

TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO. CONTRATO DE TRABAJO Y OTRAS MATERIAS

EL DESPIDO TÁCITO Y SU IMPUGNACIÓN

1. El despido del trabajador, cualquiera que sea la cobertura terminológica que para sus diversas modalidades utilice la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (ET) —«extinción por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor» (arts. 49, 8.º y 9.º, y 51); «extinción por causas objetivas» (arts. 49.12, 52 y 53); «despido disciplinario» (arts. 49.11, 54, 55 y 56)— tiene indudablemente su génesis en una decisión unilateral del empresario. Desde un punto de vista estricto, dicha decisión sólo si justificada y cumplidos determinados requisitos formales, diferentes según los casos, provoca la extinción del contrato de trabajo. Decisión unilateral extintiva, manifestación de la misma a través de una determinada forma, existencia de una causa de justificación son, pues, elementos fundamentales de la mecánica del despido tal y como, en principio, se desprende del análisis de las normas laborales en vigor sobre la materia.

En efecto, que la decisión del empresario constituye el primer y último eslabón de la cadena del proceso extintivo viene, por demás, evidenciado por la continua, aunque a veces solapada, referencia a ella tanto en las normas laborales sustantivas como procesales. Respecto al primer tipo de despido es la voluntad del empresario la que, en primer lugar, pone en movimiento el mecanismo del artículo 51 del ET (1). Así lo indica en su apartado segundo, al establecer que «la extinción de las relaciones de trabajo fundada en causas económicas o en motivos tecnológicos deberá ser autorizada por la autoridad competente a pe-

(1) Desarrollado por el Real Decreto 696/1980, de 14 de abril, para la aplicación del Estatuto de los Trabajadores a los expedientes de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de suspensión y extinción de las relaciones de trabajo (DMSE), artículos 6 y siguientes.

tición del empresario interesado». Por lo que hace a la extinción de las relaciones de trabajo por fuerza mayor, es el artículo 6, 2.º del DMSE el que señala, en ausencia de una afirmación clara del apartado primero del artículo 51 del ET, que «la petición en tal sentido será deducida por el empresario ante la autoridad laboral...». La única excepción a la regla general de la iniciativa del empresario (2) es la que se refiere a la posibilidad de que sean los propios trabajadores, a través de sus representantes, los que soliciten dicha autorización, iniciando el procedimiento —artículos 51, 2.º del ET y 13 del DMSE, que añade el calificativo de «legales» a los representantes legitimados— (3). En segundo lugar, y lo que es más importante, es también la voluntad del empresario la que determina, ahora ya sin excepción (4), la extinción de los contratos de trabajo una vez finalizado

(2) Desaparece la un tanto discutible por razones que no vienen al caso iniciativa de la propia autoridad laboral recogida en el artículo 11, 3, del Decreto 3.090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo (DPE) por el juego de la disposición final primera del DMSE al señalar que «a partir de la fecha de la entrada en vigor de este Real Decreto, quedan derogados el Decreto 3.090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo, y el Decreto 248/1974, de 20 de julio, que modificó parcialmente el citado Decreto 3.090/1972. Igualmente quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente», y dado que ni el artículo 51 del ET, ni a lo largo del DMSE, especialmente en los artículos 6 y 13, se hace referencia alguna a esta iniciativa pública del procedimiento de autorización para los despidos de que se trata.

Sólo cabe apreciar una cierta facultad de iniciativa de la autoridad laboral cuando «... tuviera conocimiento de que por parte del empresario se están adoptando medidas que pudieran hacer ineficaz cualquier pronunciamiento...», pudiendo «... recabar de las autoridades competentes la inmediata paralización de las mismas...» —artículo 51, apartado octavo del ET—. Pero ello sólo será posible, el propio artículo lo indica, durante la tramitación del expediente que la autoridad laboral no inicia en ningún caso.

(3) Iniciativa cuya finalidad no es tanto —aunque quizá sí en última instancia— obtener la extinción de los contratos de trabajo (medida de regulación de empleo la llama el artículo 13, b, del DMSE, sino más bien garantizar los intereses de los trabajadores ante una solicitud de autorización tardía por parte del empresario o en el momento adecuado a sus intereses en detrimento de los trabajadores afectados. De aquí que esta peculiar iniciativa esté subordinada a que —lo dice expresamente el artículo 51, 2.º, del ET— se presuma racionalmente que la no incoación del expediente por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación. Por su parte, y en esta línea, el artículo 13, b) del DMSE exige la aportación por parte de los trabajadores de las pruebas que estimen oportunas para la demostración de esos posibles perjuicios. Ni que decir que, en esta misma línea de garantía, la conexión de la iniciativa analizada en esta nota con las medidas cautelares que, a tenor del apartado 8.º del artículo 51 del ET, ya visto, puede adoptar la autoridad laboral es patente.

(4) Esta afirmación tan tajante podría, desde luego, contradecirse aceptando que paralelamente a la excepción antes vista respecto a la regla general de la iniciativa

del expediente por parte o a petición del empresario, también la decisión sobre la extinción de los contratos de trabajo le puede ser expropiada sustituyéndola por la acción combinada de la petición de los trabajadores y la autorización laboral conforme a la misma. Esta tesis puede tener sentido, en primer lugar, en aquellos supuestos, más bien marginales desde luego, en que el empresario haya desaparecido y no haya responsables o sustitutos del mismo —por la vía jurídica que fuera posible— que pudieran intervenir, siquiera sea en su conclusión, en el expediente iniciado a instancias de los trabajadores. Sería, en cualquier caso, una solución excepcional ante situaciones, al menos hoy por hoy, todavía excepcionales.

