

## Tema 20 El despido

El despido es el acto **unilateral, constitutivo y recepticio** por el cual el empresario procede a la extinción de la relación jurídica laboral.

Se trata además de un acto causal, es decir, solamente será válido y procedente en una serie de supuestos tasados (disciplinarios, causas objetivas, razones técnicas económicas organizativas o de producción y fuerza mayor).

### 1. El despido disciplinario

El despido disciplinario es la modalidad más grave y extrema de las responsabilidades en que puede incurrir el trabajador debido a un incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Partiendo que se trata de una **sanción jurídico privada** derivada de la potestad disciplinaria del empresario, dirigida a penar ciertos incumplimientos del trabajador, es lógico aplicar a esta materia los principios de **legalidad y de tipicidad**, en aras de garantizar una mayor **seguridad jurídica** del trabajador. Estos principios, además impiden que los convenios colectivos añadan nuevas causas. A lo sumo podrán concretar o detallar las ya reconocidas legalmente.

Siguiendo la ordenación del art. 54 ET, las causas del despido disciplinario son:

#### A) Disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal o pactado del trabajo.

Esta causa comprende la reducción del rendimiento del trabajador tanto dolosa, como culposa, pero no por circunstancias que no le sean imputables.

El rendimiento normal será el pactado en convenio colectivo, en el contrato laboral, o en defecto de ambos, el observado consuetudinariamente. En la práctica la jurisprudencia lo estima observando el rendimiento habitual que venga alcanzando el trabajador, o incluso, sus compañeros de trabajo.

La mayor parte de la jurisprudencia considera lícita la reducción del rendimiento óptimo, a niveles inferiores, pero por encima del umbral normal, a menos que medie dolo.

#### B) Faltas repetidas e injustificadas de asistencia o de puntualidad al trabajo.

Es necesario que exista reiteración (2 o más faltas, según la mayor parte de la jurisprudencia) y han de carecer de justificación tanto previa como a posteriori.

La condena penal privativa de libertad por sentencia firme sobre el trabajador habilita para el despido procedente. En tanto no sea firme, el contrato podrá ser suspendido a instancia del trabajador, sobre el que pesa la obligación de comunicar tal circunstancia al empresario.

#### C) Indisciplina o desobediencia en el trabajo.

Son los incumplimientos graves de una norma laboral o de una orden del empresario legítima y regular. Se exige que la negativa del trabajador a obedecer sea clara, abierta, terminante, firme y trascendental.

#### D) Infracción de deberes conexos con el de disciplina en el trabajo.

- Ofensas verbales o físicas al empresario, trabajadores, familiares que convivan con ellos o al público o clientela (añade la jurisprudencia), cometidas tanto por el trabajador como por sus familiares o acompañantes en la empresa, ante su aquiescencia, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudieran suponer estos actos. Se reconoce como eximente, la concurrencia de una provocación de entidad.
- Embriaguez habitual toxicomanía siempre que repercutan negativamente sobre el trabajo.

### **E) Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo.**

Son tanto las actuaciones delictivas del trabajador que causen a la empresa un perjuicio económico, independientemente de la cuantía, como cualesquiera otras conductas culposas que contravengan el deber de buena fe (un amplísimo espectro).

### **Requisitos de forma**

El despido se formalizará expresamente, en la denominada carta de despido, que citará los hechos que se le imputan al trabajador y motivan el despido, así como la fecha en que tendrá efecto.

La inobservancia estas formalidades determina la declaración judicial de improcedencia del despido, que podrá salvarse mediante la realización de una nueva carta en los 20 días siguientes al primer despido.

La prosecución de la relación laboral tras la fecha en que debería sido efectivo el despido, implica que el empresario ha condonado la falta, y que el contrato sigue surtiendo efectos.

Existe una gran flexibilidad respecto del lugar y modo de entrega de la carta de despido. En cuanto al tiempo, el empresario deberá ejercitar la acción dentro de los 60 días a partir del cual tuvo conocimiento de su comisión. En todo caso, caducarán a los 6 meses de su comisión (art. 60.2 ET).

