



UNIVERSIDAD
DE MURCIA

<http://revistas.um.es/analesderecho>

**ANALES
de
DERECHO**

EL PROCESO POR DESPIDO DISCIPLINARIO

MARTA IBÁÑEZ RAMOS
Máster en Abogacía y Procura

Universidad de Murcia

SERVICIO DE
PUBLICACIONES
UMU



El proceso por despido disciplinario¹

Resumen

El trabajo es uno de los aspectos fundamentales de la vida y por tanto, la pérdida del mismo puede suponer un perjuicio enorme para el trabajador. Ante un tema de tanta relevancia, en el presente estudio se abordará la forma en que el trabajador puede impugnar la extinción de la relación laboral por parte unilateral del empresario: el proceso por despido disciplinario. En el mismo se analizarán las características propias de la demanda de despido y el breve plazo con el que cuenta el trabajador para interponer la reclamación por despido, así como las particularidades que existen en el acto del juicio en el proceso por despido. Por otro lado, se analizará las posibles calificaciones que puede hacer el juez del despido en la sentencia, los supuestos y consecuencias de los mismos, así como todo lo relativo a la ejecución y los medios de impugnación de la sentencia recogidos legalmente. Del análisis realizado, se ha obtenido información sobre la situación actual del despido, tanto a nivel nacional como internacional, así como el impacto que han tenido las diferentes reformas, leyes y sentencias dictadas recientemente por los tribunales españoles en la aplicación de dicho proceso.

Palabras clave: Modalidad procesal, despido disciplinario, calificación y efectos del despido, improcedente, nulo, indemnización, ejecución, conciliación.

“The process for disciplinary dismissal”

Abstract

Work is one of the fundamental aspects of life and therefore, the loss of it can mean enormous harm to the worker. Faced with such a relevant issue, this study will address the way in which the worker can challenge the termination of the employment relationship by the employer's unilateral action: the disciplinary dismissal process. It will analyze the characteristics of the dismissal claim and the short period of time that the worker has to file the claim for dismissal, as well as the particularities that exist in the act of trial in the dismissal process. On the other hand, the possible qualifications that the dismissal judge can make in the sentence will be analyzed, the assumptions and consequences thereof, as well as everything related to the execution and the legally established means of challenging the sentence. From the analysis carried out, information has been obtained about the current situation of dismissal, both nationally and internationally, as well as the impact that the different reforms, laws and rulings recently issued by the Spanish courts have had on the application of said process.

Keywords: Dismissal, process, disciplinary, assumptions, consequences, regulation, inadmissible, void, execution, conciliation.

¹ Este trabajo se enmarca dentro del “Proceso por Despido Disciplinario” dentro de la rama de Derecho del Trabajo. El período de ejecución corresponde a 2024, y fue realizado para la presentación del Trabajo de fin de máster de Abogacía y Procura de la Universidad de Murcia, bajo la tutela de la catedrática de Derecho del Trabajo y Decana Francisca María Ferrando. En el mismo se recogen los diferentes aspectos característicos del despido disciplinario y los diferentes puntos que ayudan a su conocimiento más detallado.

SUMARIO: I.INTRODUCCIÓN. II.DESARROLLO. 1.Aproximación al concepto de despido disciplinario. 2. El ejercicio de la acción por despido. 3.El acto del juicio.4.La sentencia. 5.Ejecución de la sentencia. III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Tener un trabajo y recibir la contraprestación económica que la realización del mismo conlleva permite a la persona desarrollarse profesionalmente y poder acceder a aspectos esenciales de la vida, tales como el acceso a la vivienda, el pago de suministros básicos, alimentos, etc. De ahí, la importancia del proceso por despido como forma de defensa ante la pérdida del trabajo por decisión unilateral de la empresa.

El proceso por despido disciplinario se encuentra regulado en el ordenamiento español, en los artículos 103 y siguientes de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), en lo concerniente a las particularidades de esta modalidad procesal, siendo de aplicación en todo lo no recogido en ella, lo previsto en la citada norma para el procedimiento ordinario, además de lo establecido en los artículos 54 y siguientes 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).

En las líneas que siguen se analizarán las peculiaridades de esta modalidad procesal. Para ello, se estudiará la normativa mencionada, así como la interpretación que de la misma ha efectuado la jurisprudencia, tanto nacional como internacional y de la UE. Asimismo, se analizará la exégesis realizada por la doctrina científica, en monografías, obras colectivas y artículos de revistas periódicas cuya referencia aparece citada tanto a pie de página como en el apartado correspondiente de este trabajo.

Con carácter previo al examen de dicha normativa, se efectuará una aproximación al concepto de despido disciplinario. A continuación, se abordará el ejercicio de la acción de despido, plazo, forma, especialidades de la demanda, etc. Igualmente, se analizará el acto del juicio, con particular referencia a la dinámica de la prueba y a las especialidades del acto de juicio, así como al contenido de la sentencia que pone fin al proceso y a la ejecución provisional y definitiva de la sentencia.

El estudio concluye con un apartado de bibliografía citada y los anexos que recogen modelos de escritos de parte y procesales relacionados con el proceso por despido.

II. DESARROLLO

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DESPIDO DISCIPLINARIO

El despido disciplinario es una de las causas de extinción de la relación laboral previstas legalmente [art. 49.1.k) ET]. Para el autor Alonso Olea, el despido es la resolución del contrato de trabajo de forma unilateral por el empresario. Según la normativa española, el despido disciplinario sólo puede adoptarse cuando existe una causa justificada, siendo esta una de las garantías de estabilidad frente al empleo, ya que en caso de no concurrir dicha justificación, el despido sería ilícito, con la calificación y consecuencias previstas legalmente.

El artículo 54.1 ET regula la extinción de la relación contractual por decisión empresarial basada en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. Para mayor precisión, el apartado 2 del citado artículo detalla aquellos incumplimientos del trabajador considerados graves y culpables a efectos de la justificación del despido, a los que se hará referencia al analizar la calificación del despido.

2. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN POR DESPIDO

2.1 Ámbito objetivo del proceso

El ejercicio de la acción de despido debe realizarse mediante demanda a través de la modalidad procesal especial de despido disciplinario. No obstante, el Tribunal Supremo, en sentencias como STS 29 de Junio de 2010 o STS de 14 de Junio de 2001, entre otras, entiende el despido de una forma amplia, de manera que dicha modalidad procesal no se aplica únicamente al despido disciplinario sino a cualquier acción que suponga un cese de la relación laboral de forma unilateral por el empresario que no tenga prevista una modalidad procesal especial. De este modo, la modalidad procesal por despido disciplinario es aplicable a la impugnación de cualquier decisión extintiva de manera unilateral por el empresario siempre que no cuente con una modalidad procesal específica para su tramitación.

2.2 Plazo y forma

Tras la breve delimitación conceptual del despido susceptible de impugnación a través de esta modalidad procesal, y del ámbito objetivo de procedimiento es preciso hacer

referencia al plazo que el trabajador tiene para ejercitar la acción de despido. A tal fin, como se establece en el artículo 103 LRJS y el artículo 59 ET, el trabajador cuenta con un plazo de 20 días hábiles.

Para el cómputo de este plazo, no se computarán dentro del mismo los sábados, domingos y festivos en la sede del órgano jurisdiccional y tampoco computarán los días 24 y 31 de diciembre como dispone el artículo 182 LOPJ, de aplicación a esta modalidad procesal, según la STS de 7 de abril de 2006.

En este mismo sentido, el artículo 43.4 LRJS establece que los días de agosto serán inhábiles salvo para las modalidades procesales de despido, por lo que el cómputo del plazo de 20 días no se suspende durante el mes de agosto.

