

EL DESPIDO POR CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS Y LA NUEVA ORDENACION DEL DESPIDO

SUMARIO

1. Introducción.—2. La crisis económica, la quiebra del principio de estabilidad en el empleo y la liberalización del despido.—3. La nueva bipartición del despido: despido disciplinario y despido por circunstancias objetivas.—4. Las causas del despido por circunstancias objetivas: 4.1. La ineptitud del trabajador; 4.2. La falta de adaptación del trabajador a las modificaciones tecnológicas del puesto de trabajo; 4.3. La necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo; 4.4. Las faltas justificadas de asistencia al trabajo que excedan del treinta por ciento de las jornadas.—5. Forma y requisitos del despido por circunstancias objetivas: 5.1. La evolución reciente en relación a los requisitos formales del despido; 5.2. La forma del despido en el decreto-ley de 4 de marzo de 1977; 5.3. Los efectos de la inobservancia de la forma; 5.4. Otros requisitos del despido por circunstancias objetivas.—6. Las consecuencias del despido por circunstancias objetivas: 6.1. Los efectos del despido procedente; 6.2. Los efectos del despido improcedente o nulo; 6.3. El despido (improcedente o nulo) de los representantes sindicales; 6.4. Despido por circunstancias objetivas y extinción colectiva de relaciones de trabajo

1. INTRODUCCION

La regulación legal del despido ha sufrido recientemente en nuestro país una importante evolución, cuyo estudio reviste un considerable interés no sólo desde el punto de vista político-jurídico desde el que, hasta el momento presente, ha sido preferentemente enjuiciada, sino también y sobre todo desde el punto de vista estrictamente técnico-jurídico. Las reflexiones que siguen

quieren ser sólo una aproximación al tema, tratando de atender a todas las vertientes del mismo y de proceder a una meditación acerca de los problemas técnicos suscitados por la nueva normativa, para contar así con todos los datos precisos a la hora de proceder a una valoración de la significación político-jurídica de la regulación vigente, ya que los ataques *a priori*, carentes de una meditación en profundidad sobre todos los aspectos implicados, corren el riesgo en ocasiones de quedar convertidos en meros «desahogos» doctrinales para la explicitación del propio disenso político de fondo. Y los peligros no son sólo éstos, sino que revisten una mayor dimensión, por lo que la crítica y la autocrítica deben emprenderse con decisión y con rapidez, para reconducir a moldes de «normalidad» unos comportamientos doctrinales que corren el riesgo de ser demasiado herederos de la historia reciente. En una situación no democrática, donde la represión sobre quienes se atrevían a disentir o a separarse —aun sólo ideológicamente— del orden social establecido era multiforme y permanente, la «clandestinidad» imponía hábitos de actuación que, en cierta medida, permitían un maniqueísmo confortador y tranquilizante. Desde una óptica ideológica progresista, todo lo que provenía del poder político estaba viciado en su origen, y las sutiles disquisiciones en torno a la posibilidad de utilidades alternativas de las normas jurídicas no pasaban de ser, en la mayoría de los casos, un brillante ejercicio intelectual para el consumo interno de los juristas conocedores del Derecho comparado. Sólo en algunos casos extremos, en los que concurrían específicas circunstancias que lo posibilitaban, y al compás de una estrategia consciente en ese sentido del movimiento obrero, cabía plantear el recurso a normas legales para fines distintos de los institucionalmente previstos, cobrando entonces una labor interpretativa dirigida a otorgar alguna credibilidad a las normas y a obtener de ellas el máximo juego posible en la perspectiva de los planteamientos enunciados (1).

En la situación actual, el mantenimiento acrítico de tales moldes de actuación puede conducir a una posición doctrinal que se ve alimentada también por algunas tendencias interpretativas presentes en el seno de la izquierda política y sindical en las distintas experiencias comparadas. Posición desde la que, en vez de buscar serenamente la interpretación más correcta de las normas (que, por otra parte, en cada caso será la interpretación más acorde con los propios postulados ideológicos, dentro de los necesarios límites de

(1) Ese era el caso, por ejemplo, de las normas legales de protección de la actividad sindical en la empresa, y en la óptica enunciada, explicitando las razones y los objetivos, quise moverme en mi estudio sobre *La acción sindical en la empresa: su protección legal*, Bolonia, 1976, capítulo VIII.

credibilidad que deben concurrir en toda reconstrucción jurídica), se caiga por el contrario en una interpretación «alarmista» de las mismas, indicando —para atacarla— todos los posibles efectos negativos que pueden derivarse de la nueva regulación, incluso los que resultan abiertamente contrarios a toda lógica interpretativa y por tanto difícil o escasamente creíbles. El interpretar las normas «desde la derecha» para atacarlas «desde la izquierda» (2) puede rendir a la postre un flaco servicio a la causa que se pretende defender. Y el peligro no es sólo teórico: algunas intervenciones doctrinales recientes en torno a los temas que vamos a estudiar demuestran cómo una hiperesesia negativa ante la norma (ante el poder político y, más en profundidad, ante la situación política y social de que emana) puede conducir a excesos interpretativos que ni desde las posiciones más conservadoras pueden sostenerse con un mínimo de credibilidad. Y que, en todo caso, desde una óptica progresista sería más eficaz intentar desmontar que no prestarles un apoyo interpretativo, que permite un ataque más frontal, pero no más efectivo, a la norma (al menos, mientras dure la vigencia de ésta y con independencia de postular desde el plano técnico-jurídico o desde el plano político su sustitución) (3).

2. LA CRISIS ECONOMICA, LA QUIEBRA DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y LA LIBERALIZACION DEL DESPIDO

Para proceder ya al análisis normativo desde la perspectiva metodológica enunciada hay que comenzar indicando que los efectos de la crisis econó-

(2) Sobre el tema, cfr. las críticas de G. F. MANCINI en «Sul metodo di alcuni giuristi della sinistra extraparlamentare», en *Politica del Diritto*, 1971, págs. 99 y sigs.

(3) En el sentido criticado en el texto se mueve una reciente publicación colectiva, fechada en Valencia en 1977, con el título *Las relaciones laborales*. Sobre todo, en algunos puntos concretos el método interpretativo criticado resulta evidente: se admite, sin discusión, que la ineptitud originaria es alegable aun después de superado el período de prueba (pág. 215); se admite la posibilidad de usar el artículo 39 del decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, de relaciones de trabajo, para supuestos de despidos colectivos, transformándolos en una suma de despidos individuales (pág. 216); se incluyen entre las faltas justificadas del artículo 31, 1, d), del citado decreto-ley las derivadas del ejercicio de derechos reconocidos a los representantes sindicales o del derecho al estudio (pág. 217). En otra publicación colectiva de los mismos autores, sin embargo, *Nueva regulación de las relaciones de trabajo*, Valencia, 1977, esta línea interpretativa se ve en gran medida corregida, buscando una interpretación más correcta de la norma que consagra las causas de despido por circunstancias objetivas (págs. 67 y sigs.).

mica sobre el nivel de empleo se habían dejado sentir, en los últimos años, en prácticamente todos los países del occidente capitalista. Como consecuencia de ello, comenzó pronto a cuestionarse la vigencia indiscutida del principio de estabilidad en el empleo y la validez de una defensa a ultranza del puesto de trabajo y su compatibilidad con el propio sistema de producción capitalista en su fase actual. La contestación del otrora sacrosanto principio de estabilidad en el empleo proviene, por lo demás, de dos frentes distintos. Por una parte, se alega que la sociedad actual es una sociedad de asalariados (de dirección o directivos, de administración y de ejecución) en la que se produce la búsqueda generalizada, a través del único bien económicamente valorable que se posee (el salario, derivado de la ocupación de un puesto de trabajo), de la solución de todos los problemas: la realización en cuanto hombres, la satisfacción de las necesidades espirituales, de todas las exigencias, en general, de la vida, de libertad y de afirmación personal (4). Sobre todo se quiere garantizar la plena conservación del bien-presupuesto: el puesto de trabajo, por lo que, desde este punto de vista, adquiere una enorme importancia la estabilidad en el empleo. La ideología no asalariada, se afirma, no tiene ya la hegemonía cultural; ya no resulta prevalente la ideología de la libertad, del riesgo. De lo que se hacen derivar precisas consecuencias: la sociedad sólo podrá encontrar un orden relativamente estable en cuanto alcance a satisfacer, en la medida de lo posible, la condición asalariada difundida y su consiguiente ideología, sobre todo en lo relativo a la seguridad del puesto de trabajo como condición esencial y preliminar de la convivencia civil. Pero, y aquí está lo que nos interesa, se afirma que si esta garantía mínima deberá ser para todos, deberá producirse una contención de los apetitos particulares y, sobre todo, la salvaguardia de la «economicidad» del conjunto del sistema. Las empresas están hoy, en esta visión, como consecuencia de soportar toda una serie de cargas por motivos sociales, parcialmente «deseconomizadas». Es preciso, si se quiere salvar el cuadro de conjunto, devolver la economicidad a las empresas, disminuyendo los condicionamientos que impiden el libre funcionamiento de las reglas económicas y restan eficacia a las unidades productivas. Deben ser, pues, la sociedad y el Estado quienes se hagan cargo de la generalizada demanda de seguridad, y no las singulares empresas, que son unidades económicas que deben responder a sus propias leyes de funcionamiento.