¿Podría aceptarse, sin embargo, con carácter general la posibilidad de imponer una decisión extintiva al empresario sin contar en absoluto con su concurso? Ello es lo que parece opinar M. ALONSO OLEA —*Derecho del Trabajo*, Madrid, 1980, pág. 292— cuando indica que «si el expediente se ha iniciado por los trabajadores (...) no nos hallamos ante una autorización al empresario de la que éste pueda hacer o no uso, sino ante una decisión que se le impone...». Aun dando por posible, e incluso conveniente que en algunos casos la autorización de la autoridad laboral sustituya, deviniendo de esta manera algo más que una simple autorización, la voluntad empresarial ordenando la extinción de los contratos de trabajo que le vinculan a sus trabajadores con la finalidad de proteger más adecuadamente los intereses de estos últimos, algunas objeciones podrían hacerse a esta tesis, de orden práctico una, otras de carácter normativo.

En primer lugar, si se trata de una decisión impuesta por la autoridad laboral en función de los intereses de los trabajadores parece obvio que la extinción es una solución última, dado que el mantenimiento de la relación laboral es, en principio, el interés primordial de todo asalariado. Dicha extinción sólo podría favorecerles en el caso de que se den las siguientes condiciones: a) Que el empresario no haya incumplido ninguna de sus obligaciones contractuales ya que en otro caso siempre tiene el trabajador, individualmente considerado, la posibilidad de solicitar la extinción de su relación laboral en base al artículo 50 del ET, vía que, sin ser mucho más dilatada temporalmente, permite en cambio dos ventajas importantes: una mayor indemnización —véase el artículo 50, 2, en relación con el 56, 1, a) del mismo texto legal y comparado con el artículo 50, 10, del ET, donde las indemnizaciones son sustancialmente menores tanto en función de la antigüedad en la empresa como en su cuantía máxima global—, y un menor número de requisitos documentales e incluso más fáciles de conseguir. b) Que no obstante cumplir el empresario hasta el momento, se «presuma racionalmente», con las dificultades de prueba que ello conlleva, que sus intereses van a ser dañados en tal forma que impida o dificulte seriamente su reparación; y c) Que la decisión de los trabajadores como colectivo supere el filtro decisorio que puede suponer la restringida legitimación activa de los solos representantes legales de los trabajadores. Luego, en conclusión, parece lógico pensar que la solución más eficaz sería aquella que permitiera compatibilizar dichas garantías de los intereses de los trabajadores con el mantenimiento de la relación laboral. Ello sería posible si las medidas a que hace referencia el apartado 8.º del artículo 51 pudieran adoptarse por la autoridad laboral autónomamente y con independencia de todo procedimiento de extinción de los contratos de trabajo afectados. Sin embargo, el artículo 51, 8.º indica expresamente que tales medidas sólo pueden adoptarse durante la tramitación del

el procedimiento establecido en el artículo 51 del ET y en sus normas de desarrollo con la necesaria autorización laboral (5). Es el artículo 113 de la Ley de

expediente, lo que hace que se confunda la finalidad esencial de las medidas con la legalmente impuesta al procedimiento de extinción. De otro lado, es posible que finalizado el expediente con la autorización de la autoridad laboral, pueda el empresario, perfectamente ajeno al mismo hasta el momento, ofrecer una solución alternativa a la extinción que pueda ser más favorable para los trabajadores y que éstos no podrían aceptar por cuanto, a tenor de la tesis que se combate, la extinción se habría impuesto automáticamente, provocando un daño justamente en aquellos intereses que se intenta proteger.

Otras objeciones de carácter normativo y dogmático pueden sintetizarse de la siguiente manera: a) Difícilmente puede llamarse autorización —y la ley no emplea otro término— a lo que es una imposición. Si por el contrario se entiende que es una autorización, ahora sí, frente a quien algo solicita, también difícilmente puede entenderse que se está autorizando a los trabajadores a autodespedirse. Si acaso habrá que hablar de una autorización para una dimisión colectiva de los mismos, fuera ya del ámbito y caracteres del despido, pero que necesariamente debe articularse a través del mismo procedimiento que los despidos por crisis, fuerza mayor, etc. Ni en uno —extinción por decisión heterónoma— ni en otro caso —¿dimisión colectiva?— se está hablando ya de despido. b) La tesis del despido impuesto choca con dos obstáculos: en primer lugar, que ni el ET ni el DMSE distinguen terminológicamente el supuesto normal de iniciativa empresarial y decisión última de éste del que estamos analizando. A ambos califica de autorización sin diferenciarlos en cuanto a su virtualidad extintiva. Y parece lógico que sea la situación más generalizada la que imponga su calificación jurídica a la que, si posible, es excepcional; en segundo lugar, resulta enormemente incongruente que el ET y el DMSE hayan suprimido la iniciativa pública en la incoación del expediente —cfr. nota 2 de este trabajo— y su posible y más coherente imposición de la extinción de los contratos de trabajo, para permitir el mismo efecto a través de una vía un tanto alambicada y confusa, y c) Es posible que el expediente iniciado por los trabajadores concluya no con la autorización de la extinción de los contratos de trabajo, sino con la de su suspensión, modificación o extinción parcial. Indudablemente todas estas opciones presentan un aspecto de enorme dificultad de aplicación práctica si no cuentan con la aquiescencia, el acuerdo, en fin, del empresario interesado.

En conclusión, por lo tanto, o bien el procedimiento iniciado a instancias de los trabajadores concluye con una verdadera autorización, no extinción, al empresario para que proceda a la extinción, suspensión, etc., de los contratos de trabajo, permitiendo así que los trabajadores tomen la iniciativa temporal frente a posibles maquinaciones o irresponsabilidades del empresario que pudieran redundar en su perjuicio o bien se trata de otra figura jurídica no conectable con el despido, sino sólo por las causas que la provocan y el procedimiento que se utiliza —extinción impuesta heterónomamente, dimisión colectiva.