El *dies a quo*, es decir, el día que debe comenzar a computar el plazo, es el día siguiente a la fecha de efectos, siempre que la acción pudiera ser ejercitada, siendo requisito necesario que la persona despedida tuviese conocimiento del mismo.

Por otro lado, el *dies ad quem*, es decir, el día del vencimiento del plazo, ha de ser día hábil. No obstante, al igual que en otras jurisdicciones, en la jurisdicción social existe también el llamado “día de gracia” encontrándose su regulación en el artículo 45.1 de LRJS. En cualquier caso, el plazo de caducidad para interponer la acción por despido puede ser suspendido por las causas previstas legalmente. A tenor de lo establecido en la LRJS son causas de suspensión las causas que se exponen a continuación:

- 1) En primer lugar, la presentación de la papeleta de conciliación es una de las causas de suspensión del plazo para el ejercicio de la acción por despido prevista legalmente en el artículo 65.1 LRJS ².
- 2) Otra de las causas de suspensión del plazo de caducidad, prevista en el artículo 65.3 LRJS es la suscripción de un compromiso arbitral. Si se suscribe el mismo cumpliendo con lo establecido en los acuerdos interprofesionales y lo dispuesto

² AA.VV., “Comentario Jurisdicción social, Modalidades procesales”, Aranzadi *Instituciones* (DOC_2003_249), cit. pág 5.

en cuanto a los convenios colectivos en el ET, éste producirá la suspensión del plazo de caducidad e interrumpirá el plazo de prescripción.

- 3) También se consideran causas de suspensión del plazo de caducidad la solicitud de abogado del turno de oficio prevista en el artículo 21.4 LRJS y la presentación de la demanda ante órgano jurisdiccional que no ostente la competencia³. Así se recoge este último extremo en el artículo 5 de la LRJS.

3.3. Conciliación previa

Dentro del plazo de caducidad establecido para ejercitar la acción de despido y con carácter previo a la presentación de la demanda, es preceptiva la presentación de papeleta de conciliación como establece el artículo 63 LRJS⁴. Aunque en el artículo 64 LRJS se recogen una serie de excepciones a la obligación de intentar la conciliación o mediación previas -v.gr. En los procesos que exijan el agotamiento de la vía administrativa- el proceso de despido no constituye una excepción a esta regla.

La papeleta de conciliación se presenta ante el órgano administrativo competente, y en ella deberán aparecer perfectamente identificados los datos del demandado y demandante, la pretensión objeto de la demanda, las fechas a las que se refiere dicha pretensión y la firma. En la misma no sólo se hará constar la solicitud de conciliación previa sino la pretensión que se formula en el proceso principal.

Ante dicha solicitud, el órgano competente citará a las partes entregándoles la papeleta entregada por el actor y señalará día y hora para la celebración de la conciliación⁵.

El acto de conciliación podrá concluir de las siguientes maneras:

3.3.1. Sin efecto

³ AA.VV., “Comentario Jurisdicción social, Modalidades procesales”, Aranzadi *instituciones* (DOC_2003_249).

⁴ FERRANDO GARCÍA, M.F., RODRÍGUEZ EGIO, M.M., RÍOS MESTRE, J.M., *Esquemas de derecho Procesal Laboral*, cit., pág. 144.

⁵ AA.VV., *Enciclopedia Jurídica: Papeleta de conciliación*. Disponible en <<http://www.encyclopedia-juridica.com/d/papeleta-de-conciliacion/papeleta-de-conciliacion.htm>>.

Cuando las partes estén debidamente citadas y el demandante no comparezca y no alegase justa causa se tendrá por no presentada la papeleta de conciliación y se archivará todo lo actuado (art. 66. 2 LRJS).

Cuando sea el demandado el que no comparezca, se hará constar dicho extremo en el acta de conciliación o mediación y se tendrá la misma por intentada sin efecto, imponiendo las costas a la parte que no haya comparecido sin justa causa (art. 66.3 LRJS).

3.3.2. Con o sin avenencia

El acto podrá concluir con acuerdo, en cuyo caso habrá que estar a lo establecido en el mismo o sin acuerdo. En este caso, y una vez cumplido el trámite de conciliación previa, el trabajador podrá presentar demanda en el Juzgado de lo Social competente dentro de los días del plazo que resten una vez reanudado su cómputo.

El acuerdo de conciliación o mediación podrá ser impugnado por las partes dentro de los 30 días hábiles siguientes al día que el acuerdo fue adoptado, ante el Juzgado competente para conocer del asunto objeto de conciliación. Una vez firme, la conciliación o mediación tendrá fuerza ejecutiva para las partes que hayan adoptado el acuerdo sin que deba ser ratificado por el Juzgado o Tribunal competente⁶.

3.4. Órgano judicial competente

Según del artículo 6 LRJS, los Juzgados de lo Social conocerán de todos los procesos atribuidos al orden jurisdiccional social en única instancia salvo que se hayan atribuido expresamente a otro órgano en virtud de los artículos 7, 8 y 9 de la misma ley.

En cuanto a la competencia territorial de los Juzgados de lo Social, el artículo 10 de LRJS señala que, con carácter general, será competente el juzgado en el que los servicios hayan sido prestados o el domicilio del demandado, quedando este extremo a elección del demandante. Puesto que en el artículo 102 LRJS relativo a las modalidades procesales se recoge que en todo lo no previsto expresamente en el mismo se regirá por las disposiciones establecidas para el proceso ordinario, la demanda de impugnación del

⁶ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, “Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo –Acto de conciliación”, Ministerio de Trabajo y Economía Social. [Fecha de consulta 30-10-2024]. Disponible en https://www.mites.gob.es/es/Guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_17_1.htm#

despido disciplinario deberá presentarse ante el Juzgado de lo Social del lugar en el que los servicios hayan sido prestados o del domicilio del demandado.

3.5. Especialidades de la demanda

El artículo 104 LRJS recoge los requisitos necesarios para interponer la demanda por despido. La demanda por despido, además de recoger los requisitos generales para la interposición de cualquier demanda, deberá recoger una serie de requisitos específicos para la presentación de la demanda de despido.

En primer lugar, la demanda deberá precisar la antigüedad, concretando en la misma los períodos en los que los servicios hayan sido prestados por el trabajador, así como la categoría profesional, el salario, el tiempo y la forma de pago, el lugar de trabajo, la modalidad y duración del contrato, jornada, categoría profesional y las características particulares en lo referente al trabajo que se realizaba antes de producirse el despido [104 a) LRJS].

Además de la antigüedad, la demanda de despido deberá contener la fecha de efectividad del despido, la forma en la que se produjo el mismo y los hechos alegados por el empresario en la carta de despido con acompañamiento de la misma o con expresión suficiente de lo contenido en la misma [104 b) LRJS]. La demanda por despido deberá contener los hechos concretos sobre los que versa la misma y aquellos que resulten imprescindibles para la resolución de la cuestión planteada.

Otro de los extremos que deberá contener la demanda de despido es si el trabajador ostenta o ha ostentado en al año anterior a que se produjera el despido la condición de representante legal o sindical de los trabajadores o cualquier otra condición relevante para declarar la nulidad [art. 104 c) LRJS] o improcedencia del despido. Téngase en cuenta que, en el caso de que el trabajador fuera representante de las personas trabajadoras, ya sea unitario o sindical, el artículo 55.1 ET establece que cuando el mismo ostente esta condición se procederá a la apertura de un expediente contradictorio en el que se oirán, además del trabajador, al resto de representantes que existieran.