Pero la contestación al principio de estabilidad en el empleo, tal como

(4) Cfr., por todos, con gran claridad, GIUSEPPE PERA: «Libertà o giustizia», en *Il Diritto del Lavoro*, 1975, I, págs. 265 a 368, a cuya formulación nos estamos refiriendo.

ha sido tradicionalmente entendido, proviene no sólo de los empresarios y de sus organizaciones (y de los juristas identificados con las mismas), sino también de un segundo frente, que toma cuerpo progresivamente con la extensión de los efectos de la actual crisis económica (sobre todo en los países más afectados por la misma). Por parte de determinadas organizaciones sindicales, operantes incluso en las experiencias más avanzadas, y de los juristas más cercanos a las mismas, se comienza a plantear la posibilidad de que fuese un error la táctica sindical de defensa a ultranza del puesto de trabajo. Y ello porque resta flexibilidad al funcionamiento del sistema capitalista, tal como hoy es, generando el riesgo de peligrosas involuciones, y porque contribuye a crear una dialéctica entre trabajadores ocupados y trabajadores desocupados (5). Así, emerge poco a poco la conciencia de que el sindicato debe abandonar el papel tradicional de «gendarme» de los puestos de trabajo (también de aquellos ya no productivos) para asumir el de codirector o corresponsable de la movilidad en función de las reconversiones industriales (6). Surge así la perspectiva de una «gestión común de la crisis», y el objetivo se identifica en la predisposición de un aparato de tutela que opere no *contra*, sino *en el cuadro* de la movilidad, tendiendo a reducir el costo social del paso de una ocupación a otra y de un lugar a otro (7), llegándose incluso a nuevos planteamientos en torno al disfrute equitativo de un bien escaso: el empleo. Con lo que, por otra parte, en compensación al abandono relativo de una postura «garantista», se recuperan planteamientos de una elevada carga clasista, porque ponen el énfasis no en la estabilidad en el empleo, sino en el reparto equitativo del mismo, en evitar la «contradicción secundaria» entre ocupados y desocupados, dejando claro al mismo tiempo que el proble-

(5) Las normas de tutela se presentan así como en favor de los trabajadores ocupados (en relación con el Estatuto de los trabajadores italiano, se ha hablado incluso del «Estatuto de los trabajadores ocupados», quedando por escribirse el «Estatuto» de los desocupados, de los trabajadores eventuales, del proletariado «débil» en general: cfr. LUIGI MARIUCCI: «Autonomia sindacale, potere politico, controllo operaio», en *Il Mulino*, 1976, pág. 887, y «I limiti legali del decentramento produttivo», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1976, págs. 1496 y sigs. En contra, explícitamente, de esta oposición entre trabajadores ocupados y desocupados, ROMANO CANOSA: *Diritto e rivoluzione*, Milán, 1977, pág. 46: no es ésta la contradicción, sino la que existe entre la clase en su conjunto y los intereses del capital, cuya defensa es la que se ha perseguido, aunque de rechazo ha llevado algunas ventajas a los trabajadores ocupados.

(6) Cfr. RICCARDO CHIABERGE: «Una via italiana?», en *Cogestione. Esperienze e Problemi*, número especial de la Biblioteca della libertà, Torino, 1976, pág. 4.

(7) Cfr., significativamente, G. F. MANCINI: «Per una 'fase 2' della legislazione di sostegno», en *Politica del Diritto*, 1976, pág. 12.

ma del empleo es un problema colectivo a resolver a nivel de clases y no a nivel de relación individual de trabajo (8).

Se produce así un amplio debate, que aún dura, sobre estos temas, y en él se plantea la necesidad de una serie de medidas liberalizadoras del despido, pero del despido colectivo, fundado en causas tecnológicas o económicas, y no de los despidos individuales por motivos disciplinarios o de incumplimiento contractual. Sin embargo, entre nosotros no hubo mucha necesidad de tal debate. La nueva regulación del despido contenida en el artículo 35 de la ley de Relaciones Laborales (LRL en adelante) no podía dejar de provocar reacciones encontradas. Razones políticas evidentes, unidas a las dificultades derivadas de la crisis económica, hacían casi inevitable una dura batalla en torno al tema. Ya durante la vigencia del artículo 35 LRL se pudo «dejar constancia de que el nuevo régimen jurídico del despido ha venido constituyendo, y así permanece en la actualidad, un hondo motivo de preocupación, que ha suscitado en las distintas esferas sociales, o bien una decidida repulsa del régimen jurídico establecido, o bien, por el contrario, una adhesión al mismo» (9). Bien pronto las fuerzas patronales conseguirían, al amparo de la crisis económica y de la necesaria contención de la inflación sin efectos negativos en la reactivación económica, una serie de medidas, presentadas por el preámbulo de la norma que las contiene como preferentemente coyunturales y a corto plazo, que conllevan la revisión de algunos aspectos de la política laboral y de empleo, abordando con ello (según el mismo preámbulo) el problema fundamental de la productividad de nuestro sistema económico. El decreto-ley 17/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas, contenía así una serie de disposiciones en materia de negociación colectiva, limitaciones salariales, contratación eventual y desempleo y, lo que aquí nos interesa, modificaba el artículo 34 LRL, suprimiendo requisitos formales en el ejercicio de la facultad sancionadora empresarial y dejaba en suspenso el artículo 35 de la misma ley hasta el 30 de septiembre de 1977.

En la normativa que sustituía a la anterior en materia de despido se mantenían los dos primeros párrafos del suspendido artículo 35, suprimiendo la causa de despido consistente en la reiteración de faltas muy graves y, sobre

(8) Cfr. ANTONIO MARTÍN VALVERDE: «Colocación y regulación del mercado de trabajo agrícola», en *Agricultura y Sociedad*, núm. 3, 1977, pág. 140.

(9) Cfr. MANUEL ALONSO GARCÍA: «Nuevo régimen del despido en la ley de Relaciones Laborales», ponencia presentada al I Congreso de Relaciones Laborales celebrado en Jaca en septiembre-octubre 1976, pág. 6 del original (ahora recogido en el volumen *El Derecho del Trabajo ante el cambio social y político*, Zaragoza, 1978).

todo, estableciendo un nuevo régimen en orden al cumplimiento de la sentencia que impusiera la readmisión. Conforme al decreto-ley de 8-10-76, cuando el empresario no readmitiera en las mismas condiciones, el magistrado habría de sustituir la readmisión por el resarcimiento de perjuicios, declarando extinguida la relación laboral. Respecto a la indemnización, desaparecía el tope mínimo de seis meses de salario para la misma, oscilando ahora entre dos meses de salario por año de servicio y cinco anualidades, según la antigüedad del trabajador en la empresa, condiciones de su contrato de trabajo, posibilidades de nueva colocación y circunstancias personales y familiares del trabajador. Por otra parte, los coeficientes multiplicadores de los mínimos de indemnización previstos en el artículo 35 LRL se mantenían, fijándose un nuevo tope máximo para estos casos (trabajadores titulares de familia numerosa, mayores de cuarenta o cincuenta y cinco años, o minusválidos) de siete anualidades (tope máximo que no venía previsto en la LRL) (10). En cuanto a los requisitos formales, la exigencia de tramitación de expediente para el despido desaparecía con la nueva redacción del artículo 34 LRL (que no era suspendido temporalmente, sino redactado de nuevo de manera definitiva).