(5) Incluso en el caso de acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores acerca de la extinción de los contratos de trabajo a tenor del apartado 5 del artículo 51 del ET, tal acuerdo deberá ser comunicado a la autoridad laboral

Procedimiento Laboral (LPL), texto refundido aprobado por Real Decreto 1.568/1980, de 13 de junio, el que fundamenta esta afirmación al establecer que «si el empresario acordara la extinción de los contratos de trabajo por fuerza mayor, extinción de la personalidad jurídica del contratante o causas tecnológicas o económicas sin cumplir el requisito previo de la autorización administrativa expresa o tácita, se declarará nulo el acto extintivo...». Lo que quiere decirse, en definitiva, es que será el empresario el que, obtenida la autorización precisa, despida, y no la autoridad laboral ante la cual se solicita y cuya resolución no se impone al empresario que la interesa (6).

Podría pensarse, desde luego, que ese acuerdo a que se refiere el artículo 113 de la LPL, en la medida en que el empresario haya seguido los cauces legales establecidos, ha sido ya tomado, por primera y única vez, al iniciar el procedimiento y al solicitar la autorización, no siendo necesaria ya una nueva decisión extintiva que viniera a acumularse a la primitivamente adoptada. A partir de ese momento la extinción de los contratos de trabajo implicados vendría a depender sola y exclusivamente de la decisión de la autoridad laboral que completaría la inicial del empresario dando lugar, diríamos que automáticamente, a la extinción de las relaciones de trabajo de referencia. Para dilucidar esta cuestión parece procedente recordar aquí la distinción, dentro de los sistemas formales de despido, entre el despido directo y el despido propuesta. Para Almansa Pastor (7), la diferencia reside en la distinta virtualidad extintiva de la voluntad empresarial, o, lo que es lo mismo, en «... si entre dicha voluntad y el acto extintivo hay intermediación o si, por el contrario, entre ambos se interpone una voluntad extraña y superior...». En el primer caso, «... la voluntad empresarial goza de pleno valor extintivo para imponer por propia decisión la terminación de la relación laboral...». El empresario está, pues, facultado para actuar por su sola voluntad el despido que existe desde el inicio y es válido sin perjuicio de que, impugnado posteriormente, sea declarada su nulidad por incumplimiento de los requisitos formales exigidos o su improcedencia por no existir causas suficientes de justificación del mismo. Por el contrario, en el despido propuesta, la voluntad empresarial carece de virtualidad suficiente por sí sola para extinguir el contrato de trabajo aun siendo la fuente de donde surge la decisión extintiva. La voluntad empresarial sólo puede «... elevar una propuesta de extinción a

que deberá dar su conformidad al mismo, bien expresa o tácitamente, para que sea operativo. El acuerdo, por tanto, no exime la autorización, sólo permite poner en acto una vía de solución pactada con participación directa de las partes interesadas, abreviando los trámites del procedimiento previsto en el artículo 51 del ET. El propio artículo 113 de la LPL hace referencia a la autorización administrativa «expresa o tácita».

(6) En este sentido, ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 292: «Firme en vía administrativa la resolución que autorice los despidos, al empresario corresponde su ejecución, y él es quien despide...».

(7) J. M. ALMANSA PASTOR, *El despido nulo*, Madrid, 1968, págs. 13-19.

una instancia superior a él, a la cual el ordenamiento confía la supervisión y el control de esa voluntad del empresario, y será ella, en definitiva, la que decidirá la extinción o no del contrato de trabajo...». Por tanto, mientras la propuesta se sustancia, el despido no existe; ello sólo sucederá en el momento en que dicha propuesta sea aceptada, mientras tanto no cabe hablar de validez o nulidad del despido que es inexistente, sino, en todo caso, de validez o nulidad de la pretensión empresarial de despedir.

Aplicando esta distinción al ordenamiento laboral español, en la consideración de si es posible calificar como despido propuesta el despido por causas tecnológicas o económicas, por fuerza mayor o por extinción de la personalidad jurídica del contratante —que llamaremos, por utilizar una bastante discutible clasificación al uso, colectivo en atención al número de trabajadores afectados y en contraposición a los otros supuestos que son de despido individual—, cabe hacer las siguientes observaciones: a) Ciertamente, el artículo 51 del ET establece la necesidad de la autorización laboral en el supuesto de despido colectivo; dicha autorización constituye una voluntad «superior y extraña» que interviene en el proceso de despido como requisito inexcusable para su validez, lo que no sucede en las otras modalidades de despido en las que tal autorización no es necesaria. b) No obstante, a mi juicio, esa voluntad «extraña y superior» —la de la autoridad laboral en el caso de los despidos colectivos— no es la que decide o no la extinción, decisión que corresponde siempre al empresario siquiera sea porque, como repetidamente afirman el artículo 51 del ET y el DMSE, se trata de una autorización, es decir, de una declaración de voluntad de la autoridad laboral a través de la cual va a permitir al empresario el ejercicio de un derecho —el de despedir en determinadas circunstancias— del que ya era titular. Autorización de extinguir-despedir que no puede ser equivalente a decisión de extinguir —que no sería ya despido— porque en el primer caso lo que se produce es una valoración de la oportunidad del ejercicio de la facultad de despedir del empresario en relación a determinados intereses generales —los de empleo, estabilidad en el puesto de trabajo, conservación del contrato, etc.— que el sujeto autorizante debe tutelar: la decisión de despedir corresponde siempre al empresario y la autorización lo que pretende es controlar la actividad autorizada y, si acaso, acotarla negativamente dentro de unos límites determinados (8). c) Las normas laborales vigentes no permiten, por su parte, establecer diferentes efectos jurídicos según un tipo u otro de despido. La propia LPL —artículo 113— sólo indica que la ausencia de autorización califica al despido colectivo como nulo o inválido no como inexistente, remitiendo al artículo 103 de la misma LPL donde se establecen las consecuencias, precisamente, del despido individual nulo —directamente, para el despido disciplinario; indirectamente, y por remisión del artículo 110, tercer párrafo, de la LPL para el despido o extinción por causas