### **Calificación del despido**

– **Despido procedente:** El juez declarará (convalidará como) procedente el despido cuando se acredite el incumplimiento alegado por el empresario en la carta de despido, manteniéndose los efectos del despido y sin derecho indemnizatorio alguno a favor del trabajador.

#### **– Despido improcedente:**

– Por razones de fondo cuando no se acredite el incumplimiento alegado por el empresario, o la gravedad o culpabilidad de aquél, en cuyo caso el Juez podrá acordar la imposición de una sanción menor (tesis gradualista, art. 115 LPL).

– Por razones de forma, si la carta o el expediente disciplinario incumplen los requisitos formales legales vistos o los que exija el convenio aplicable.

En este supuesto, declarada la improcedencia, si el empresario mantiene su propósito de extinguir el contrato, deberá efectuar un nuevo acto de despido en los 7 días siguientes a la notificación de la sentencia (art. 109.4 LPL).

La declaración judicial de improcedencia es la condena a que el empresario, a su opción (que deberá ejercitarla en los 5 días siguientes), readmita al trabajador o le indemnice con 45 días por año de servicio, con el límite de 42 mensualidades, abonándole en ambos casos los salarios de tramitación.

– **Despido nulo:** Los arts. 55.5 ET y 108.2 LPL consideran taxativamente nulo el despido:

- a) Basado en un móvil discriminatorio y prohibido por la CE o las leyes. En este caso, la carga de la prueba de que existen motivos razonables para el despido corresponde al empresario (TC).
- b) Que se produzca con violación de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas del trabajador.
- c) El despido injustificado que se produzca durante la suspensión del contrato en casos de maternidad, riesgo por embarazo, adopción o acogimiento, así como supuestos de reducción de jornada y excedencias por motivos familiares.

La declaración de nulidad del despido conlleva la condena a la readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir.

### **Especialidades del despido disciplinario de representantes de los trabajadores**

No podrán ser despedidos ni sancionados mientras dure su mandato representativo, ni durante el año siguiente a su conclusión por motivos atinentes al propio ejercicio de la representación a salvo de lo que disponga el convenio colectivo y sin perjuicio de la posibilidad de despido por las causas del art. 54 ET (Art. 68 ET).

El despido disciplinario debe de ir precedido de un expediente sancionador en el que se de audiencia al trabajador afectado y al resto de miembros de la representación a la que pertenezca.

Declarado improcedente el despido, es el trabajador a quien o opta por la readmisión o por la indemnización.

## **2. Despido por causas objetivas.**

Sólo procederá su declaración cuando concurran una serie de causas diversas, que facultan al empresario para extinguir la relación de trabajadores singulares y así evitar el perjuicio que se derivaría del mantenimiento de estos contratos concurriendo éstas:

### **Causas**

#### **A) Ineptitud del trabajador.**

Ya sea sobrevenida o anterior a la incorporación, pero conocida con posterioridad por el empresario. Ejemplos de esto son, la incompetencia o inhabilitación profesional o la incapacidad permanente parcial únicamente si se prueba que imposibilita la continuidad en el trabajo.

No procederá alegarla durante el periodo de prueba (art. 52.a ET), ni tampoco por la incapacidad temporal, que provoca la suspensión contractual, ni tampoco por gran invalidez ni incapacidad permanente en sus grados de total y absoluta, que operan como supuestos extintivos independientes.

#### **B) Falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas introducidas en su puesto de trabajo.**

Siempre que los cambios técnicos sean razonables y que la inadaptación persista al menos durante dos meses como mínimo desde la implantación de la nueva tecnología. El art. 39.3 ET no admite como causa de despido objetivo la inadaptación motivada por la movilidad funcional.

#### **C) Faltas de asistencia al trabajo.**

Aún cuando sean justificadas (no culpables) y alcancen el 20% de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos, o el 25% en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de 12; adicionalmente se exige que el

índice de absentismo en el trabajo supere el 5% en los referidos periodos. No serán computables a estos efectos:

- La huelga legal
- Tiempo de los representantes dedicado a sus funciones
- Licencia y vacaciones
- Situaciones de accidente de trabajo
- Situaciones de enfermedad común y accidente no laboral con declaración de baja
- Situaciones de maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia.