La afirmada vocación de provisionalidad, de transitoriedad del decreto-ley de medidas económicas parecía evidente que era, al menos en el punto concreto de la regulación del despido, insincera. Buena prueba de ello fue que, bastante antes de terminar el plazo de suspensión del artículo 35 LRL previsto en dicho decreto-ley, una nueva normativa sobre despido, inspirada sustancialmente, con algunas modificaciones, en la establecida en el decreto-ley de medidas económicas, vino a ser establecida por el decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo (DLRT en adelante). Con esta normativa queda definitiva y expresamente derogado el artículo 35 LRL, y se culmina la evolución histórica, hasta el momento presente, en la regulación jurídica del despido en España.

El DLRT consagra, pues, la vuelta al régimen de «subrogado obligatorio de la estabilidad», al sistema de «estabilidad obligatoria», sin posibilidad de ejecución específica de la sentencia de condena a la readmisión (salvo el caso

(10) Consecuentemente, las normas relativas al proceso de despido contenidas en el decreto 1.925/1976, de 16 de julio, que modificó la ley de Procedimiento Laboral (LPL en adelante), quedaban también suspendidas, autorizándose al ministro de Trabajo para dictar, mediante orden ministerial, las normas adjetivas aplicables a los indicados procesos. Dicha autorización se concretó en la orden de 15 de octubre de 1976, que modifica los artículos 71, 97, 100, 101, 102 y 106 LPL y sobre todo suspende y sustituye los artículos 104, 105 y 208 a 214 de la misma ley (tal como habían sido redactados por el decreto de 16-7-76 citado).

de los representantes sindicales) (11). En cuanto a la indemnización sustitutoria de la misma, se mantienen los criterios de cálculo fijados por el decreto-ley de medidas económicas, añadiendo a la posibilidad de encontrar nueva colocación que esa colocación sea «adecuada», e introduciendo uno nuevo (la dimensión y características de la empresa), y se da un paso más en relación con el importe de dicha indemnización. En este sentido, se mantiene la supresión del tope mínimo de seis meses; se suprimen también los coeficientes multiplicadores, incluyendo las circunstancias que daban lugar a los mismos entre las que debe considerar el magistrado, especialmente, para fijar la indemnización, por lo que el tope máximo es ahora siempre de cinco anualidades, desapareciendo el de siete que venía establecido para los casos en que los topes mínimos se multiplicaban; y se introduce finalmente la posibilidad de reducción de los topes mínimos en determinadas circunstancias.

Las tres «novedades» van dirigidas claramente a facilitar y sobre todo a abaratar los despidos, a fin de que resulten menos gravosos para el empleador. Pero, además, se pueden extraer también de ellas otras significaciones. Prescindiendo ahora de un debate económico-jurídico en profundidad sobre el tema, parece claro que la salida de la crisis económica y la reactivación de las inversiones, que son las justificaciones oficiales —aparte de otras que no son ni siquiera atendibles con un mínimo de seriedad, como la democratización y la europeización de nuestro sistema de relaciones laborales— de la nueva normativa, si exigen una flexibilización del régimen del despido es, en todo caso, una flexibilización de los despidos colectivos, esto es, de la posibilidad empresarial de reestructurar las plantillas suprimiendo puestos de trabajo en las coyunturas de baja actividad económica, con lo que la inversión creadora de puestos de trabajo no se ve así oscurecida por la perspectiva de su no posibilidad de posterior supresión. Pero, en principio, para nada debe afectar dicha crisis y las exigencias de reactivación del sistema económico al despido individual disciplinario del trabajador. Flexibilizar también éste, y abaratarlo, es un reforzamiento de los poderes empresariales que va más allá de lo que podrían, en su caso, considerarse legítimas pretensiones empresariales, por lo que las innovaciones analizadas se mueven en una perspectiva de refuerzo de los poderes patronales con vistas también a la lucha sindical, en momentos de áspera conflictividad social y de renovación en sentido liberalizador de la normativa sobre relaciones colectivas de trabajo.

Por otra parte, la supresión de los coeficientes multiplicadores de los mínimos de indemnización que actuaban en determinadas circunstancias, junto

(11) Cfr. *infra*, epígrafe 6.3.

a la supresión también del tope máximo más elevado —siete anualidades— para las mismas, se mueve en la dirección de hacer menos gravoso el despido disciplinario improcedente para el empleador, incluso en aquellos casos en que concurren específicas situaciones que justifican una mayor tutela a los trabajadores afectados, como son la condición de los mismos de ser titulares de familia numerosa, maduros o minusválidos. Y en esta misma dirección se mueve también la otra novedad del DLRT: conforme al número 5 del artículo 37, en los casos de empresas que ocupen menos de veinticinco trabajadores fijos, el magistrado de Trabajo, a su prudente arbitrio, podrá rebajar el tope mínimo de dos mensualidades por año de servicio, en razón a las circunstancias concurrentes. Aquí el motivo de la intervención legislativa es claramente el disminuir la carga económica del despido improcedente para las empresas de, presumiblemente, menor capacidad económica. Un comentario apresurado traería a colación la tutela diferenciada a las pequeñas empresas y las razones económicas que influirían en esta decisión de descargar a las mismas de determinadas responsabilidades. Pero estos comentarios son inaceptables en la sede en que nos movemos. Que se facilite la amortización de puestos de trabajo (permitida ahora libremente, como veremos en el caso de amortización individual de un puesto de trabajo, por el artículo 39 DLRT) o la reestructuración de la plantilla puede tener —no vamos a detenernos ahora en el tema— una lógica económica precisa. Pero nada tiene que ver con las necesidades económicas de la empresa, sobre todo existiendo esos cauces, el despido *disciplinario* individual. Primar a las empresas por razones de capacidad económica ante actuaciones claramente antijurídicas, como son los despidos disciplinarios improcedentes, no tiene, en esas condiciones, justificación en términos económicos, sino en términos de reforzamiento del poder empresarial en un número considerable de unidades productivas de nuestro país.

Por lo demás, el DLRT, aparte de moverse en este sentido de facilitación y abaratamiento del despido individual (lo que también se produce desde el punto de vista de los requisitos formales del despido) (12) y de actuar también en idéntica dirección en sede de lo que dogmáticamente cabe configurar como despidos colectivos (13), procede a una nueva regulación de conjunto

(12) Cfr. *infra*, epígrafe 5.2.

(13) El expediente de regulación de empleo puede ahora obviarse cuando exista pacto entre el empresario y los trabajadores afectados y dicho pacto se apruebe por la autoridad laboral (art. 45, 3, DLRT. Resalta en este pacto el que los interlocutores sean los trabajadores directamente afectados, sin participación de representación sindical alguna, lo que priva a los sindicatos de un protagonismo que teóricamente les

del despido, introduciendo junto al despido disciplinario una nueva figura de despido por circunstancias objetivas (derivadas de la capacidad del trabajador o de necesidades de funcionamiento de la empresa), en la que vamos a centrar nuestra atención.

3. LA NUEVA BIPARTICION DEL DESPIDO: DESPIDO DISCIPLINARIO Y DESPIDO POR CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS

En la nueva regulación del DLRT, el despido se sigue configurando como un despido causal; esto es, se exige en todo caso, para la procedencia del despido —para que el acto de despido sea ajustado a derecho— la existencia de una justa causa. Ahora bien, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, en los que se exige que el despido sea causal, pero no se va más allá de una formulación genérica de las causas justificadoras del despido, sin entrar, pues, en una descripción o enumeración detallada de los supuestos concretos de despidos justificados (14), se sigue estableciendo en sede legal una enumeración taxativa de las causas justas de despido. Sin embargo, a diferencia de la situación anterior, se produce ahora una bipartición entre dos figuras de despido individual: el despido disciplinario y el despido por circunstancias objetivas. Se trata de una división presente ya con anterioridad

corresponde en materia tan importante). Por otra parte, únicamente es preceptivo ahora, en el expediente, el informe de la representación de los trabajadores en el seno de la empresa (art. 45, 1, DLRT) y se abre la posibilidad de que por vía de negociación colectiva puedan regularse los problemas planteados por la reestructuración de plantillas (art. 45, 2).