(8) Autorizaciones simples las llaman E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo* (II), Madrid, 1977, pág. 124.

objetivas—. Por tanto, el despido colectivo, una vez manifestado y en acto por el empresario, existe con la sola distinción de que si manifestado al margen del procedimiento establecido, podrá impugnarse su validez. *d)* No cabe hablar, en consecuencia, de validez o nulidad de la pretensión de despedir por cuanto la pretensión sólo es concebible como tal cuando el empresario decide solicitar la autorización preceptiva, no cuando prescinde de ella, en cuyo caso no puede hablarse de pretensión de despedir, sino de despido en acto. Si esto es así, sobre la pretensión de despedir no puede recaer un juicio de validez o nulidad, irrelevante en el estadio en que ésta sólo es posible, sino más bien de justificación o no de la misma; y *e)* De aquí que, como se ha afirmado (9), la autorización previa se inserte más en los problemas de revisión de un despido existente del que se analiza su justificación y el cumplimiento de los requisitos formales que en los de existencia del mismo, y ello tanto en el caso del despido colectivo que haya inobservado el sistema formal legalmente impuesto como de aquel que cumplidos los requisitos formales se produce sobre la base de la autorización previa —si bien, en este supuesto, la impugnación se dirige sólo indirectamente al despido mismo a través del recurso contra la resolución de la autoridad administrativa que lo justificó— sin olvidar la posibilidad de impugnación directa del despido producido con autorización previa, pero que o bien se produzca más allá de un plazo razonable desde la obtención de la misma (10), o bien suponga una defectuosa o ilegítima ejecución de los términos de la autorización. Por todo lo dicho no estimo que el despido colectivo suponga un caso de despido propuesta (11) en el sentido de que sea la autoridad laboral la que efectivamente despida. Es siempre el empresario tanto el que inicia el procedimiento como el que, obtenida *ex ante* la justificación de los despidos —que a no otra cosa obedece el procedimiento especial y las garantías del artículo 51 del ET y del DMSE dadas las importantes repercusiones sobre el empleo y su protección que los despidos colectivos pueden tener—, decide ponerlos en acto. La extinción, por tanto, no se produce automáticamente una vez la autorización sea dada.

En los dos tipos de despido restantes es siempre la voluntad del empresario la que, sin ningún tipo de auxilio o autorización, determina la extinción del contrato de trabajo. Y así, pese a que el apartado 12 del artículo 49 del ET parece eludir toda referencia a esa decisión unilateral extintiva pretendiendo

(9) M. ALONSO OLEA, *El despido*. Madrid, 1958, págs. 161 y sigs.

(10) M. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 292, donde afirma que el despido «... debe decretarse dentro de un tiempo razonable, so pena de que la demora se tenga por una renuncia a lo autorizado...».

(11) Supuesto que se acepte la propia expresión, a mi juicio contradictoria, de despido —que refiere a una decisión unilateral del empresario de naturaleza extintiva— propuesta —que tal como viene articulada parece expropiar al empresario justamente esa facultad de decisión—. En cualquier caso es un tema que excede los límites de este trabajo.

aparentemente configurar esta causa de despido —o extinción— como originada por una suerte de circunstancias fuera de control de las partes —«objetivas» las llama— que vendrían a imponer la ruptura del contrato —en la misma línea el artículo 52 cuando establece que «el contrato podrá extinguirse...»—, el artículo 53 del mismo texto legal hace ya referencia al «acuerdo de extinción» que deberá adoptarse —y el sujeto activo no podrá ser otro que el empresario—. Mucho más claramente la LPL, a lo largo de la sección III del título II destinada a regular este tipo de despidos, habla, y reiteradamente —artículos 106 a 110—; de «decisión extintiva del empresario». Por lo que hace al último supuesto de despido para el que el ET reserva en exclusiva —no sin contradicciones— la denominación adjetivándolo de disciplinario, el protagonismo de la voluntad empresarial es patente bastando citar al respecto el artículo 54 del ET, donde se señala: «1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.»

2. Si la decisión del empresario origina la ruptura del contrato de trabajo parece obvio establecer la necesidad de que el trabajador, que es quien va a sufrir las consecuencias inicialmente no queridas por él de la extinción del vínculo que le une al empresario, llegue al conocimiento de dicha decisión, de las causas que la justifican y del momento a partir del cual tendrá efecto. De aquí la exigencia de determinados requisitos —que configuran al despido como un acto estrictamente formal— de entre los que interesa destacar la carta de despido o comunicación escrita al trabajador. Dicho requisito viene establecido de forma clara y terminante para el despido disciplinario en el artículo 55 del ET, en cuyo apartado primero se dice que «el despido regulado en el artículo anterior deberá ser notificado por escrito, en el que han de figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto». Respecto al despido —o extinción del contrato— por causas objetivas, el artículo 53 del ET, también en su apartado primero, establece que «la adopción del acuerdo de extinción al amparo de lo prevenido en el artículo anterior exige la observancia de los requisitos siguientes: a) comunicación escrita al trabajador expresando la causa. (...) c) concesión de un plazo de preaviso...». Menos clara es esta exigencia respecto al despido —o extinción— por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor. En este supuesto, el requisito formal del despido se reduce a la utilización obligatoria del procedimiento prevenido en el artículo 51 del ET y que culmina con la autorización —o denegación, en su caso, de la misma— de la autoridad laboral. Así lo indica el ya citado artículo 113 de la LPL. Sin embargo, y puesto que hemos afirmado que la autorización no extingue por sí misma la relación laboral, sino que es precisa la puesta en acto, la ejecución de la misma por el empresario, parece lógico concluir que una vez obtenida aquélla el empresario deberá comunicar a los trabajadores —quienes, desde un punto de vista individual, posiblemente se encuentren ajenos al procedimiento autorizador— que sus contratos de trabajo quedan extinguidos. Ni el artículo 51 del ET —centrado en