**D) Causas objetivas derivadas de necesidades de funcionamiento de la empresa (económicas, técnicas, organizativas o de producción por debajo de los umbrales del art. 51 en periodos de 90 días).**

**E) Causas objetivas debidas a la falta de dotación presupuestaria para mantener puestos subvencionados sin financiación estable.**

#### **Particularidades del acto de despido por causas objetivas.**

Se formalizará también en carta de despido, que deberá ir acompañada de la entrega o del compromiso de pago únicamente (especialmente si es por causas económicas) de una indemnización de 20 días de trabajo por cada año de servicio, con un límite de 12 mensualidades. La comunicación habrá de preavisar la fecha de antelación con una antelación de al menos 30 días y se notificará a los representantes del personal si se debe a causas económicas, técnicas organizativas o de producción.

El incumplimiento del preaviso no conlleva la nulidad del despido, únicamente el deber de pagar los salarios correspondientes a los días de preaviso.

Hasta el momento de la extinción el trabajador disfrutará de una licencia de 6 horas semanales retribuidas al trabajador para que busque un nuevo empleo.

Ni la aceptación de la indemnización ni de la licencia implican la conformidad del trabajador con la decisión, por lo que queda a salvo su derecho a impugnarla en sede judicial.

#### **Calificación del despido por causas objetivas**

– Si se declara **procedente**, se confirmará la decisión empresarial y se declarará firme el derecho a retener la indemnización que proceda más los salarios del periodo de preaviso.

– Si se declara **improcedente** genera la readmisión del trabajador, o alternatively, la sustitución de la indemnización por la que corresponde en caso de despido disciplinario improcedente.

– La declaración de **nulidad** puede deberse a:

- Omisión de la forma escrita, falta de puesta a disposición de la indemnización u omisión de mención de la causa de despido (con posibilidad de que el empresario reitere el despido en los 7 días siguientes a la declaración de nulidad).
- Fraude de ley al intentar eludir el procedimiento de despido colectivo.
- Por las mismas causas que el despido disciplinario nulo.

### **3. El despido colectivo**

Es aquél basado en causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción que afecta en un periodo de 90 días al menos a:

- 10 trabajadores en empresas con menos de 100.
- 10% de los trabajadores en empresas con más de 100 y menos de 300.
- 30 trabajadores en empresas de más de 300.

La directiva 75/129/CEE, transpuesta por el ET toma como marco de referencia el **centro de trabajo** y no la empresa, **criterio que debe prevalecer**.

En todo caso es despido colectivo la extinción de todos los contratos de la empresa por cese de su actividad si el número de trabajadores afectados es superior a cinco.

Se computarán a estos efectos cualesquiera otras extinciones, que no sean las del art. 49.1.c ET (expiración del tiempo convenido y conclusión de la obra o servicio contratados) producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario debidos a otros motivos no inherentes a la persona del trabajador, siempre que su número sea superior a 5. En definitiva, se refiere a los mutuos disensos instados por el empresario con fundamento distinto al incumplimiento, culpable o no, del trabajador.

### **Procedimiento.**

**1) Periodo de consultas con los representantes de los trabajadores:** de duración no inferior a 30 días (15 en empresas con menos de 50 trabajadores) simultáneamente se incoa un procedimiento administrativo ante la Administración laboral.

Se deberá negociar de buena fe y se tratarán los siguientes extremos (art. 51.4 ET):

- Examen de las causas que motivan el despido.
- Reducción o la eliminación de sus efectos dañosos.
- Determinación de medidas para la continuidad y viabilidad de la empresa.
- Determinación de las indemnizaciones, no inferiores a las del art. 51.8 ET.

El empresario está obligado a formular un plan que recoja las anteriores medidas y que se incorporará a al expediente siempre que la empresa tenga más de 50 trabajadores (art. 51 ET).