(14) Un panorama comparado general en FERMÍN RODRÍGUEZ SAÑUDO: «Despidos por causas objetivas en la Europa comunitaria y en España», conferencia pronunciada en Zaragoza, de próxima publicación. En Francia, a partir de la ley de 13-7-73 (decreto 10-8-73), el despido es necesariamente causal, exigiéndose la existencia de una causa «real y seria» (cfr., por todos, JEAN PELISSIER: *La réforme du licenciement*, Paris, 1974, págs. 83 y sigs); en Italia, la ley de 15-7-66 (que marca el paso del régimen convencional al régimen legal en la materia) y el Estatuto de los trabajadores, que se remite a ella, exigen una justa causa o un justificado motivo para el despido (cfr. M. V. BALLESTRERO GENTILI: *I licenziamenti*, Milán, 1975, págs. 312 y sigs.). También en Inglaterra, la ley de 12-11-75 exige una causa suficiente, y en Alemania la ley de 25-8-69 exige que el despido sea «socialmente justificado». (Asimismo, la Recomendación núm. 119 de la OIT, de 1963, habla de «causa justificada» para el despido.)

en el seno del Derecho comparado (15) y que responde a una distinción clara entre causas derivadas del incumplimiento de deberes contractuales del trabajador y causas fundadas en razones inherentes a la actividad productiva, a la organización del trabajo y al adecuado funcionamiento de la empresa (16), aunque la formulación separada de las dos nuevas figuras de despido no debe hacer olvidar la naturaleza fundamentalmente unitaria del mismo (17). La diferencia sigue estando, básicamente, en que en la generalidad de los ordenamientos comparados corresponde a la labor doctrinal y sobre todo jurisprudencial la identificación de las distintas causas concretas reconducibles a las formulaciones generales, mientras que entre nosotros es el propio legislador quien, recurriendo a un método casuístico, enumera taxativamente las causas que pueden concurrir a la justificación del despido, tanto disciplinario como por circunstancias objetivas.

Por otra parte, en el DLRT se acentúa el intento de separación entre despidos individuales y despidos colectivos. Desde un punto de vista dogmático,

(15) F. RODRÍGUEZ SAÑUDO afirma en el trabajo citado que la bipartición entre despido disciplinario y despido objetivo es generalmente desconocida en el Derecho comparado. Pero lo que es desconocida es una formulación legal como la española, no la identificación, en las genéricas formulaciones legales y en la práctica jurisprudencial, de ambas figuras de despido (cfr. la nota siguiente).

(16) La ley italiana (art. 3.º ley 15-7-66, al que se remite el artículo 18 del Estatuto de los trabajadores) identifica el justificado motivo como: a) notable incumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador, o b) razones inherentes a la actividad productiva, a la organización del trabajo, al funcionamiento regular de la misma (cfr. M. V. BALLESTRERO GENTILI: *I licenziamenti*, cit., págs. 314 y sigs., e «Il giustificato motivo di licenziamento», en *I licenziamenti individuali e la reintegrazione nel posto di lavoro*, Milán, 1972, págs. 34 y sigs. También G. F. MANCINI, en *Statuto dei diritti dei lavoratori*, de GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI y ROMAGNOLI, sub art. 18, Bolonia, 1972, págs. 248 y sigs.). La normativa francesa de 1973, según la doctrina, hace referencia en cuanto a la «seriedad» de la causa, a causas concernientes a la persona y a la actividad del asalariado (incluyéndose la ineptitud del trabajador y los incumplimientos o faltas del mismo), y a causas concernientes a la vida y a la organización de la empresa (cfr. J. PELISSIER, *op. cit.*, págs. 98 y sigs.). En Alemania, por lo demás, como cuida de señalar el profesor RODRÍGUEZ SAÑUDO, es despido socialmente injustificado el no fundado en la persona o en la conducta del trabajador o en necesidades urgentes de la empresa que impidan la continuidad de la relación, y la propia Recomendación de la OIT citada habla de «causa justificada relacionada con la capacidad o conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa».

(17) Insiste en el despido como poder fundamentalmente unitario, con argumentos de gran interés, BALLESTRERO GENTILI: «Il giustificato motivo di licenziamento», cit., págs. 44 y sigs.

podemos afirmar que los despidos individuales tienen una concreción individual clara en cuanto a la persona del destinatario y encuentran su causa en el terreno contractual del contrato de trabajo individual del empresario y el trabajador o en razones objetivas referentes también a un trabajador concreto. Los despidos colectivos, por el contrario, fundados en motivos tecnológicos o económicos o bien derivados de fuerza mayor, no tienen *a priori* una concreción individual precisa, sino que afectan a un conjunto de trabajadores (o mejor, de puestos de trabajo) (18). Sintéticamente, podemos decir que los despidos individuales contemplan al trabajador afectado, mientras que los despidos colectivos contemplan más bien el puesto de trabajo, y el trabajador resulta afectado indirectamente, como consecuencia de la ocupación de ese puesto. Si bien es lógico que por evidentes razones económicas y sociales, dada la mayor importancia que en ambos terrenos tienen los despidos colectivos, se reserve para éstos un tratamiento diferenciado en relación con los despidos individuales (19), el intento legal va entre nosotros más allá, tratando de separar como figuras totalmente distintas ambos tipos de despido (20), para circunscribir así la problemática conexas al despido al terreno de los despidos individuales, evitando que toda la temática en torno a la figura del despido se aplique también en la sede, social y económicamente muy importante, de los despidos colectivos.

Ciñéndonos ya a los despidos individuales, recordemos que se produce una división de los mismos en despidos disciplinarios y despidos por circunstancias objetivas (21). El que el legislador hable ahora expresamente de «des-

(18) Aun cuando en el caso límite pueden también afectar en concreto a un solo trabajador [y el caso típico es el contemplado en el art. 39, 1, c), DLRT, relativo a la necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo].

(19) En otros ordenamientos se produce un tratamiento igual para todos los despidos por motivos económicos, sean individuales o colectivos; así en Francia, con la ley de 3 de enero de 1975 y el decreto de 5 de mayo del mismo año. Cfr. el número especial de *Droit Social* de junio de 1975 y, recientemente, en relación con un caso concreto de gran interés, FRANCK MODERNE: «Le conflit du Parisien Libéré et le controle juridictionnel des licenciements pour motif économique», en la misma revista, 1977, núm. 12, págs. 466 y sigs.

(20) Incluso a nivel meramente terminológico, en el DLRT (art. 30, 2, y art. 45), como ya antes en la LRL (art. 18, 1, y art. 20), la expresión «despido» viene reservada para los despidos individuales, hablándose simplemente de «extinción» de las relaciones de trabajo fundada en causas tecnológicas o económicas. Sólo el artículo 117 LPL, en la redacción actualmente vigente, sigue hablando de «despido» en relación con los despidos colectivos.

(21) Los despidos disciplinarios son siempre individuales, mientras que los despidos por circunstancias objetivas pueden ser individuales o colectivos. Y, a su vez,

pido disciplinario» hace que deba replantearse el debate doctrinal precedente sobre el concepto y la naturaleza del despido. Existe ahora, y de este dato ineludible hay que partir, una opción terminológica y conceptual del legislador, clara y consciente, que no cabe ignorar. Los acérrimos negadores de la naturaleza disciplinaria del despido tienen, pues, que hacer las cuentas con la ley, sin olvidar que si el jurista no debe ser mero instrumento servil de «racionalización» de la voluntad política expresada en la ley, tampoco debe buscar sobreponer su propio planteamiento jurídico-(político) desconociendo o deformando el dictado legislativo.

El problema de la calificación del despido por incumplimiento contractual como despido disciplinario, que ya se producía en determinados sectores doctrinales y que ahora recoge la ley, no se puede solucionar en abstracto, con un razonamiento que deje al margen la consideración de la función y la configuración del poder disciplinario del empresario. Esto es, el problema no se plantearía si no existiera en el ámbito de la relación de trabajo la importante peculiaridad derivada del reconocimiento a una de las partes del contrato de un poder disciplinario.