el mecanismo procedimental— ni la LPL —enormemente lacónica en este punto— dicen nada respecto del cómo ni del cuándo deba hacerse dicha comunicación. A mi juicio, basta respecto al cómo que la decisión del empresario llegue, sea conocida por el trabajador de forma fehaciente con independencia del instrumento que se utilice para ello —la forma escrita, siendo la más adecuada desde el punto de vista probatorio, no por ello puede ser la única—. Respecto al cuándo, cabe recordar aquí la opinión de Alonso Olea en el sentido de que, obtenida la autorización, el despido debe ejecutarse por el empresario «... dentro de un tiempo razonable, so pena de que la demora se tenga por una renuncia a lo autorizado...» (12).

El carácter receptivo de la decisión empresarial de despedir no tiene relevancia sólo a efectos puramente de conocimiento por parte del trabajador de dicha decisión y de sus términos. Cuando las normas laborales establecen unos determinados requisitos formales para el despido su finalidad no es otra que proporcionar al trabajador todos los elementos necesarios para que pueda contestar la decisión empresarial. Pues para impugnar algo es preciso saber contra qué se impugna. El trabajador debe saber —en caso contrario se encontraría en una situación de indefensión— si efectivamente el empresario ha decidido despedirle, en base a qué justificación y a partir de qué momento (13). Tan nucleares son estas circunstancias que las normas laborales establecen que si el despido se produce sin el cumplimiento de estos requisitos formales deberá ser considerado nulo. Así lo indican, de un lado, los artículos 55 del ET, en su párrafo tercero, y el artículo 102 de la LPL, respecto al despido disciplinario, abarcando la nulidad tanto la ausencia de comunicación escrita como la falta de indicación clara de los hechos que motivan el despido, cuando, en fin, la no indicación de la fecha a partir de la cual tendrá efecto; de otro lado, los artículos 53, 4.º, del ET y 109 de la LPL, referentes al despido por circunstancias objetivas, señalan que la ausencia de comunicación escrita al trabajador en la que debe expresarse la causa y/o la falta de puesta a disposición del mismo de la indemnización correspondiente hacen nulo el despido, no así la falta de preaviso que también viene exigido como requisito del despido en el artículo 53 del ET. Ello podría plantear problemas de identificación de la fecha del despido por cuanto ésta venía fijada, indirectamente, con el propio preaviso. Ciertamente, sólo conociendo la fecha del despido efectivo puede saberse si se ha producido el preaviso —o al menos en la medida necesaria, según los términos del artículo 53.1, c) del ET—. No puede desconocerse, sin embargo, que es posible un despido por circunstancias objetivas comunicado de forma escrita, con indicación de la causa y con la puesta a disposición del trabajador de la indemnización correspondiente y, por tanto, válido, pero respecto del cual sea dudosa la fecha específica y concreta a partir del cual empezó a surtir efectos. Más adelante se volverá

(12) Véase la nota 10.

(13) ALMANSA PASTOR, *op. cit.*, págs. 85-86.

sobre este tema. Por último, y por lo que hace al despido colectivo —hay que recordar aquí de nuevo el artículo 113 de la LPL— sólo la ausencia de justificación-autorización determina la nulidad del mismo. Pero puede pasar también, en coherencia con lo que se ha dicho anteriormente, que obtenida la autorización, y puesto que no es necesario ningún otro requisito formal, pueda plantear dudas también el momento a partir del cual debe entenderse extinguida la relación laboral porque el empresario haya ejecutado el despido que le ha sido autorizado poner en acto.

Hemos dicho que el incumplimiento de algunos —no de todos— requisitos formales determina la nulidad del despido. Pero, ¿quiere ello decir que el despido nulo es inexistente, que no tiene relevancia jurídica alguna en tanto no se produzca conforme a lo que la ley exige? Ciertamente parece un tanto aventurado afirmar que no existe despido cuando el empresario lo hace verbalmente o cuando expulsa a un trabajador del centro de trabajo, o cuando se niega a recibir su trabajo y, por tanto, a retribuirle salarialmente; cuando lo despide por escrito, pero sin alegación de causa; cuando pese a comunicárselo por escrito y con indicación de la causa no pone a disposición del trabajador la indemnización exigida en el caso del despido objetivo; cuando el empresario decide cerrar el centro de trabajo despidiendo a todos los trabajadores sin solicitar autorización previa; cuando, en fin, al trabajador no le es permitido reincorporarse al centro de trabajo tras una excedencia con derecho a reserva de puesto de trabajo, etc. Todos ellos pueden ser considerados supuestos de despido de hecho en contraposición a despidos formales —*rectius*, formalmente correctos y válidos—. Alguna opinión en contra es posible encontrar, sin embargo.