También se hará constar en el escrito de demanda si el trabajador se encuentra afiliado a algún sindicato, circunstancia que es relevante cuando se alega la improcedencia del despido, dado que si el trabajador que se pretende despedir estuviese afiliado a un

sindicato, la empresa deberá dar audiencia previa al delegado sindical correspondiente, determinando la falta de este trámite la calificación del despido como improcedente [art. 104 d) LRJS y art 55.1 ET].

3. EL ACTO DE JUICIO

En el proceso por despido, el acto del juicio cuenta con una serie de particularidades con respecto a otro tipo de procesos que serán analizadas en el presente epígrafe. En primer lugar, las posiciones procesales de las partes se alteran, así como la práctica de la prueba, y se prohíbe la variación sustancial de los hechos alegados en la demanda, así como los alegados por el demandado en la carta de despido. A continuación, se analizará más a fondo cada una de ellas.

3.1. Fase de alegaciones

Según lo previsto en el artículo 85 LRJS, si no hubiera avenencia en conciliación se procederá a señalar la fecha del juicio y se dará cuenta de lo actuado. El acto de la vista deberá señalarse dentro de los 5 días siguientes a la presentación de la demanda⁷.

Con carácter previo y como se establece en el ya citado artículo 85 LRJS, de forma oral se resolverán todas las cuestiones previas, recursos o incidentes que estuviesen pendientes, así como cualquier cuestión que plantee el tribunal acerca de la competencia. Una vez ha comenzado el acto, las partes se ratifican en lo manifestado en la demanda y la contestación a la misma sin poder realizar variación sustancial alguna de lo expresado en la misma (art. 85 LRJS).

Una de las particularidades del proceso por despido es la alteración del orden de intervención de las partes en el juicio oral. Sobre la base de lo establecido en el artículo 105 LRJS, una vez que la demanda ha sido ratificada por la parte demandante, corresponde a la parte demandada exponer sus posiciones en primer lugar, tanto en la fase de alegaciones como en la práctica de la prueba y en la fase de conclusiones. Téngase en cuenta que, de conformidad con el art. 26.3 LRJS, la acumulación de la acción de

⁷ AA.VV., “Comentario Jurisdicción social, Modalidades procesales”, cit., pág 12.

reclamación de cantidades adeudadas no afectará a la alteración del orden de intervención de las partes.

En la oposición a la demanda, la parte demandada podrá alegar cuantas excepciones procesales vea convenientes o defender la procedencia del despido justificando los hechos alegados en la carta (art. 85.2 LRJS). A tenor de lo establecido en el artículo 105.2 LRJS la parte demandada no podrá alegar la procedencia del despido mediante la introducción de hechos nuevos no contenidos en la carta.

Por otra parte, la jurisprudencia se ha manifestado acerca de la variación sustancial de la demanda, alegando que para que la misma sea apreciada, debe introducirse un elemento esencial en la delimitación del objeto generando un perjuicio para la parte demandada y afectando por tanto a la pretensión objeto de debate⁸. El Tribunal Supremo ha interpretado, en numerosas ocasiones, que cae en indefensión la parte demandada cuando por la introducción de hechos y alegaciones nuevos en el acto del juicio o en la fase de conclusiones se perjudique a la defensa en base a lo preparado conforme a la demanda⁹. Por tanto, la introducción de hechos nuevos en el acto del juicio supone una variación sustancial de la demanda debiendo ser rechazada la misma por el juez¹⁰.

3.2. Fase de prueba

Otra de las particularidades del proceso por despido es la inversión de la carga de la prueba. Es al empresario al que corresponde demostrar la veracidad de los hechos imputados en la carta de despido exponiendo sus posiciones en primer lugar, como se recoge en el artículo 105.1 LRJS¹¹. Se prohíbe en el proceso por despido la introducción de otros hechos distintos a los contenidos en la carta de despido para la justificación del mismo (art. 105.2 LRJS). No obstante, se admite que en el acto del juicio, la parte demandada modifique ciertos aspectos que no supongan modificación sustancial de lo

⁸ Véanse las STS 217/2018, de 27 de febrero (rec. 689/2016) y STS 667/2020, de 16 de julio (rec 123/2019), cits. por PUMAR BELTRÁN, N., “De la competencia”, cit., pág. 134.

⁹ STS de 1 de diciembre de 2015. Proc. 486/2013.

¹⁰ PUMAR BELTRÁN, N., “De la competencia”, cit., pág. 134.

¹¹ AA.VV., “Comentario Jurisdicción social, Modalidades procesales”, cit., pág 13.

establecido en la carta¹². Corresponde también a la parte demandada aportar el expediente contradictorio tramitado en caso de que la persona trabajadora fuera representante de los trabajadores (art. 106.2 LRJS, en relación con el art. 55.1 ET)¹³.

4. LA SENTENCIA

Una vez se ha celebrado el acto del juicio y las partes han propuesto y practicado la prueba, el juez deberá dictar sentencia en el plazo de 5 días desde que se celebró el mismo¹⁴.

En los hechos que se consideren probados en la sentencia deberán incluirse las circunstancias recogidas en el artículo 107 LRJS. Según el citado precepto, en la sentencia han de constar:

- La antigüedad del trabajador, detallando los períodos de tiempo prestados, así como los servicios, categoría profesional, salario, tiempo y forma de pago, lugar de trabajo, modalidad, duración el contrato, jornada y las características particulares que existieran y fueran relevantes para la calificación del despido.
- Fecha y forma del despido, relatando los hechos alegados para el mismo y los hechos acreditados.
- Si el trabajador ostenta o ha ostentado en el año anterior al despido la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical o cualquier circunstancia que sea relevante para que el despido sea calificado como improcedente o nulo.

A efectos del cómputo de indemnizaciones y salarios de tramitación, en los hechos probados se fijará el salario del trabajador, conforme a los siguientes criterios:

¹² PUMAR BELTRÁN, N., “De la competencia”, cit., pág. 155.

¹³ FERRANDO GARCÍA, M.F., RODRÍGUEZ EGIO, M.M., RÍOS MESTRE, J.M., *Esquemas de derecho Procesal Laboral*, cit., pág. 146.

¹⁴ FERRANDO GARCÍA, M.F., RODRÍGUEZ EGIO, M.M., RÍOS MESTRE, J.M., *Esquemas de derecho Procesal Laboral*, cit., pág. 146.

- En primer lugar, el salario habrá de computarse de forma íntegra, conteniendo la totalidad de las percepciones económicas derivadas de la relación laboral.
- Por otro lado, su cuantía deberá ser la vigente en la fecha de la extinción del contrato y computarse de forma periódica (por meses, semanas o anualidades).
- Por último, en la cuantía deberá expresarse el salario bruto incluyendo la parte proporcional a las pagas extraordinarias.

En el fallo de la sentencia, el juez se pronunciará acerca de la calificación del despido. El despido podrá ser calificado como procedente, improcedente o nulo (art. 108 LRJS) cuando se den las circunstancias que se exponen a continuación.

4.1. Procedente

4.1.1. Supuestos

El juez calificará el despido como procedente cuando se haya acreditado suficientemente el incumplimiento alegado por el empresario en la carta de despido (art.108 LRJS) y cuando el mismo se haya realizado conforme a la forma establecida en el artículo 55.1 ET.

4.1.2. Consecuencias

En aplicación de lo establecido en el artículo 109 LRJS (en relación con el art. 55.7 ET) si el juez o tribunal estima la procedencia del despido se convalida la extinción del contrato, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación. Además, una vez que la sentencia declara el despido como procedente el trabajador pasa a estar en situación legal de desempleo y a percibir la correspondiente prestación si acredita la cotización requerida¹⁵.