El fondo del asunto es que, con arreglo a los principios civiles, frente a los incumplimientos contractuales del trabajador, el empresario no tendría más que los remedios normales del Derecho civil. Pero éstos resultan claramente insuficientes para lo que reclaman sus intereses patrimoniales. La indemnización o el resarcimiento de daños tropezará generalmente, aparte otras dificultades, con la insuficiencia patrimonial del trabajador; y la resolución de la relación es una solución extrema, grave, que además presenta dos importantes inconvenientes: en primer lugar, no sería admitida normalmente por los tribunales, con arreglo a los principios civiles, para hacer frente a incumplimientos menores, poco graves del trabajador; y, en segundo lugar, conduciría, si viniese aplicada rigurosamente, al vaciamiento de las plantillas en

la bipartición de los despidos individuales no es predicable de los colectivos, que son siempre por circunstancias objetivas, aunque separados en su tratamiento de los individuales por las mismas circunstancias, por las razones económicas y sociales alegadas. No se trata, pues, de que el despido por circunstancias objetivas del DLRT se aproxime al despido por fuerza mayor (en el sentido de que se funda sobre causas no imputables al despedido, afectado por circunstancias externas fuera de su control; cfr. M. ALONSO OLEA: Apéndice a la 4.^a edición de *Derecho del Trabajo*, Madrid, 1977, pág. 21), ni de que el despido por circunstancias objetivas esté a medio camino entre los despidos individuales (disciplinarios) y los despidos de crisis (colectivos), siendo un despido individual fundado en causas objetivas independientes de la voluntad del trabajador (cfr. A. MONTROYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, 2.^a ed., Madrid, 1978, pág. 395.)

poco tiempo, dando lugar a un elevado índice de rotación de la mano de obra, con todos los inconvenientes (y los costes) que para la empresa implica. Por ello, en el ámbito de la relación de trabajo se reconoce a una de las partes del contrato el poder, excepcional en el seno del Derecho privado, de imponer o irrogar penas privadas. En la racionalización de los juristas de primeros de siglo, el reconocimiento de ese excepcional poder sancionador se produce en beneficio del trabajador y como protección a su estabilidad en el empleo. Sin embargo, la operación iba dirigida a beneficiar directa y expresamente al empresario, concediéndole la facultad de reaccionar frente a incumplimientos poco graves del trabajador, que nunca fundarían frente a un tribunal la acción resolutoria, mediante penas menos graves que el despido, conservadoras de la relación (22). Se deja la resolución del contrato, pues, para casos extremos, y la imposición de sanciones disciplinarias menos graves, que mantienen la vigencia de la relación, para el resto de los casos. Este es, esquemáticamente, el origen del poder disciplinario y el sentido del reconocimiento del mismo al empresario. Ahora bien, como poder excepcional que es en el ámbito del Derecho privado, su ejercicio se rodea, en todos los ordenamientos, de determinadas garantías. El problema es si esas garantías deben también aplicarse al supuesto más grave de la resolución del contrato —el despido—, respecto del cual las sanciones disciplinarias son un remedio sustitutivo, más favorable a los intereses del empleador y del funcionamiento de la empresa. Conforme a este planteamiento, sería absurdo no exigir las cautelas y garantías necesarias para la imposición de sanciones a los casos más graves, que son los de despido (23). Por lo que la aplicación del régimen disciplinario sancionador a los despidos derivados de incumplimiento contractual aparece clara y cobra pleno sentido la afirmación del carácter disciplinario del despido.

Afirmar, como se hace en determinados sectores doctrinales (24), que el poder disciplinario corresponde al empresario en cuanto tal, en cuanto titular de la empresa, mientras que el despido es un remedio que le corresponde o le viene reconocido como contratante, es ignorar el sentido profundo

(22) Cfr. sobre este tema L. MONTUSCHI: *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milán, 1973, así como el comentario al artículo 7.º del Estatuto de los trabajadores, en *Statuto dei diritti dei lavoratori*, cit. También, M. V. BALLESTRERO GENTILI: *I licenziamenti*, cit., pág. 334 y sigs., e «Il giustificato motivo di licenziamento», cit., páginas 42 y sigs.

(23) En este punto pone el acento también BALLESTRERO GENTILI, *loc. cit.*

(24) Cfr. FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ: *La terminación del contrato de trabajo*, Bolonia, 1967, pág. 80, y MIGUEL RODRÍGUEZ PIÑERO: *Apuntes de cátedra*, multicopiados, epígrafe 5.3.1.2., págs. 40 y sigs.

y la significación del poder disciplinario. El reconocimiento del poder disciplinario es una especialidad, integra una situación excepcional en el ámbito del Derecho privado favorable al empresario y, por tanto, no puede ser nunca un elemento de favor argumentativo para el mismo. En definitiva, considero errónea la rígida distinción de los poderes del empresario en poderes como contratante y como empresario. Porque el origen del poder disciplinario del empresario, el origen en general de sus poderes como empresario, deriva de su particular situación como contratante (de la fuerza de trabajo) y de la específica tutela que de sus intereses se realiza al nivel del ordenamiento positivo.

Pienso, por consiguiente, que el despido basado en incumplimientos contractuales del trabajador merece la calificación de despido disciplinario y ha de someterse —éste es el núcleo central de la discusión— a las cautelas y garantías exigidas para el ejercicio del poder disciplinario empresarial. La calificación legal de «despido disciplinario» me parece, pues, correcta, máxime cuando de la enumeración de causas justificadoras del mismo contenida en el artículo 33 DLRT ha sido excluida la ineptitud (incluyéndose dos nuevas causas derivadas de comportamientos huelguísticos ilegales) (25). De las tres causas de despido que se indicaban básicamente como obstativas para la calificación como disciplinario del despido contemplado en el artículo 77 LCT, una de ellas —la detención del trabajador— no es causa autónoma de despido; con otra —la de embriaguez— no estoy de acuerdo en que no sea un supuesto de falta contractual del trabajador (26); y la tercera, que era la única realmente problemática —la ineptitud del trabajador—, ha sido acertadamente excluida del nuevo artículo 33 DLRT. El despido disciplinario regulado en el DLRT es, pues, un despido basado en incumplimientos contractuales del trabajador, que participa de la naturaleza de las sanciones disciplinarias y que debe ser estudiado desde la perspectiva del poder disciplinario o sancionador del empresario.

Junto al despido por incumplimiento contractual, que hemos calificado como despido disciplinario, el despido por causas objetivas de los artículos 39 y siguientes del DLRT integra supuestos de resolución contractual por

(25) Sobre ellas, cfr. FEDERICO DURÁN LÓPEZ: «La nueva regulación de la huelga y del cierre patronal», en *Revista de Política Social*, núm. 115, 1977, págs. 65 y 75.

(26) Dejando ahora aparte la posibilidad de que concurra aquí una enfermedad del trabajador —el alcoholismo—, cuyo reconocimiento social, como tal enfermedad, con todas sus consecuencias, determinaría un cambio importante en los planteamientos en esta materia. En relación con los argumentos criticados en el texto, cfr. RODRÍGUEZ PIÑERO, *ob. cit.*

circunstancias objetivas independientes de la voluntad de las partes, por lo que no deriva de incumplimiento contractual alguno del trabajador y merece un tratamiento y una calificación aparte de la del despido disciplinario, como acertadamente se produce en la nueva regulación del DLRT. (Aun cuando, como hemos visto, el poder empresarial de despedir es un poder de naturaleza fundamentalmente unitaria.) Vamos a centrar nuestra atención, a partir de este momento, en el despido individual por circunstancias objetivas, regulado en los artículos 39 y siguientes del DLRT, con carácter de novedad en el ordenamiento positivo español.

4. LAS CAUSAS DEL DESPIDO POR CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS

Las causas justas de despido por circunstancias objetivas vienen establecidas en el artículo 39 DLRT. Según el tenor literal de éste, por circunstancias objetivas basadas en la capacidad profesional del trabajador o en las necesidades de funcionamiento de la empresa, constituyen causa suficiente para el despido las siguientes:

- a) La ineptitud del trabajador, originaria o sobrevenida.
- b) La falta de adaptación del mismo a las modificaciones tecnológicas del puesto de trabajo que viniera desempeñando, siempre que fuese adecuado a su categoría profesional.
- c) La necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo cuando no proceda utilizar al trabajador afectado en otras tareas.
- d) Las faltas, aun justificadas, de asistencia al trabajo, cuando fueren intermitentes, superen en un año el treinta por ciento de las jornadas y no respondan a accidente o enfermedad que produzcan incapacidad continuada de larga duración.

La primera de las causas proviene del artículo 77 LCT, mientras que las otras tres son establecidas *ex novo* por el DLRT (27). Vamos a ocuparnos separadamente de cada una de ellas.