3. En efecto, para Suárez González (14), no se puede hablar de despido, sino de resolución por incumplimiento del empresario en los supuestos que de manera general son calificados de despido improcedente o injusto, sobre la base de que el trabajador al reclamar contra tal tipo de despido lo que solicita es el cumplimiento del contrato por parte del empresario y que la indemnización que pueda reconocer el magistrado no es sino un sustituto de la obligación de cumplimiento que ha sido solicitada por el trabajador. Ciertamente puede aceptarse que el trabajador al impugnar un despido que considera improcedente lo que está exigiendo es el cumplimiento del contrato —si dejamos al margen que en realidad lo que está solicitando es que se deje sin efecto un despido injustificado—; pero en absoluto pretende —ejercitaría otro tipo de acción en este caso y a través de una demanda de contenido y finalidad diferentes— la resolución del contrato de trabajo por un incumplimiento previo del empresario; por el contrario, la extinción del mismo, pese a la injustificación del despido, le viene impuesta al negarse a readmitir el empresario. La extinción del contrato se co-

(14) F. SUÁREZ GONZÁLEZ, *La terminación del contrato de trabajo*, Madrid, 1967, págs. 61 y sigs.

necta, pues, más con la voluntad del empresario que decide dar por terminado el contrato aunque carezca de causa para ello que con la voluntad del trabajador que normalmente pretende el mantenimiento del vínculo. Si el empresario puede siempre —salvo casos excepcionales de representantes legales de los trabajadores— imponer su voluntad extintiva difícilmente puede hablarse de una resolución del contrato a instancias del trabajador en base a incumplimiento previo del empresario. El despido injustificado, tal y como se encuentra regulado en nuestro ordenamiento, constituye un supuesto de despido al que el ordenamiento —en flagrante contradicción con el expresado carácter causal del mismo— permite producir sus efectos subsanando la ausencia de causa justa mediante una indemnización tasada que se atribuye al trabajador perjudicado. Porque para que pueda hablarse, a mi juicio, de resolución por incumplimiento del empresario producida a instancias del trabajador es necesario que aquél no se haya adelantado manifestando su voluntad extintiva o, al menos, que el ordenamiento no reconozca a la misma tales efectos. Lo que no sucede en lo que al ordenamiento laboral español hace referencia.

Quizá sí podría aceptarse que se trata de un incumplimiento del empresario de sus obligaciones contractuales —pagar el salario, dar ocupación efectiva, fundamentalmente— que abriría al trabajador la doble de: o bien solicitar el cumplimiento o bien pedir la extinción del contrato, el supuesto del despido nulo por cuanto tal tipo de despido no tendría consecuencias extintivas por sí mismo de ningún tipo ni aun acompañado de indemnización si nos atenemos a la tajante expresión del artículo 55, 4.º, del ET —«el despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir. El nuevo despido podrá efectuarse en un plazo de siete días siguientes a la declaración de nulidad del despido» (15)—. Sin embargo, y como se ha señalado (16), el tratamiento dado al tema por la LPL, sobre todo si se analizan los artículos referentes a la ejecución de las sentencias de despido, permite concluir que no existe diferencia sustancial entre «... la no readmisión tras un despido nulo y la no readmisión tras un despido improcedente en que el empresario no haya ejercitado su derecho de opción en favor de la indemnización...»; es decir, una indemnización sustitutiva de la readmisión no efectuada —artículo 211, segundo párrafo, de la LPL.

(15) Las normas, tanto sustantivas como procesales, que regulan el despido nulo en los supuestos de despido por circunstancias objetivas y despidos por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor, remiten a la reglas, reproducidas en el texto, referentes al despido disciplinario. Véanse los artículos 53, 5.º, del ET y 110, 3.º, y 113 en relación con el 103, 4.º, de la LPL.

(16) M. R. ALARCÓN CARACUEL, *El despido nulo en el Estatuto de los Trabajadores y en el Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral*, comunicación al I Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Málaga, septiembre 1980, ejemplar mecanografiado, págs. 1 a 4.

Por todo lo anterior, parece necesario recoger aquí la interpretación mayoritaria que entiende que los supuestos de despido nulo no constituyen casos de incumplimiento contractual del empresario que permitan reaccionar al trabajador exigiendo su cumplimiento o bien demandando la resolución del contrato, sino más bien decisiones unilaterales extintivas sólo que no manifestadas correctamente. Dentro, sin embargo, de las conductas o decisiones del empresario que pueden calificarse de despido nulo es posible diferenciar, al margen de otros criterios de clasificación, entre aquellos supuestos en los que la voluntad extintiva del empresario es evidente —despido disciplinario escrito en el que no se indique la causa del mismo o se omita la fecha a partir de la cual deberá tener efecto; despido por circunstancias objetivas comunicado por escrito y con indicación de la causa, pero en el que no se pone a disposición del trabajador la indemnización debida, etc.— y aquellos otros en los que esa voluntad extintiva no se manifiesta expresamente, no aparece de forma clara y directa, sino sólo a partir del juicio que puedan merecer determinados comportamientos del empresario. La distinción, en fin, entre un supuesto de cumplimiento incorrecto del requisito formal del despido y aquel otro en el que el empresario «pretende terminar con el contrato de trabajo sin manifestar expresamente, ya sea verbalmente ya por escrito, su decisión extintiva al trabajador, sino que ésta se deduce de su conducta, consistente en *a)* dejar de utilizar los servicios del productor, y *b)* no abonarle la retribución correspondiente» (17). Lo que se ha venido en llamar «despido tácito». En este segundo caso la decisión extintiva del empresario se presume —pues no de otra cosa se trata sino de una presunción— precisamente de determinados incumplimientos contractuales, pero a los que se estima se ha superpuesto y constituye su origen la voluntad de dar por terminada la relación laboral.

Las conductas del empresario que, con más generalidad, son estimadas constitutivas de despido tácito, son fundamentalmente las siguientes: en primer lugar, el supuesto de empresario que, continuando normalmente y sin interrupción la actividad de la empresa, decide, respecto a un trabajador o trabajadores concretos que venían desarrollando normalmente su trabajo, no darles ocupación efectiva a partir de un determinado momento ni abonarles los salarios correspondientes. Así lo entiende, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Central de Trabajo (TCT) de 19 de abril de 1979 (Rep. Ar. 2.368) cuando señala que «... el hecho de que la referida empresa haya dejado de dar ocupación efectiva a los actores y de abonarles retribución alguna constituye un auténtico despido, según ha venido declarando con reiteración la jurisprudencia y varias sentencias de esta Sala —entre ellas la de 9 de enero de 1978—...» (18). La concurrencia si-

(17) J. J. TOVILLAS ZORZANO, *El régimen jurídico del despido en España*, Barcelona, 1974, págs. 129 y sigs.

