Cuando la sentencia que declarase la improcedencia del despido de un representante legal o sindical de los trabajadores fuese recurrida, la opción ejercitada por dichos representantes tendrá las siguientes consecuencias:

a) Cuando el trabajador hubiese optado por la readmisión cualquiera que sea la parte que recurra, habrá de estarse a lo dispuesto por el artículo 295 de esta Ley, es decir, ocupación o no, pero abono de los salarios siempre, mientras se tramita el recurso.

b) De haberse optado por la indemnización, tanto recurra el trabajador como el empresario, no procederá la ejecución provisional de la sentencia, si bien durante la sustanciación del recurso el trabajador se considerará en situación legal de desempleo involuntario. Si la sentencia que resuelva el recurso interpuesto por el empresario disminuyera la cuantía de la indemnización, el trabajador, dentro de los 5 días siguientes al de su notificación, 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 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, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador, habrá de ser ingresada por el Empresario en la Entidad Gestora.

Podemos resumir señalando que, en los casos de representante legal o sindical, y en los supuestos de despidos improcedentes, si se recurre, y se hubiera optado por la readmisión, durante la tramitación del mismo, procederá el abono de salarios y la opción de utilizar o no los servicios del trabajador, por el contrario, de haberse optado por la indemnización, el empleado percibiría las prestaciones de Desempleo y no la retribución de la Empresa.

Artículo 113. Consecuencias del Despido Nulo.

Si el despido fuera declarado nulo, se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. La sentencia será ejecutada de forma provisional en los términos establecidos por el artículo 295, tanto cuando fuera recurrida por el empresario como por el trabajador.

Es innovación, frente a la redacción anterior, la desaparición de la posibilidad de subsanar, ya que, como hemos visto, desaparecen también los despidos nulos formales, que se consideran, ahora, improcedentes y llevan la subsanación por otro camino. Los que quedan como nulos producen la inmediata readmisión. Además, al no existir en la nulidad la posibilidad empresarial de sustituir la readmisión por la indemnización, se aclara que, en caso de recurso, se produce, mientras se tramita éste, el pago de salario con ocupación o sin ella.

3. CONCLUSIONES

A la vista de todo lo anteriormente expuesto, formulamos las Conclusiones siguientes:

3.1. La Reforma, en la práctica, reduce los supuestos de despidos disciplinarios nulos, al considerar improcedentes los acordados con incumplimientos formales. Con ello se reduce el número de las readmisiones obligatorias.

3.2. Se detecta solución distinta de la conclusión anterior, para supuestos de ceses distintos de los disciplinarios —objetivos o en regulación de

empleo— en los que el incumplimiento del procedimiento establecido al efecto, sí determina la nulidad.

3.3. Consecuentemente con lo anterior, sigue predominando la indemnización como fórmula de compensación de los despidos disciplinarios injustificados.

3.4. La posibilidad concedida al empresario, de aceptar, en Conciliación, la improcedencia de un cese, permite limitar los salarios de tramitación, lo que, aparte de beneficiar a la Empresa, de articularse un proceso adecuado, serviría para aligerar el trabajo en los Juzgados de lo Social y paliar el exceso de actividad que puede plantear la asignación de nuevos procesos, como los de movilidad, modificaciones, etc., a los Tribunales.

3.5. Se suprime la posibilidad anteriormente concedida al Juez de imponer multas coercitivas en favor del Tesoro Público al empresario que incumpliera con la obligación de readmisión.

3.6. La sustitución de los salarios de tramitación por prestaciones de desempleo durante la tramitación de los recursos de despido improcedente, en los que se hubiera optado por la indemnización, facilitará la impugnación de estas sentencias y posiblemente un aumento en la solicitud de anticipos reintegrables previsto en el artículo 299 de la Ley Procesal Laboral.

3.7. Se aclara que el despido no es una decisión judicial, ya que se configura como un mecanismo de resolución empresarial, que se convalida cuando el cese es declarado procedente por el Juez o aceptado por el trabajador.