(27) Para algunos autores, el antecedente de estas causas de despido hay que identificarlo en el artículo 81 LCT, siendo la novedad el que ahora se especifican los «motivos justificados» y se aclara el procedimiento a seguir, llenando la laguna de la LCT (cfr. A. MONTÓYA MELGAR: *Derecho del Trabajo*, 2.^a ed., Madrid, 1978, pág. 395), o bien afirmando que la nueva regulación es más amplia, limitándose el citado artículo 81 a la ineptitud como causa de despido (cfr. ALBIOL y otros: *Nueva*

4.1. *La ineptitud del trabajador*

En la ley de Contrato de Trabajo, artículo 77, *d*), venía recogida como causa de despido «la ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado». Se trata de una causa que planteó importantes problemas interpretativos a la doctrina, habiendo de situarse el origen de las dificultades que suscitaba precisamente en su inclusión en el artículo 77 LCT junto a otra serie de causas basadas en el incumplimiento contractual del trabajador y que adquirirían, por tanto, una coloración disciplinaria. Desde este punto de vista, un amplio sector doctrinal observaba las diferentes características de la ineptitud, que no encajaba bien como incumplimiento culpable (ya hemos visto incluso cómo se utilizaba su presencia en el artículo 77 LCT para contestar el carácter disciplinario del despido). Al respecto se afirmaba que cuando la ineptitud era originaria y no la conocía el empleador, el contrato estaba afectado de nulidad por vicio en el consentimiento; si era originaria y la conocía, el empleador no podía luego alegarla como causa resolutoria; y por último, si era sobrevenida se trataba de una imposibilidad de cumplir, no de una «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento»: en cualquiera de estos tres casos, la ineptitud se decía que delineaba un fenómeno dispar a los restantes del artículo 77 LCT, llegándose a la conclusión de que la LCT incurría en una deficiencia técnica, o utilizaba el instrumento del despido como medio más común para extinguir el contrato que el procedimiento de nulidad, pese a pertenecer la ineptitud más ajustadamente al ámbito de ésta (28).

El nudo gordiano, en cierta medida, viene a ser cortado por la nueva regulación del despido contenida en el DLRT. A partir de esta nueva regulación, las deficiencias técnicas observables en el artículo 77 LCT en relación

regulación de las relaciones de trabajo, Valencia, 1977, pág. 66). Otros autores insisten, sin embargo, en el carácter de novedad de la identificación de estas causas de despido (cfr. RODRÍGUEZ SAÑUDO, *op. cit.*), e incluso niegan expresamente el carácter de precedente del artículo 81 LCT (cfr. BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA: *Manual de Derecho del Trabajo*, 11.ª ed. revisada y puesta al día por FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ, Madrid, 1977-78, vol. II, pág. 472).

(28) Cfr. sobre la ineptitud como causa de despido en el artículo 77 LCT y los problemas mencionados en torno a la misma, M. ALONSO OLEA: *El despido*, Madrid, 1958, pág. 133; JOSÉ VIDA SORIA: «La ineptitud del trabajador respecto a la ocupación o trabajo para que fue contratado», en *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Madrid, 1969; F. SUÁREZ GONZÁLEZ: *La terminación del contrato de trabajo*, cit., págs. 94, y sigs., y RODRÍGUEZ PIÑERO: *Apuntes*, cit., págs. 51 y sigs.

con el tema presente resultan obviadas, y puede hablarse ya, como hemos visto, con mucha mayor fundamentación, de un despido disciplinario, basado en incumplimientos contractuales del trabajador y de un despido basado en circunstancias objetivas. La ineptitud del trabajador viene incluida ahora en esta última figura, configurándose, pues, como justa causa de despido derivada de circunstancias objetivas, independiente claramente de la conducta voluntaria —del incumplimiento contractual— del trabajador. El cuadro legal de la regulación del despido puede así trazarse de una manera mucho más armónica y coherente, pudiendo derivar, en definitiva, el ejercicio de la acción de despido de incumplimientos contractuales (despido disciplinario) o de una situación objetiva relacionada con la capacidad del trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa (despido por circunstancias objetivas).

La ineptitud como causa de despido integra, pues, un supuesto de imposibilidad sobrevenida de la prestación, que permite la resolución de la relación pero que funda un derecho del trabajador a ser indemnizado al extinguirse su relación de trabajo, como había reclamado parte de la doctrina ya anteriormente, y consagra hoy el artículo 40 DLRT. En relación con la ineptitud sobrevenida pienso que debe seguir siendo aplicable la elaboración doctrinal y jurisprudencial anterior (29), pudiendo sostenerse, por analogía con lo establecido para la extinción de la relación de trabajo por motivos económicos o tecnológicos, un derecho preferente del trabajador al reingreso si recobra la capacidad o aptitudes perdidas, así como el derecho del trabajador, antes de ser despedido, a ser cambiado, si resulta posible, a un puesto de trabajo acorde con su aptitud o capacidad (30). En favor de este último punto, en concreto, está el hecho de que para el caso de supresión individual del puesto de trabajo, el despido sólo es justificado cuando no sea posible utilizar al trabajador en otras tareas [art. 39, 1, c) DLRT]. Parece que también cuando el despido se funda en la incapacidad o ineptitud sobrevenida del trabajador, hay que subordinarlo a que el trabajador no pueda ser utilizado, conforme a su capacidad actual, en otras tareas de la misma empresa.

Por lo demás, la ley habla ahora también expresamente de la «ineptitud originaria». ¿Qué significado hemos de dar a tal ineptitud originaria para su

(29) Cfr. BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *op. cit.*, pág. 473 y nota 11.

(30) Cfr. ALBIOL y otros: *Nueva regulación de las relaciones de trabajo*, cit., página 68. También J. PELISSIER: *La réforme du licenciement*, cit., pág. 99, indica que sólo está justificado el despido por ineptitud cuando no existe posibilidad de emplear al trabajador en otro puesto de trabajo (lo cual está previsto también por la ley alemana de 15-1-72, sobre organización de las empresas, en su art. 102, 3).

juego como causa justa de despido? En mi opinión, la causa de despido aquí contemplada es la ineptitud originaria desconocida y posteriormente descubierta. La ineptitud originaria conocida no puede posteriormente hacerse valer por el empresario, ya que nadie puede ir contra sus propios actos (31). En cuanto a la ineptitud originaria desconocida y posteriormente descubierta, es causa de nulidad del contrato por vicio del consentimiento, viniendo simplemente posibilitado, por su mayor rapidez y simplicidad, el ejercicio de la acción de despido (32). Continúa aquí planteándose, sin embargo, el tema de la coordinación del despido por ineptitud con el instituto del período de prueba. En mi opinión, si se realizó un período de prueba, cumpliéndose efectivamente el deber de experimento y superada airosamente la prueba por el trabajador, no cabe alegar por el empresario ineptitud originaria del mismo, pudiéndose recurrir a esta causa de despido sólo en el caso de la ineptitud sobrevenida (33).

4.2 *La falta de adaptación del trabajador a las modificaciones tecnológicas del puesto de trabajo*

La segunda causa justa de despido del artículo 39 DLRT es la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones tecnológicas del puesto de trabajo que viniera desempeñando, siempre que fuese adecuado a su categoría profesional. Ya durante la vigencia del artículo 77 LCT se planteó si el cambio de clasificación o de puesto de trabajo del trabajador podía ir seguido del despido por ineptitud en el nuevo puesto o categoría, pronunciándose mayoritariamente la doctrina en el sentido de que tal despido no sería socialmente justificado ni conforme al deber de protección cuando el trabajador podía ser mantenido en su antiguo puesto de trabajo y estaba conforme con

(31) En este sentido, M. ALONSO OLEA: Apéndice a *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 21; BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *op. cit.*, pág. 473, y ALBIOL y otros, *op. cit.*, pág. 67.