(18) En el mismo sentido las sentencias del TCT de 16 de marzo, 20 de abril y 2 de mayo de 1979 (Rep. Ar. 1.751, 2.397 y 2.756, respectivamente).

multánea de ambas conductas permite presumir, según la doctrina, que el empresario al no dar cumplimiento a su obligación principal y al obstruir el de la obligación, también fundamental, del trabajador en realidad está manifestando, a través de incumplimientos contractuales muy graves y básicos, su intención de dar por terminada la relación contractual. No le cabría, pues, al trabajador reaccionar demandando el cumplimiento del empresario, sino sólo impugnando un despido no hecho con las formalidades adecuadas ni aparentemente justificado.

En segundo lugar, el supuesto, similar al anterior en cuanto el empresario no permite al trabajador prestar su trabajo y tampoco le retribuye salarialmente, pero bajo una forma aparentemente justificadora de esa conducta. Se trata de la suspensión de empleo y sueldo del trabajador en virtud de una teórica falta laboral previa, pero que en vez de ser, como es lógico y viene exigido por las normas laborales, temporal, resulta indefinida. Para el TCT —sentencia de 29 de marzo de 1979 (Rep. Ar. 2.027)— la suspensión de empleo y sueldo sin límite o indefinida constituye una de «... esas situaciones de suspensión por tiempo ilimitado (que) equivalen a un despido según conocido y reiterado criterio jurisprudencial...». Si la sanción laboral es un instrumento que trata de garantizar el cumplimiento futuro de las obligaciones contractuales del trabajador mal puede decirse que esta función cautelar y sanatoria puede producirse cuando no se abre para el futuro —por la vía de la limitación temporal de la misma— la posibilidad de un cumplimiento correcto. De aquí que se presuma que una sanción, consistente en la suspensión indefinida de empleo y sueldo, en realidad está manifestando una intención extintiva, una decisión de no reanudar el vínculo laboral.

En tercer lugar, el supuesto de imposibilidad de realizar el trabajador su prestación y consecuentemente la ausencia de retribución salarial por el hecho de haberse producido el cierre de la empresa o la desaparición de la misma siempre que estos hechos no se hayan producido conforme a lo exigido en las normas laborales en cuyo caso no estaríamos normalmente ante un despido tácito, sino ante otro que efectivamente hubiera cumplido todos los requisitos de forma necesarios. La presunción de que el cierre de la empresa traduce una decisión extintiva del empresario es posible tanto en el caso de cierre aparente —sentencia del TCT de 30 de mayo de 1979 (Rep. Ar. 3.589): «... el cierre del local donde se llevaban a cabo las actividades y la no admisión del demandante en el nuevo local constituye un supuesto de despido...»— como de cierre real —sentencia del TCT de 10 de febrero de 1979 (Rep. Ar. 876)—. Un supuesto muy frecuente de despido tácito por cierre de la empresa es el que se concreta en la imposibilidad del trabajador de reincorporarse a la misma tras un período más o menos amplio de suspensión de la relación laboral como, por ejemplo, tras el cumplimiento del servicio militar —sentencia del TCT de 22 de mayo de 1979 (Rep. Ar. 3.314), para la cual el hecho del trabajador que intenta reincorporarse a la empresa tras el cumplimiento del servicio militar y no puede hacerlo por encontrarla cerrada «... supone un verdadero despido, ya que ni se le ofrece

trabajo ni abono de salarios...»—, o tras una situación de excedencia —sentencia del TCT de 27 de abril de 1979 (Rep. Ar. 2.635), para la cual la imposibilidad de la trabajadora en excedencia voluntaria de reincorporarse a su puesto de trabajo, ostentado el derecho a ello, al vencimiento del plazo de la excedencia concedido por la empresa determinada por el cierre de la empresa constituye un supuesto claro de despido—. Situaciones similares determinantes, asimismo, de despidos tácitos son aquellas que consisten en «no llamar a los trabajadores fijos discontinuos al inicio de la temporada por traspaso del negocio» —sentencia del TCT de 16 de mayo de 1979 (Rep. Ar. 3.170)— o por cesación definitiva de la actividad de la empresa de temporada —sentencia del TCT de 7 de febrero de 1979 (Rep. Ar. 764)— (19).

4. Se ha dicho que lo que caracteriza todos los casos que se han ejemplificado es que bajo aparentes incumplimientos de obligaciones contractuales del empresario en realidad late su intención de extinguir la relación laboral, intención o elemento subjetivo que hay que presumir por cuanto no se manifiesta expresamente. Pero la presunción no es más que un juicio de valor, de intención a partir de unos determinados comportamientos del empresario; juicio o presunción que estará más o menos fundamentado en función del carácter más o menos concluyente a este respecto de la conducta empresarial. Cuando esa presunción no sea posible, habrá de estimar que estamos ante simples incumplimientos contractuales por parte del empresario que posibilitan al trabajador bien para exigir un comportamiento obligacional adecuado, bien, si son incumplimientos de determinada gravedad e importancia —véase el artículo 50 del ET—, para solicitar la resolución del contrato. Pero la posición subjetiva del trabajador es diferente en uno u otro caso. En el primero, si el trabajador no quiere ver definitivamente extinguida la relación laboral que le vincula al empresario sin derecho además, a indemnización sustitutiva alguna deberá accionar en el breve plazo de caducidad que marca el artículo 59, 3.º, del ET, es decir, veinte días hábiles a partir del momento en que se entienda se ha producido el despido; plazo que se aplica también, con todas sus características de brevedad y caducidad, al supuesto del despido nulo como señala el artículo 97 de la LPL. En el segundo caso, supuesto que no se trata de despido, la acción del trabajador tiene un tiempo más amplio para producirse (véanse en este sentido los otros plazos establecidos en el artículo 59 del ET).