Se conseguirá un acuerdo con la conformidad del empresario y de la mayoría de los miembros de los representantes concurrentes. El resultado del periodo de consultas se comunicará a la Administración Laboral, que procederá del siguiente modo:

**a) Si hubo acuerdo** entre las partes podrá:

- **Dictar resolución que lo autorice** expresamente o por silencio positivo, transcurridos 15 días.
- **Abstenerse de autorizarlo** si aprecia que medió **dolo, coacción o abuso de derecho**; en este caso se dirigirá a la jurisdicción para que resuelva a través del procedimiento de oficio, declarando si procede, la nulidad del acuerdo.
- **Abstenerse** igualmente si aprecia que **no se dan las causas que facultan para el despido colectivo, y que existe un acuerdo fraudulento de las partes** para obtener indebidamente las prestaciones de desempleo. En

este caso la Administración, de oficio o a instancia del INEM remitirá el acuerdo a la jurisdicción laboral para su declaración de nulidad. El acuerdo en estos términos no produce derecho u obligación algunos, y además supone una infracción administrativa muy grave (arts. 29 y 30 LISOS).

**b) Si no hubo acuerdo**, se tramitará el siguiente **expediente administrativo de despido colectivo** que se estructura en las siguientes fases:

**1) Incoación:** por solicitud de cualquiera de los legitimados:

- El empresario (art. 51.2 ET).
- Los representantes de los trabajadores cuando se presuma que de la no incoación del mismo por el empresario pudieran derivarse perjuicios de imposible o difícil reparación (art. 51.9 ET).

Dirigida a la autoridad laboral competente (art. 51.2 ET, Autoridad Provincial de trabajo, Dirección General de trabajo u órganos autonómicos equivalentes en las CCAA que tengan transferida la competencia).

**2) Examen sobre admisibilidad de la solicitud y un plazo para subsanar los posibles defectos.**

**3) Fase de instrucción:** se dará parte al INEM a efectos de la eventual declaración de la situación de desempleo de los trabajadores y se instará a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para que emita un informe sobre las causas del despido en el plazo de diez días. En esta fase podrán decretarse medidas cautelares tendentes a asegurar la efectividad del futuro pronunciamiento.

**4) Emisión de una resolución:** congruente y motivada, estimatoria total o parcial o desestimatoria, la resolución producirá los siguientes efectos:

- Faculta al empresario para extinguir **válida y lícitamente** los contratos de trabajo, debiendo respetar la preferencia de los trabajadores que ostenten cargos representativos.
- Surge el derecho a **percibir la indemnización** por los trabajadores afectados, calculada y determinada por el empresario, sin perjuicio de que, en caso de disconformidad de los afectados, éstos puedan interponer demanda ante la jurisdicción social.

Si el empresario se hallare concursado, el FOGASA se hará cargo del pago de las indemnizaciones reconocidas con el límite de una anualidad. Se hará cargo también del 40% de éstas en empresas de menos de 25 trabajadores. Si el empresario no se hallare concursado, y el expediente de regulación de hémelo afecte a trabajadores de más de 55 años que no tuvieran condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, deberá financiarse un nuevo convenio de Seguridad Social.

Contra la resolución administrativa caben los recursos administrativos de alzada y reposición y el recurso ante el órgano judicial contencioso-administrativo competente.

Cuando el expediente se tramite en virtud de un plan de reconversión sectorial pactado entre Administración, sindicatos y patronal, el procedimiento aplicable será el establecido en el propio plan de reestructuración. La norma básica aplicable en esta materia es el RD 825/1993 de 28 de mayo, desarrollado por Orden de 29 de junio de 1993.

#### **4. El despido por fuerza mayor**

El art. 49.1.h ET contempla como causa de extinción de los contratos la fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo. Debe tratarse de un hecho de carácter extraordinario, imprevisto o

inevitable, que imposibilite (por imperativo legal, ético o natural) definitivamente la prestación de trabajo.

Para su declaración se requiere un procedimiento de autorización administrativa previa (arts. 51.12 ET y 124 LPL) similar al del despido colectivo, con las siguientes especialidades:

- Se exige la autorización administrativa con independencia del número de trabajadores afectados.
- El expediente se incoará por el empresario.
- Autorizada la extinción, ésta retrotraerá sus efectos al momento de sobrevenir la fuerza mayor.
- El trámite de consultas no será preceptivo.
- Las indemnizaciones correspondientes podrán ser satisfechas total o parcialmente por el FOGASA, sin perjuicio de que ésta pueda resarcirse ulteriormente frente al empresario deudor.