4.2. Improcedente

En aplicación del artículo 108 LRJS en relación con el artículo 55 ET, el despido será calificado como improcedente cuando no se haya acreditado el incumplimiento grave y

¹⁵ FERRANDO GARCÍA, M.F., RODRÍGUEZ EGIO, M.M., RÍOS MESTRE, J.M., *Esquemas de derecho Procesal Laboral*, cit., pág. 147.

culpable alegado en la carta de despido, los hechos no sean constitutivos de infracción grave o no se haya respetado la forma establecida en el artículo 55 ET.

4.2.1. Supuestos

El despido será calificado como improcedente:

- En primer lugar, cuando no se haya probado el incumplimiento alegado en la carta de despido o los hechos alegados en la misma no tengan la suficiente gravedad (art. 108.1 LRJS).
- Por otro lado, podrá declararse improcedente el despido que se haya realizado sin seguir la forma establecida en el artículo 55 ET.

Por tanto, se declarará como improcedente el despido de un representante de los trabajadores realizado sin la tramitación del correspondiente expediente contradictorio y el despido de un afiliado sindical realizado sin el correspondiente trámite de audiencia previa a los delegados sindicales o la realización del despido sin cualquier otra formalidad recogida legalmente (art. 55.1 ET).

Con relación a las exigencias formales, es preciso hacer referencia a la reciente sentencia dictada por el TS 5454/2024 de 18 de noviembre¹⁶ en la que se cuestionaba la procedencia del despido efectuado contra un trabajador sin la correspondiente audiencia previa al despido prevista en el artículo 7 del Convenio nº158 de la OIT. En el recurso para la unificación de doctrina se alegó por la parte recurrente que no se incumplía lo establecido en el citado artículo y que no existía contradicción entre lo dictado en la sentencia de instancia y el mismo. El TS ante los hechos alegados, concluyó que, atendiendo a las normas de inclusión de tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 7 debía ser aplicado y por tanto, haberse realizado el despido disciplinario con la audiencia previa exigida para garantizar el cumplimiento del derecho de defensa del mismo, declarando la nulidad del despido por no haber realizado dicho trámite. Es evidente la gran importancia que adquiere el control de convencionalidad interno según

¹⁶ Rec. 4735/2023.

el cual, la aplicación de las normas internas no puede contravenir las exigencias internacionales válidamente introducidas en nuestro ordenamiento.

4.2.2. Consecuencias

De conformidad con lo establecido en el artículo 56 ET, si el despido se declara como improcedente, el empresario deberá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización correspondiente a 33 días de salario por año trabajado, que deberá realizarse dentro de los 5 días siguientes desde que se dicte la sentencia.

4.2.2.1. La titularidad del derecho de opción

La opción entre readmitir o indemnizar al trabajador corresponderá al empresario, salvo que se trate de un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, en cuyo caso les corresponderá a estos dicha opción. En caso de que no efectuar la opción, se entenderá que el trabajador lo hace por la readmisión y siempre que el mismo opte por esta, ya sea de forma expresa o tácita, resultará obligada (art. 56.4 ET). La opción entre readmisión y el abono de la indemnización también corresponderá al trabajador cuando así se haya recogido en el convenio colectivo de aplicación¹⁷.

Especial mención merece la posibilidad de que el FOGASA solicite la extinción indemnizada de la relación laboral. La LRJS no reconoce de manera expresa al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA, en adelante) la facultad para solicitar al juez la declaración de la extinción indemnizada de la relación laboral cuando no sea posible la readmisión del trabajador. No obstante, numerosa doctrina judicial, como la STSJ de Andalucía de fecha 5 de mayo de 2016, mantiene que el apartado a) del artículo 110 LRJS otorga facultad al FOGASA para anticipar la opción entre readmisión e indemnización siempre que se cumplan una serie de requisitos¹⁸.

4.2.2.2. Los términos de la opción y sus efectos

¹⁷ FERRANDO GARCÍA, M.F., RODRÍGUEZ EGIO, M.M., RÍOS MESTRE, J.M., *Esquemas de derecho Procesal Laboral*, cit., pág. 147.

¹⁸ ARETA MARTÍNEZ, M., “Acumulación de procesos (despido disciplinario y reclamación de cantidad) y facultad del FOGASA para solicitar al Juez la extinción indemnizada de la relación laboral por imposibilidad de readmisión alternativa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 198, 2024, pág. 6.

A) Readmisión de la persona despedida y abono de los salarios de tramitación

Si el empresario decidiera readmitir a la persona despedida deberá comunicarlo por escrito al trabajador en el plazo de 10 días desde la notificación de la sentencia que declara el despido improcedente, la fecha de reincorporación a su puesto de trabajo. Dicho plazo no será inferior a 3 días desde la notificación del escrito por parte del empresario¹⁹.

Cuando se opta por la readmisión, el trabajador tiene derecho a percibir los salarios de tramitación. Esta suma corresponderá al salario dejado de percibir desde la fecha de despido hasta la sentencia que declare el despido como improcedente o hasta que el trabajador haya encontrado otro empleo. En este caso, siempre que fuese anterior a la sentencia y que se demostrara por parte del empresario lo percibido por el trabajador, se podrá descontar la cantidad recibida en el nuevo empleo de los salarios de tramitación (art. 56.4 ET). En caso de que el empresario no pueda demostrar su cuantía debido a la dificultad probatoria de este extremo, se descontará de dicha cantidad el Salario Mínimo Interprofesional (SMI)²⁰. En el caso de que el despido sea declarado improcedente por no cumplir con los requisitos de forma, el empresario podrá realizar un nuevo despido cumpliendo con los requisitos exigidos legalmente. Dicho despido deberá realizarse en el plazo de 20 días que se computarán desde el día siguiente de la fecha del primer despido surtiendo efectos únicamente desde el segundo realizado conforme a la forma establecida (art. 55.2 ET).

Con relación a los salarios de tramitación en juicios por despido, el artículo 116 LRJS establece que, en el caso de que el empresario optara por la readmisión, el empresario podrá reclamar el pago de los salarios de tramitación al Estado siempre que desde que la fecha de presentación de la demanda por despido hasta la fecha en la que se dictó sentencia por primera vez que declare la improcedencia del mismo, hubieran pasado más de 90 días hábiles. En este caso el empresario podrá reclamar al Estado los salarios de tramitación que excedan de ese plazo. En el supuesto de que el empresario se encuentre

¹⁹ FERRANDO GARCÍA, M.F., RODRÍGUEZ EGIO, M.M., RÍOS MESTRE, J.M., *Esquemas de derecho Procesal Laboral*, cit., pág. 148.

²⁰ FERRANDO GARCÍA, M.F., RODRÍGUEZ EGIO, M.M., RÍOS MESTRE, J.M., *Esquemas de derecho Procesal Laboral*, cit., pág. 149.

en una situación de insolvencia provisional y no hubiera abonado los salarios de tramitación correspondientes, podrá el trabajador reclamarlos directamente al Estado.

La responsabilidad del Estado sólo cubre los salarios de tramitación que hayan sido pagados por el empresario para ser resarcidos por los daños causados por la superación de los plazos previstos legalmente pero no por el período de tiempo que coincidan con otro período de tiempo trabajado y retribuido por otra empresa.