(32) Cfr. M. ALONSO OLEA, *loc. cit.*, y BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *loc. cit.*

(33) Sobre el tema, cfr. A. MARTÍN VALVERDE: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, Madrid, 1976, pág. 85 y sobre todo págs. 284 y sigs. En el sentido defendido en el texto, también M. ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 21 (no es alegable la ineptitud originaria debida conocer a través del período de prueba, si existió). En contra, en un claro ejemplo de los moldes de interpretación «alarmista» a los que hacíamos referencia al principio de este trabajo, ALBIOL y otros: *Las relaciones laborales*, Valencia, 1977, pág. 215, aunque los mismos autores matizan más este tema en *Nueva regulación de las relaciones de trabajo*, cit., pág. 67.

ello. Aquí el supuesto contemplado es cercano al descrito, aunque parcialmente distinto. Se trata de modificaciones tecnológicas en el puesto de trabajo ocupado por el trabajador, que determinan la falta de adaptación de éste a la nueva situación. Estamos en presencia —y éste es, para mí, el fondo del problema— de un supuesto claro de conflicto entre dos bienes perfectamente delimitados: el progreso técnico, identificado en las exigencias organizativas de la empresa, como consecuencia de avances tecnológicos que permiten una mayor eficiencia o productividad de la misma, por una parte, y el patrimonio profesional del trabajador y su derecho a la conservación del puesto de trabajo, por otra. Este es, repito, el fondo del asunto, y no el que se cree o no se cree una nueva obligación del trabajador consistente en progresar en su capacidad profesional (34), lo que podría fundar, a su vez, una obligación paralela del empresario de facilitar al trabajador la formación profesional precisa (35). El problema excede de la óptica meramente individual de la relación de trabajo del trabajador afectado y se concreta en el choque entre los dos bienes o intereses anteriormente descritos. Por lo demás, se trata de un problema que existe desde que existe el Derecho del trabajo y basta pensar en los movimientos iniciales de tipo «ludista» para comprender su importancia y su centralidad; importancia y centralidad que están presentes todavía, aun cuando atenuadas, y que contemplan aún el choque entre quienes defienden a ultranza el progreso técnico, con independencia de los costos humanos que comporta, y quienes, en ocasiones irracionalmente, se empeñan en la defensa también a ultranza del puesto de trabajo, oponiéndose a toda movilidad derivada de innovaciones tecnológicas e intentando —fundamentalmente por medio del sindicato y la presión sindical— la defensa cerrada de la estabilidad en los puestos de trabajo, incluso los ya no productivos, sin admitir la necesidad de una cierta movilidad profesional en el cuadro de las reconversiones industriales, debidamente garantizada y bajo la dirección (o la codirección, mejor) del sindicato.

La ley española, ante este conflicto de intereses descrito, se inclina aquí claramente en favor del interés empresarial (36), con el único límite de que la modificación del puesto de trabajo sea adecuada a la categoría profesional

(34) En este sentido se pronuncian ALBIOL y otros: *Nueva regulación de las relaciones de trabajo*, cit., pág. 70.

(35) Cfr. BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *op. cit.*, pág. 474, donde se recoge la tesis anterior de los autores citados en la nota precedente.

(36) Algunos autores hacen referencia al reforzamiento de los poderes empresariales que se produce con esta nueva regulación: cfr. ALBIOL y otros: *Nueva regulación de las relaciones de trabajo*, cit., págs. 69 y 70.

del trabajador. En definitiva, será la jurisprudencia la que habrá de delimitar el funcionamiento concreto de este supuesto. *A priori*, y desde un punto de vista teórico, caben tres posibles posiciones al respecto. En una primera posición «liberalista», se garantiza de forma absoluta la «libertad económica», impidiendo al juez entrar a considerar las cuestiones relativas a la organización de la empresa. El cuándo, cómo ... de la empresa son sólo competencia del empresario, porque la actividad económica es libre. El juez no puede penetrar en las opciones del empresario relativas a la dimensión de la empresa, su modo de funcionamiento, su organización concreta. A lo más que puede llegar, en ciertos casos, es a comprobar si de estas opciones derivan (como de causa a efecto) determinadas decisiones concretas (despido, cambio de puesto de trabajo) del empresario que se ven contestadas.

En otra posición, centrista-dirigista, se estima que el juez puede entrar en la valoración de las opciones de fondo que realiza el empresario y que le llevan, como consecuencia lógica, a la adopción de concretas decisiones en relación con el personal. Pero dicha valoración sólo puede realizarse sobre la base de determinados criterios. Y el único criterio posible es el de la «racionalidad», el de la «eficiencia» de la opción, según las reglas de la normalidad técnico-organizativa.

Por último, cabe someter la iniciativa económica privada al criterio de la «utilidad social», de tal manera que no pueda desarrollarse en contraste con ésta, y otorgando al juez el derecho a valorar en este sentido las opciones empresariales. El juez, entonces, al valorar las decisiones empresariales, las somete no sólo al criterio de la normalidad técnico-organizativa, sino que habrá de indagar si se trata de decisiones socialmente oportunas.

Evidentemente, estamos en presencia de valores históricos variables, por lo que la frontera entre estas posiciones es una «frontera móvil». No cabe estimar que en un ordenamiento se produzca, a este respecto, una opción de una vez para siempre. Cada pronunciamiento legislativo podrá desplazar dicha frontera en un sentido o en otro, dando prevalencia a los intereses sociales o al interés empresarial centrado en la libre organización de la empresa y en la movilidad (interna y externa) de la mano de obra (37). En mi

(37) Cfr. las consideraciones que tuve al respecto en ocasión de realizar en «La organización del trabajo como facultad del empresario y sus límites: el cambio de puesto de trabajo y la clasificación profesional», en *Revista de Política Social*, número 108, 1975, págs. 264-265. Sobre el tema, más ampliamente, M. V. BALLESTRERO GENTILI: *I licenziamenti*, cit., págs. 364 y sigs., e «Il giustificato motivo di licenziamento», cit., págs. 48 y sigs., con la bibliografía allí relacionada. En el ordenamiento francés el debate doctrinal y jurisprudencial es al respecto más atrasado. JEAN PE-

opinión, en el caso concreto que analizamos no podrá exigirse que la decisión empresarial de introducir la modificación tecnológica que conlleva la falta de adaptación y el consiguiente despido del trabajador sea socialmente adecuada, ya que la ley da prevalencia claramente a la libertad de iniciativa económica privada sobre la utilidad social. Pero el juzgador sí podrá entrar a comprobar no sólo la subsistencia de la opinión patronal, sino también su corrección o adecuación desde el punto de vista técnico. Esto es, que la modificación introducida sea realmente una modificación fundada en la mejora técnica del proceso productivo (38), exigida, pues, con arreglo a los cánones técnico-organizativos de la organización capitalista del trabajo. Si la modificación no redunde en la mejora de la eficiencia o de la productividad del trabajo podrá ser contestada y negarse la concurrencia de la presente causa de despido. Por lo demás, el puesto de trabajo ocupado por el trabajador despedido no puede ser suprimido —porque estaríamos en la causa de despido siguiente— ni la modificación puede estar enmarcada en una reconversión más amplia y profunda de la empresa que afecte a una pluralidad de trabajadores, pues entonces habría que seguir el procedimiento establecido para la reestructuración de plantillas (39).

En cuanto a las garantías para el trabajador concretamente afectado por la modificación tecnológica introducida, parece claro, en primer lugar, que ha de concederse al mismo un período razonable de adaptación a las

LISSIER: *La réforme du licenciement*, cit., págs. 102 y sigs., se plantea el tema, señalando cómo los tribunales evitan mezclarse en el control del poder de dirección económica del empresario, rechazan apreciar la oportunidad económica de las decisiones tomadas por el empresario, y preguntándose si cambiará la situación en el sentido de que los tribunales acepten indagar si la medida adoptada era necesaria para el buen funcionamiento de la empresa. La opinión del autor es que los tribunales tienen argumentos para no cambiar de postura: en un régimen de libre empresa, los jueces estiman que no les compete controlar la manera en que los empresarios gestionan sus empresas; aparte de la dificultad práctica de juzgar técnicamente una medida del empresario, incluso con la ayuda de expertos, por lo que se plantea PELISSIER la necesidad de que los jueces estén mejor formados en materia económica. (No hay que olvidar, sin embargo, en relación con este último argumento, que el juez no valora abstractamente una situación de la que ha de extraer los datos pertinentes, sino que el empresario ha de probar la subsistencia de la causa alegada, por lo que se juzga sobre la base de las pruebas que ha de aportar el empresario, lo que evidentemente facilita en alguna medida la labor judicial.)