Ello pone de manifiesto, a mi juicio, la siguiente incongruencia. Si la forma del despido es una garantía que el ordenamiento otorga al trabajador para que

(19) Para la sentencia del TCT de 25 de abril de 1979 (Rep. Ar. 2.558), el no aceptar por parte del empresario los partes de baja tardíamente presentados por el trabajador constituye un supuesto de despido tácito. El despido se produce, a juicio del TCT, en ese momento y no en el de intento de incorporación al trabajo tras la enfermedad.

pueda preparar su defensa refutando los hechos que se le imputan (20), parece lógico pensar que la ausencia de la misma —mucho más cuando, como en el despido tácito, tal ausencia llega a convertirse en duda acerca de la verdadera voluntad extintiva del empresario— provoca indefensión en el trabajador. Consecuentemente, frente al despido tácito la ley debería articular instrumentos de protección del trabajador mucho más poderosos que frente al despido correctamente expresado o al menos respecto al cual no quepa duda alguna de la existencia de la voluntad extintiva del empresario. Una vía podría haber sido la de no conferir existencia al despido incorrectamente formulado. No ha sido así por cuanto tanto el ET como la LPL atribuyen existencia —aunque inicialmente no eficacia salvo consolidación por no impugnación del mismo— al despido incluso tácito. La ley ha preferido reflejar la realidad de la voluntad extintiva del empresario incluso presumiéndola abriendo así al trabajador la vía, quizá más rápida y contundente, de la impugnación del despido permitiéndole bien exigir la readmisión en su puesto de trabajo, bien la indemnización sustitutiva de una readmisión no aceptada por el empresario. Pero con esta operación en realidad lo que se ha hecho es transferir al trabajador incorrecta o tácitamente despedido la carga, primero de una especial diligencia a la hora de la impugnación de la conducta del empresario so pena de ver caducada su acción, segundo de la propia demostración de la existencia del despido deducible del comportamiento del empresario. Se llega así al absurdo de que en los despidos sin forma o tácitos, es decir, aquellos en los que el empresario dejando al margen la justificación o no de los mismos, ha incumplido incluso los más elementales requisitos de comunicación fehaciente al trabajador de su voluntad de dar por terminada la relación laboral, el trabajador debe extremar su diligencia, anticipando lo más posible su reclamación para evitar que se le alegue el abandono del trabajo o la caducidad de la acción. Todo ello traduce, en fin, una situación clara de inseguridad jurídica.

La solución, dado que el despido tácito es recogido como tal despido por la ley, no puede venir sino a través de una consideración restrictiva de la presunción del despido, llegando incluso a la inversión del sentido de la presunción. No existiendo manifestación expresa de la voluntad extintiva la presunción debe jugar en el sentido de que no hay despido salvo que el comportamiento del empresario sea de tal naturaleza que no quepa duda respecto a una voluntad de dar por finalizado el contrato de trabajo. Así se afirmaba que «... junto al despido expreso —que requiere voluntad resolutoria y forma (según STS de 11-1-1967, A/67, núm. 756)— aparece el llamado despido tácito que la jurisprudencia viene admitiendo, pero no pacíficamente; una reciente sentencia del Tribunal Supremo (27-6-1968, A/68, núm. 3.088) resume el estado de la cuestión: «... si bien la jurisprudencia tiene declarado que, por regla general, el

(20) Cfr. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 314 y las numerosas sentencias allí citadas.

dejar de satisfacer el salario y no dar efectivamente trabajo puede ser estimado como despido (STS:22-6-63, A/64, núm. 3.386), también tiene declarado (STS 2-6-1951; A/51, núm. 1.599) que, en ocasiones, no puede admitirse la tácita terminación del contrato, pretendiendo deducir de unos actos negativos el no pagar y el no servir la ruptura del vínculo contractual en beneficio y por la sola afirmación de uno de los contratantes...» (21). Criterio confirmado por la sentencia del TCT de 23 de mayo de 1979 (Rep. Ar. 3.391), que entiende que el rechazo de partes de baja presentados a la empresa por terceras personas desde meses antes no puede interpretarse como despido «... pues aun habiendo de admitirse que dicha actitud empresarial fuese consecuencia de una intención o situación de ánimo opuesta a la continuidad de la relación laboral, *tampoco admite duda que una decisión tan importante como lo es la de rescindir el contrato de un trabajador debe ser expresada a éste no a través de posturas que puedan interpretarse de distintas maneras, sino de forma concluyente e inequívoca...*» (22).

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA
 Facultad de Derecho
 Universidad de Sevilla

(21) L. E. DE LA VILLA, «La formalización (carta y expedientes) en el despido disciplinario», en *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Madrid, 1969, páginas 259-260.

(22) En contra, la sentencia citada en la nota 19. Este criterio restrictivo de interpretación reflejado en la sentencia reproducida en el texto debe aplicarse también a la determinación del momento de efectividad del despido no ya tácito, sino de aquél que expresado de forma clara resulta impreciso respecto al momento o fecha del mismo. Despido que será nulo si se trata de despido disciplinario, pero que puede no serlo en los casos ya vistos de despido por circunstancias objetivas y despido por crisis económica o tecnológica y por fuerza mayor. Momento de efectividad del despido especialmente relevante —en el tácito identificado con la propia existencia del mismo— a los efectos del cómputo de la acción de impugnación del mismo. Véase M. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, cit., págs. 354 y sigs., y la numerosa jurisprudencia allí citada.