B) La extinción indemnizada del contrato de trabajo

Si el empresario opta por la readmisión, deberá abonar al trabajador la indemnización correspondiente a 33 días de salario por año de servicio prestado, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año, con un máximo de 24 mensualidades (art.56.1 ET). No obstante, la indemnización por despido sin justa causa recogida legalmente tiene carácter mínimo, es decir, que podrá ser ampliada cuando así se establece en Convenio Colectivo²¹.

a) Criterios para el cálculo de la indemnización según la legislación vigente

Con la reforma laboral de 2012 se redujo el coste de la indemnización de 45 días de salario por año de servicio prestado con un máximo de 42 mensualidades a la actualmente vigente calculada en base a 33 días de salario por año de servicio prestado con un tope de 24 mensualidades. Esta nueva forma de cálculo de la indemnización, será de aplicación en los contratos celebrados a partir del 12 de febrero de 2012²² (Disposición Transitoria 11^a ET).

Por tanto, en los contratos realizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 la cuantía de la indemnización se determinará atendiendo a un doble cómputo:

²¹ ORTEGA LOZANO, P.G., “La indemnización legal por despido improcedente: elementos para su cálculo e incidencia en la doctrina”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2018, pág. 3.

²² LLOMPART BENNASSAR, M., “Claves judiciales de la indemnización por despido improcedente”, *Temas Laborales*, núm. 134, 2016, págs. 167-192.

- Por el período de tiempo anterior al 12 de febrero de 2012 (es decir, hasta el 11 de febrero) se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio prestado con un máximo de 42 mensualidades.

- Por el período de tiempo posterior al 12 de febrero de 2012 se computarán 33 días de salario por año de servicio prestado con un máximo de 24 mensualidades²³.

El importe resultante de ambas indemnizaciones no podrá ser superior a 720 días, salvo que del cómputo de la indemnización anterior al 12 de febrero resultase un mayor número de días, en cuyo caso se aplicará este cómputo sin que pueda superar en ningún caso 42 mensualidades²⁴.

En el salario base quedan incluidos los complementos de trabajo que se perciban mensualmente (v.gr. nocturnidad, antigüedad), pero no los complementos extrasalariales²⁵. Es importante incluir en el salario base, las retribuciones cuyo devengo sea superior al mes, independientemente de que su cuantía sea fija o variable, así como las de carácter irregular, que computarán en la proporción que debidamente les corresponda. En virtud de lo expuesto, al salario del último mes se deberán añadir las pagas extras prorrateadas por meses²⁶.

En relación con el salario diario, el TS ha establecido que supone el coeficiente que resulte de dividir el salario anual por 365 días (366 días en caso de ser año bisiesto).

$$\text{salario día} = \text{salario cómputo anual} / \text{días naturales del año (365 o 366 días)}$$

El resultado de esta operación, multiplicado por los 33 días (o 45 en caso de ser un contrato anterior al 12 de febrero de 2012) previstos legalmente, corresponderá a la cuantía de la indemnización por día, que a su vez deberá ser multiplicada por el número

²³ FERRANDO GARCÍA, M.F., RODRÍGUEZ EGIO, M.M., RÍOS MESTRE, J.M., *Esquemas de derecho Procesal Laboral*, cit., pág. 149.

²⁴ ORTEGA LOZANO, P.G., “La indemnización legal por despido improcedente: elementos para su cálculo e incidencia en la doctrina”, cit., pág. 4.

²⁵ ORTEGA LOZANO, P.G., “La indemnización legal por despido improcedente: elementos para su cálculo e incidencia en la doctrina”, cit., pág. 8.

²⁶ LLOMPART BENNASSAR, M., “Claves judiciales de la indemnización por despido improcedente”, cit., págs. 167-192.

de días de indemnización correspondiente a los años de servicio prestados por el trabajador²⁷. Los años de servicio prestados computarán desde el día de ingreso del trabajador a la empresa hasta el día en que se produce el despido, no hasta el momento en que se dicta sentencia calificando el mismo. Respecto al prorrato del tiempo de prestación de servicio inferior a un año, el TS en unificación de doctrina ha mantenido que independientemente del número de días trabajador por mes, el cómputo deberá hacerse por meses completos, es decir, como si el trabajador hubiese prestado servicios la totalidad del mes²⁸.

b) Adecuación de la legislación tasada a la normativa internacional

Finalmente es preciso hacer referencia a la suficiencia de la indemnización calculada conforme a los criterios anteriormente analizados a la luz de los tratados internacionales. Con relación a la cuestión, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS, en adelante) ha cuestionado la suficiencia de la indemnización legal prevista en España para el despido injusto.

Ante la reclamación colectiva que presentó UGT por entender que la legislación española incumplía el artículo 24 de la CSE, el CEDS se pronunció acerca de la misma estimando la queja y declarando que España incumplía lo mencionado en el citado artículo²⁹. El CEDS alegaba que España incumplía el artículo 24 de la CSE al establecer un tope de 24 mensualidades para el cómputo de la indemnización por despido improcedente considerando que no es suficiente para resarcir el daño provocado al trabajador por el despido y que no se tienen en cuenta las características de cada caso concreto para valorar el perjuicio real causado al mismo³⁰.

²⁷ ORTEGA LOZANO, P.G., “La indemnización legal por despido improcedente: elementos para su cálculo e incidencia en la doctrina”, cit., pág. 5.

²⁸ ORTEGA LOZANO, P.G., “La indemnización legal por despido improcedente: elementos para su cálculo e incidencia en la doctrina”, cit., pág. 5.

²⁹ LAHERA, J., “Análisis jurídico de la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) que cuestiona la indemnización del despido improcedente en España”, cit., pág. 4.

³⁰ LAHERA, J., “Análisis jurídico de la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) que cuestiona la indemnización del despido improcedente en España”, cit., pág. 5.

En este mismo sentido, el artículo 10 del Convenio nº 150 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, en adelante) también establece como uno de los mandatos relativos al despido la reparación adecuada del despido injusto (denominado improcedente en España). Si nos remitimos al artículo 12 del mismo Convenio en relación con el cálculo de la cuantía de la indemnización, el mismo señala que: “*se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario, pagaderas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores*”. Del mismo artículo se desprende que para el cálculo de la indemnización se utilizará de base el tiempo de servicios y el salario “entre otras cosas”, es decir, que no sólo se tendrán en cuenta única y exclusivamente estos elementos.

Pues bien, la legislación española solo aplica estos elementos para el cálculo del salario, no teniendo en cuenta otros como indica el Convenio nº 150. El hecho de que únicamente se tengan en cuenta estos dos elementos es perjudicial sobre todo para los trabajadores con poca antigüedad o afectados por contratos temporales, pues la cuantía de su indemnización será siempre escasa, independientemente de las circunstancias que se hayan dado en el caso concreto, llevando en la mayoría de casos a indemnizaciones inadecuadas³¹.

La actual indemnización tiene un carácter tasado estableciéndose un tope máximo sean cuales sean las circunstancias del trabajador despedido. Además, y como ya se ha comentado, este tope se vio reducido con la reforma laboral de 2012, que redujo el tope máximo de 45 a 24 mensualidades beneficiando de esta forma al empresario. Dicha reforma también redujo los salarios de tramitación en el caso de despido improcedente que otorgaba mayor cuantía de indemnización a los trabajadores, sobretodo en el caso de trabajadores con una antigüedad menor³².

Analizado todo lo expuesto, se deduce de la regulación contemplada en el artículo 56.1 ET, que el sistema de indemnización recogido actualmente no supone una indemnización adecuada y suficiente que facilite la restitución integral de los daños sufridos por el

³¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”, cit., pág. 11.

³² GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”, cit., pág. 11.

trabajador. Es evidente que un modelo de indemnización basado en los dos elementos que se han mencionado, no pueden respetar el principio base del derecho de daños cuál es la restitución de todos los daños sufridos y los que puedan causarse en un futuro³³.

Ante esta situación, se ha planteado la posibilidad de que los trabajadores puedan reclamar una indemnización adicional a la establecida legalmente, siempre y cuando esta no resulte suficiente para reparar los daños ocasionados por el despido³⁴. Internamente, los tribunales españoles no han mantenido una postura uniforme, sino que han reaccionado ante esta situación de dos maneras: en unos casos, fijando compensaciones adicionales vinculadas a la idea de la disuasión y, en otros, ajustándose de forma tasada a la existencia y prueba del daño³⁵.

El TSJ de Cataluña reconoció, por primera vez, en su sentencia de 30 de enero de 2023, una indemnización adicional a la legal establecida para el despido improcedente sin que se hubiese dado discriminación o vulneración de derechos fundamentales en la extinción del contrato. La sala llegó a la consideración de que la escasa cuantía de la indemnización no tenía un efecto disuasorio relevante para la empresa y que el despido provocó que a la trabajadora no se le pudiera tramitar un ERTE³⁶.

Analizada toda la situación, se plantea la necesidad de un cambio legislativo. Sería el momento idóneo para realizar una reforma de la legislación laboral que incluyese una indemnización adecuada legalmente tasada sin necesidad de tener que recurrir en ciertos casos concretos a la concesión de una indemnización adicional que pueda resarcir efectivamente los daños sufridos por el trabajador.

Una propuesta de indemnización tasada que debería imperar en España sería aquella que abarcara todos los tipos de daños sufridos (el daño sufrido por el mero hecho de la pérdida

³³ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”, cit., pág. 16.

³⁴ VIDAL LOPEZ, P., “La indemnización por despido en España: ¿es suficiente”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 996, 2023, pág 1.

³⁵ DE HEREDIA RUIZ, I.B., “Decisiones judiciales y ‘ruido’: el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente”, *Temas Laborales*, núm. 166, 2023, pág. 44.

³⁶ FRANCO, L., “Indemnización adicional a la legalmente prevista para el despido improcedente: ¿excepción o regla general?”, mayo 2023. Disponible en <https://bloglaboral.garrigues.com/indemnizacionadicional-a-la-legalmente-prevista-para-el-despido-improcedente-expcion-o-regla-general>

de trabajo, los daños punitivos y los perjuicios concretos que pudiera sufrir el trabajador en cada caso). Se entiende que esta indemnización que abarca todos los tipos de daños sufridos por el trabajador y que atiende a cada caso concreto sí que resarcirá suficientemente los daños sufridos y, por tanto, sería adecuada y cumpliría con lo establecido en el artículo 24 de la Carta Social Europea, así como lo establecido en el Convenio nº 150 de la OIT.

4.3. Nulo

4.3.1. Supuestos

El despido será calificado como nulo por el juez cuando el mismo esté motivado por alguna de las causas de discriminación recogidas constitucionalmente o se haya producido con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Además, serán considerados nulos el despido realizado en los supuestos recogidos en el artículo 55.5 ET. Para que se aprecie la nulidad del despido, el trabajador tiene que aportar la prueba de los indicios que supongan existencia de vulneración de derechos fundamentales o discriminación, correspondiendo al empresario justificar la adecuación de la medida del despido.

El 2 de agosto de 2024 se publicó en el Boletín oficial del Estado (BOE, en adelante) la Ley Orgánica 2/2024, sobre representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres que modifica los artículos 53 y 55 ET. Con esta reforma se En consecuencia, con esta reforma se suprime la nulidad objetiva del despido de las personas trabajadores que estén disfrutando del permiso anteriormente expuesto o de quienes soliciten una reducción de jornada, encontrándose los trabajadores desde la entrada en vigor de dicha ley ante una situación de menor protección respecto a dichas situaciones³⁷.

El despido efectuado en los supuestos recogidos en los apartados a), b) y c) del art. 55.5 ET y 108.2 LRJS será declarado nulo salvo que se reconozca la procedencia del mismo por motivos diferentes a los recientemente expuestos.

³⁷ AA.VV., “Impacto de la Ley de Paridad en la extinción por causas objetivas y el despido disciplinario”, cit., pág 3.

Por tanto, opera una presunción *iuris tantum*, es decir, basta que el trabajador alegue la vulneración del derecho fundamental para que se declare la nulidad del despido, salvo que el empresario acredite la procedencia del mismo justificando el despido con motivos distintos a los descritos en el presente artículo³⁸.

4.3.2. Consecuencias

Si el despido se califica como nulo en sentencia, el trabajador deberá readmitir inmediatamente al trabajador en el puesto que desempeñaba antes del despido y abonar los salarios de tramitación que hubiese dejado de percibir en el tiempo desde la interposición de la demanda y la firmeza de la sentencia (art. 55.6 ET en relación con el art. 113 LRJS). Como se ha comentado para el caso de que en un despido calificado como improcedente el empresario optara por la readmisión y tuviese que abonar los salarios de tramitación, el empresario podrá descontar lo percibido por el trabajador en otro empleo con anterioridad a la sentencia siempre que sea debidamente acreditado³⁹. Lo mismo sucederá en el caso de que el trabajador hubiera percibido prestaciones por desempleo. El empresario deberá ingresar a la entidad gestora las cantidades que el trabajador haya recibido deduciendo dichas cantidades de los salarios de tramitación que le correspondiera⁴⁰.

El empresario además deberá dar de alta en la Seguridad Social al trabajador con carácter retroactivo a la fecha en la que se produjo el despido cotizando por todo ese tiempo⁴¹.

5. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

La ejecución de la sentencia que califique el despido se llevará a cabo de una manera u otra según la ejecución sea provisional o definitiva. La ejecución provisional será la

³⁸ FERRANDO GARCÍA, M.F., RODRÍGUEZ EGIO, M.M., RÍOS MESTRE, J.M., *Esquemas de derecho Procesal Laboral*, cit., pág. 153.

³⁹ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, “Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo – Despido Nulo”, Ministerio de Trabajo y Economía Social [Fecha de consulta 21-10-2023]. Disponible en https://www.mites.gob.es/es/guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_17_3.htm.

⁴⁰ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, “Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo – Despido Nulo”, cit.

⁴¹ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, “Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo – Despido Nulo”, cit.

relativa a sentencias no firmes, es decir, sobre las cuales se ha interpuesto un recurso mientras que la ejecución definitiva se realizará respecto a las sentencias firmes sobre las que ya no cabe recurso o este ya ha sido resuelto.

5.1. Ejecución provisional

En primer lugar, abordaremos la ejecución provisional, es decir, de sentencias no firmes cuando el despido haya sido calificado como improcedente.

5.1.1. Cuando la opción se haya ejercitado a favor de la readmisión

Cuando la opción se haya ejercitado a favor de la readmisión, y como se recoge en los artículos 297 y ss LRJS, el empresario podrá requerir al trabajador para que se reincorpore a su puesto de trabajo y pagarle la contraprestación económica asociada al mismo, salvo que el empresario prefiera pagar la misma sin recibir los servicios prestador por parte del trabajador. En el caso de que el empresario requiera al trabajador para que se reincorpore a su puesto de trabajo y este no lo haga, perderá el derecho a percibir el salario pero en ningún caso supondrá una causa de despido. No obstante, en el caso de que la sentencia fuera revocada por el recurso interpuesto, el trabajador no tendrá la obligación de devolver los salarios recibidos durante la tramitación del recurso⁴². En el caso de que el trabajador fuera representante de los trabajadores, se deberá garantizar el ejercicio de sus funciones representativas conforme a lo establecido en el artículo 302 LRJS⁴³, que hace referencia al artículo 284 de la misma ley.

5.1.2. Cuando la opción se haya ejercitado a favor de la indemnización

Cuando la opción se haya ejercitado a favor de la indemnización, la ejecución se tramitará conforme lo establecido en los artículos 289- 293 LRJS relativo a la ejecución dineraria⁴⁴.

⁴² ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Tutela de los derechos laborales II: Parte específica del derecho procesal laboral. Tema 5 El proceso de ejecución en el orden social*, Cádiz, 2016/2017, pág. 5. Disponible en https://ocw.uca.es/pluginfile.php/3712/mod_resource/content/1/Tema%205.%20Procesos%20de%20ejecuccion.pdf#:~:text=La%20obligaci%20n%20de%20readmisi%20n%20se,282%20LRJS.

⁴³ FERRANDO GARCÍA, M.F., RODRÍGUEZ EGIO, M.M., RÍOS MESTRE, J.M., *Esquemas de derecho Procesal Laboral*, cit., pág. 151.

⁴⁴ FERRANDO GARCÍA, M.F., RODRÍGUEZ EGIO, M.M., RÍOS MESTRE, J.M., *Esquemas de derecho Procesal Laboral*, cit., pág. 151.

Cuando la sentencia que califica el despido como improcedente reconoce al trabajador el derecho a recibir una determinada cantidad, el mismo podrá solicitar ante el Juzgado el anticipo de hasta el 50% de la cantidad. El pago podrá ser entregado en varios pagos y nunca podrá superar el doble del SMI establecido para cada año. No obstante, al tratarse de una ejecución provisional, en el caso de que la sentencia fuera revocada, el trabajador deberá devolver el importe solicitado⁴⁵.

Si la sentencia que resuelve el recurso frente a la sentencia que se dictó en instancia modifica la cuantía de la indemnización, sea el empresario o el trabajador representante quien hubiera ejercitado la acción, podrá modificar esta y optar por la readmisión⁴⁶.

5.2. Ejecución definitiva

La ejecución definitiva se realizará respecto de aquellas sentencias contra las que no cabe recurso. Como se ha comentado en el presente trabajo, en los despidos improcedentes quien tenga el derecho de opción podrá elegir entre el pago de una indemnización al trabajador o la readmisión a su puesto de trabajo. Por otro lado, en el caso de que el despido sea declarado nulo es preceptiva la readmisión del trabajador ejecutando la readmisión “en sus propios términos”.

5.2.1. Ejecución de la sentencia en caso de opción por la extinción indemnizada

Cuando se haya optado por la indemnización, se estará a los dispuesto respecto a la ejecución dineraria ya comentada en el apartado anterior.

5.2.2. Ejecución de la sentencia cuando proceda o se haya optado por la readmisión

En caso de despido improcedente, si el empresario opta por la readmisión deberá comunicar por escrito al trabajador, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se le notifique la sentencia, la fecha de su reincorporación al trabajo, para efectuar en un plazo no inferior a los tres días siguientes al de la recepción del escrito (art. 278 LRJS).

⁴⁵ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Tutela de los derechos laborales II*, cit., pág. 9..

⁴⁶ FERRANDO GARCÍA, M.F., RODRÍGUEZ EGIO, M.M., RÍOS MESTRE, J.M., *Esquemas de derecho Procesal Laboral*, cit., pág. 151.

Si no lo hace o lo hace de manera irregular, el trabajador podrá solicitar ejecución en el plazo de los 20 días siguientes al día en que hubiera tenido que realizarse la readmisión, dentro de los 20 días siguientes a los 10 que tiene el empresario para comunicar al trabajador de la readmisión o dentro de los 20 días siguientes al día en que se hubiera realizado la misma de manera irregular (art. 279 LRJS). Solicitada la ejecución por el trabajador, el Juez dictará auto despachando ejecución mediante la tramitación de un incidente de no readmisión, señalando el LAJ dentro de los 5 días siguientes la celebración de la vista del incidente (art. 280 LRJS). Tras la comparecencia, el Juez dictará auto que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de la resolución, acordará el abono de la indemnización por despido de hasta 15 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades y condenará al empresario al abono de los salarios de tramitación desde la fecha de la notificación de la sentencia (art. 281 LRJS).

Si el despido fue calificado como improcedente pero la opción corresponde al representante o fue declarado nulo, la sentencia se ejecuta “en sus propios términos”, cuando el despido se califique como nulo o cuando se califica como improcedente pero el derecho de opción le corresponde al trabajador (representantes de los trabajadores) y este opta por la readmisión (art. 282 LRJS)⁴⁷.

A continuación, el juez dictará auto acerca de la readmisión del trabajador y en el caso de que la misma no se hubiera realizado o se hubiera hecho de forma irregular ordenará la inmediata readmisión del trabajador en el plazo de 5 días desde la fecha en la que se dicta el auto (art. 282.2 LRJS).

En el caso de que el empresario siga sin readmitir al trabajador, y para obligarlo a cumplir con su obligación el LAJ acordará la aplicación de las medidas establecidas en el artículo 284 LRJS. Estas medidas consisten en que el trabajador siga recibiendo el salario que venía percibiendo hasta la fecha de la readmisión, que el mismo continúa dado de alta en la Seguridad Social con cotización y que los miembros del comité de empresa o delegados sindicales continúen desarrollando, en el seno de la empresa, las funciones y actividades propias de su cargo. En el caso de que el empresario impida el ejercicio de dichas funciones, se comunicará a la autoridad laboral y se sancionará su conducta de acuerdo

⁴⁷ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Tutela de los derechos laborales II*, cit., págs. 5 y 6.

con lo establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (LISOS, en adelante)⁴⁸.

No obstante se ha de destacar, que aunque la readmisión sea ejecutable “en sus propios términos”, esto no siempre es así. Existen supuestos en los que la readmisión no podrá llevarse a cabo y la ejecución deberá realizarse por equivalente como para el caso del despido improcedente. Esto sucederá cuando no sea posible readmitir al trabajador a la empresa por cierre de la misma o por cualquier otra causa que imposibilite la misma. En este caso, el juez dará por extinguida la relación laboral mediante auto y mandará que se abonen las indemnizaciones correspondientes y los salarios dejados de percibir devengados hasta la fecha. También en los casos en los que el despido se haya declarado nulo por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de género, la víctima de dicho acoso podrá rechazar la readmisión y dar por extinguida la relación laboral (art. 286 LRJS)⁴⁹.

III. CONCLUSIONES

En atención a lo expuesto en el presente trabajo cabe extraer las siguientes conclusiones.

1. El proceso por despido disciplinario constituye un mecanismo para recabar de la jurisdicción social la tutela ante la decisión unilateral del empresario de extinguir la relación laboral. Si bien es una forma de proteger al trabajador frente a la voluntad unilateral del empresario, el plazo con el que cuenta el trabajador es muy breve, de 20 días de caducidad. Es importante, debido a la brevedad del plazo, la presentación de la solicitud de conciliación administrativa que suspenderá el plazo de 20 días para la interposición de la demanda, además de ser de carácter preceptivo.

2. La demanda de despido presenta una serie de particularidades respecto de las demandas presentadas en otras modalidades procesales, pues además de los requisitos generales que debe recoger cualquier demanda, en la demanda por despido disciplinario se deberá hacer constar la antigüedad, así como la categoría profesional, el salario, el

⁴⁸ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Tutela de los derechos laborales II*, cit., pág. 6.

⁴⁹ FERRANDO GARCÍA, M.F., RODRÍGUEZ EGIO, M.M., RÍOS MESTRE, J.M., *Esquemas de derecho Procesal Laboral*, cit., pág.155.

tiempo y la forma de pago, el lugar de trabajo, la modalidad y duración del contrato, jornada, categoría profesional, la fecha de efectividad del despido, la forma en la que se produjo el mismo y los hechos alegados por el empresario en la carta de despido con acompañamiento de la misma o con expresión suficiente de lo contenido en la misma, si el trabajador ostenta o ha ostentado en al año anterior a que se produjera el despido la condición de representante legal o sindical de los trabajadores y si el trabajador se encuentra afiliado a algún sindicato. Esto supondría un refuerzo para el trabajador ante la situación de despido, teniendo que cumplir el empresario una serie de características propias en el caso de que quiera realizar el mismo, gozando de esta forma el trabajador de una mayor protección.

3. La indemnización por despido recogida legalmente en el ordenamiento jurídico español ha sido objeto de debate en sede judicial en numerosas ocasiones. Sobre todo tras la reforma laboral de 2012 que redujo significativamente la cuantía de la misma y por tanto, la protección de los trabajadores ante el despido. Ante esta situación se ha cuestionado en sede internacional, por el CDS, y nacional, si la citada cuantía era suficiente y sobre todo si cumplía con los mandatos internacionales llevando a los tribunales a adoptar opiniones contradictorias. No obstante, ante la considerada insuficiencia de la indemnización tasada legalmente, algunos tribunales como el TSJ de Cataluña reconocieron indemnizaciones adicionales para poder resarcir los daños suficientemente y cumplir con los mandatos internacionales. Ante lo expuesto se evidencia una clara necesidad de cambio legislativo en cuanto a la cuantía de la indemnización, pues se debería establecer legalmente una cuantía que resarciera los daños en su totalidad sin necesidad de tener que recurrir a indemnizaciones adicionales que pudieran llevar a decisiones arbitrarias e injustas por parte de los tribunales ante trabajadores en situaciones similares.

5. En referencia al despido nulo, la introducción de la Ley de paridad ha tenido un fuerte impacto en la regulación de los supuestos que dan lugar a la nulidad del despido, según el artículo 55 ET. Con esta reforma se pretendía la inclusión efectiva del principio de igualdad consagrado constitucionalmente. No obstante, con la nueva redacción se ha eliminado del citado art. 55 ET la referencia al “permiso de 5 días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que

precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad”, así como a las adaptaciones de jornada previstas en el artículo 34.8 ET, con la consiguiente merma de la protección frente al despido de las personas que se encuentran en estas situaciones. En consecuencia, si bien con esta ley se intentaba mejorar las condiciones de los trabajadores, ha supuesto un retroceso en la protección de los mismos con respecto a la regulación anterior.

6. El punto más característico de la ejecución se plantea en la ejecución definitiva. La ejecución por equivalente se llevará a cabo cuando el empresario, en caso de despido improcedente, haya optado por la readmisión pero no haya realizado la misma o lo haya hecho de forma irregular. Por el contrario, la readmisión se ejecutará en sus propios términos cuando el despido es declarado nulo o cuando la opción corresponda al trabajador y éste opte por la readmisión. Cuando el empresario no proceda a la readmisión, el trabajador en el plazo de 20 días desde que hubiera tenido que realizarse la readmisión podrá solicitarlo ante la autoridad judicial. Ante esta solicitud, se tramitará un incidente de no readmisión y el juez dictará auto ordenando la readmisión del trabajador en el caso de que la misma no se hubiera realizado. En el caso de que el empresario siga sin readmitir, se le aplicarán las medidas coercitivas recogidas en el artículo 284 LRJS.

Con relación a este trámite, podría plantearse si es eficaz que el trabajador tenga que solicitar la ejecución dos veces, una primera en la que se tramita el incidente de readmisión y otra para el caso de que siga sin ser readmitido. Sería conveniente simplificar esta tramitación de forma que el trabajador pudiera intentar una readmisión efectiva desde el primer momento.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., “Impacto de la Ley de Paridad en la extinción por causas objetivas y el despido disciplinario”, *Revista de Derecho Vlex*, núm. 243, 2024.
- AA.VV., “Jurisdicción social: Modalidades procesales”, *Aranzadi Instituciones* (DOC 2003) 249.
- AA.VV., *Enciclopedia Jurídica: Papeleta de conciliación*. Disponible en <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/papeleta-de-conciliacion/papeleta-de-conciliacion.htm>

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Una propuesta para la regulación de la indemnización por despido improcedente”. Disponible en <https://www.aedtss.com/una-propuesta-para-la-regulacion-de-la-indemnizacion-pordespido-improcedente/>

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., *Tutela de los derechos laborales II: Parte específica del derecho procesal laboral. Tema 5 El proceso de ejecución en el orden social*, Cádiz, 2016/2017. Disponible en https://ocw.uca.es/pluginfile.php/3712/mod_resource/content/1/Tema%205.%20Procesos%20de%20ejecución.pdf#:~:text=La%20obligación%20de%20readmisión%20se,282%20LRJS.

ARETA MARTÍNEZ, M., “Acumulación de procesos (despido disciplinario y reclamación de cantidad) y facultad del FOGASA para solicitar al Juez la extinción indemnizada de la relación laboral por imposibilidad de readmisión alternativa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 198, 2024.

DE HEREDIA RUIZ, I.B., “Decisiones judiciales y ‘ruido’: el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente”, *Temas Laborales*, núm. 166, 2023.

FERRANDO GARCÍA, M.F., RODRÍGUEZ EGIO, M.M., RÍOS MESTRE, J.M., *Esquemas de derecho Procesal Laboral*, Laborum, 2022.

FRANCO, L., “Indemnización adicional a la legalmente prevista para el despido improcedente: ¿excepción o regla general?”, mayo 2023. Disponible en <https://bloglaboral.garrigues.com/indemnizacion-adicional-a-la-legalmente-prevista-para-el-despido-improcedente-excepcion-o-regla-general>

GARCÍA LÓPEZ, R, “Consideraciones en torno a la figura del despido”, *Revista de Política Social*, núm. 143, 1984.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”, *Ius Labor*, núm. 1, 2023.

LAHERA, J., “Análisis jurídico de la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) que cuestiona la indemnización del despido improcedente en España”, *Fedea*, 2024.

LLOMPART BENNASSAR, M., “Claves judiciales de la indemnización por despido improcedente”, *Revista Temas Laborales*, núm. 134, 2016.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, “Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo – Despido Nulo”, Ministerio de Trabajo y Economía Social. [Fecha de consulta 30-10-2024]. Disponible en https://www.mites.gob.es/es/guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_17_3.htm.

MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, “Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo –Acto de conciliación”, Ministerio de Trabajo y Economía Social. [Fecha de consulta 30-10-2024]. Disponible en https://www.mites.gob.es/es/Guia/texto/guia_7/contenidos/guia_7_17_1.htm#

ORTEGA LOZANO, P.G., “La indemnización legal por despido improcedente: elementos para su cálculo e incidencia en la doctrina”, *Revista de Información Laboral*, núm. 11, 2018.

PUMAR BELTRÁN, N, “De la competencia”, AA.VV., RIVAS VALLEJO, P. (dir.), *Ley reguladora de la Jurisdicción Social comentada*, Colex, A coruña, 2024.

VIDAL LOPEZ P., “La indemnización por despido en España: ¿es suficiente”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 996, 2023.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Tribunal Supremo, STS 217/2018, de 27 de febrero, rec 689/2016.
Tribunal Supremo, STS 667/2020, de 16 de julio, rec 123/2019.
Tribunal Supremo, SSTS 5454/2024 de 18 de noviembre, rec 4735/2023.