(38) Algo de esto parece querer indicar MONTOYA MELGAR, *op. cit.*, pág. 396, cuando dice que los magistrados deben admitir esta causa sólo muy restrictivamente y cuando quede probada la necesidad del cambio tecnológico.

(39) En contra, ALBIOL y otros: *Las relaciones laborales*, cit., págs. 216-217.

cambiadas condiciones de su puesto de trabajo, y sólo transcurrido dicho período cabrá ejercitar la acción de despido aquí contemplada (40). En segundo lugar, es preciso también aquí, recurriendo analógicamente a lo previsto expresamente en la causa siguiente [art. 39, 1, c) DLRT] —en la medida en que subsiste en uno u otro supuesto la misma ratio—, que el trabajador que no se haya adaptado a la modificación tecnológica sufrida por su puesto de trabajo no pueda ser ocupado en otro puesto dentro de la misma empresa (41). Finalmente, la modificación no puede ser tal de convertir el puesto de trabajo en propio de una categoría profesional distinta a la que ostentaba el trabajador. Se busca con ello el que la «modificación» sea verdaderamente tal y no una supresión del puesto de trabajo con la creación de uno nuevo que requiera para su ejercicio la posesión de una distinta categoría profesional. En este caso, quedaría, por una parte, la creación de un nuevo puesto de trabajo y, por otra, habría que justificar, en su caso, para suprimir el pretendidamente modificado, la concurrencia de una distinta causa de despido, que es precisamente la necesidad de amortización individual de un puesto de trabajo. Modificación del puesto de trabajo, pues, a los efectos del art. 39, 1, b) DLRT, es sólo la modificación que respeta los límites de la categoría profesional ostentada por el trabajador. Esta puede ser, por lo demás, una importante vía para la recuperación (en sede jurisprudencial), al menos parcial, de la función «garantista», que es, en definitiva, la única realísimamente atribuible en el momento presente a la «categoría profesional» (42).

4.3. *La necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo*

La tercera de las causas de despido contempladas en el artículo 39 DLRT consiste en la necesidad de amortizar individualmente un puesto de trabajo cuando no proceda utilizar al trabajador afectado en otras tareas. Se trata del caso extremo del despido conceptualmente colectivo, pero de concreción individual. Esto es, la presente causa de despido se incluye entre

(40) En este sentido, ALBIOL y otros: *Nueva regulación de las relaciones de trabajo*, cit., págs. 70-71, y ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 21.

(41) Cfr. BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *op. cit.*, pág. 474.

(42) Cfr. al respecto mi trabajo «La clasificación profesional de los trabajadores: función y significado en la organización capitalista del trabajo», de próxima aparición en la *Revista Jurídica de Cataluña*.

las que no tienen *a priori* una concreción individual precisa, sino que afectan a un conjunto de trabajadores (o mejor, de puestos de trabajo) y que, en el caso límite que es el presente, pueden también afectar a un solo trabajador o puesto de trabajo. En puridad, pues, estamos ante un supuesto teórico de despido colectivo, sólo que se incluye en el despido individual por circunstancias objetivas por ser el supuesto extremo de despido conceptualmente colectivo, pero de concreción individual. Ello resulta confirmado por el párrafo segundo del mismo artículo 39, que dispone que cuando la amortización del puesto de trabajo prevista como causa suficiente en el apartado c) del párrafo anterior afecte a un conjunto de trabajadores, habrá de seguirse el procedimiento de regulación de empleo conforme a las normas específicas del mismo, sin que quepa, pues, el despido individual de cada uno de los trabajadores afectados (43). Existe, por tanto, en mi opinión, una identidad sustancial entre la extinción de las relaciones de trabajo

(43) No cabe, pues, en contra de lo que señalan algunos autores, transformar el despido colectivo en una suma de despidos individuales (cfr. ALBIOL y otros: *Las relaciones laborales*, cit., pág. 216). Cuando el despido afecte a más de un trabajador, esto es, cuando se produzca más de un despido por circunstancias objetivas, cada trabajador afectado, en el proceso por despido, alegará este hecho para fundar la no subsistencia de la causa del artículo 39, 1, c), lo que determinará, si el magistrado estima, a través de los medios de prueba de que disponga, que no existe una concreción meramente individual del despido, la improcedencia del mismo. [No se trata, pues, de alegar fraude a la ley, como sostienen ALBIOL y otros: *Nueva regulación de las relaciones de trabajo*, cit., pág. 74, sino la no subsistencia de la causa de despido utilizada. Y evidentemente no se trata tampoco de que con la solución propuesta el empresario, una vez hecho uso de esta causa de despido, «no podría volver a hacer uso nunca más, o al menos por un largo (y no determinado) período de tiempo», como indican los autores citados. Será el magistrado el que habrá de valorar, con todos los medios de prueba y elementos de convicción de que disponga —intervalo temporal de los despidos, dictámenes técnicos desde el punto de vista de la organización del trabajo, etc.—, la subsistencia de una u otra situación, esto es, la existencia o no de una concreción meramente individual del despido]. [En la directiva de la CEE sobre aproximación de las legislaciones internas de los Estados miembros en materia de despidos colectivos, de 17 de febrero de 1975, se intenta una cuantificación concreta en relación con este tema. Así, se exige que los despidos colectivos: a) se lleven a cabo en un período de treinta días y afecten al menos a 10 trabajadores en centros de trabajo con plantillas entre 20 y 100 trabajadores, al 10 por 100 al menos en centros de trabajo con plantillas de 100 a 300 trabajadores o a 30 trabajadores al menos en centros de trabajo con más de 300 trabajadores en plantilla; o b) que se realicen en un período de noventa días y afecten por lo menos a 20 trabajadores, sea cual sea el número de trabajadores empleados en el centro de trabajo. Cfr. F. RODRÍGUEZ SAÑUDO, *op. cit.*] Un tratamiento más detenido de este tema, *infra*, epígrafe 6.4.

por causas tecnológicas o económicas (o derivadas de fuerza mayor) y la causa de despido contemplada en el art. 39, 1, c) DLRT, identidad sustancial sólo alterada por la mera concreción individual del despido en el segundo de los supuestos mencionados (44).

Por lo demás, se plantean aquí también interesantes problemas interpretativos sobre los que habrá de recaer la atención jurisprudencial, centrados sobre todo en la garantía concreta que se establece para el trabajador afectado, consistente en la exigencia de que, para poder realizar el despido, *no proceda* utilizar al trabajador afectado en otras tareas. En mi opinión, el *no proceda* hay que interpretarlo en el sentido de que *no sea posible* la utilización del trabajador en otras tareas (45). Sólo en este caso estaría justificado el despido.

En cuanto al contenido de la decisión jurisprudencial que decida acerca de la procedencia o no del despido, y a los criterios de la misma, son aquí reproducibles las consideraciones desarrolladas al respecto en el epí-

(44) En contra, ALBIOL y otros: *Nueva regulación de las relaciones de trabajo*, cit., págs. 73-74, que sostienen que amortización individual y despido colectivo son supuestos distintos, y están previstos para casos diversos, aunque el motivo que justifica el despido sea en ambos de idéntica naturaleza. Y ello, basándose en una interpretación del significado de la expresión legal que se refiere a que la amortización *afecte* a un conjunto de trabajadores. En opinión de tales autores, el «afecte» no equivale necesariamente al despido de los trabajadores, de tal forma que cuando sean varios los trabajadores afectados, aunque sólo uno resulte despedido, no cabe utilizar la causa del artículo 39, 1, c), DLRT. Y, al contrario, cuando no estemos ante una reestructuración que afecte a la totalidad de la fábrica (o de un taller o sección), sino ante una organización del trabajo que afecte solamente a uno o varios puestos de trabajo (por ejemplo, por sustitución de maquinaria), pero sin que ello responda a un plan general o parcial de reorganización, es aplicable el artículo 39. En mi opinión, sin embargo, cuando el artículo 39, 2, habla de que la amortización afecte a un conjunto de trabajadores, se refiere a que resulten despedidos un conjunto de trabajadores, máxime teniendo en cuenta que en el párrafo 1, c), del mismo artículo, para referirse al trabajador despedido (o a despedir), se habla del trabajador «afectado». No se ve cómo el legislador, en tan corta distancia, puede utilizar una misma palabra en dos sentidos diferentes, cuando de ello derivan importantes consecuencias prácticas.

(45) En este sentido, también BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *op. cit.*, pág. 475, y ALBIOL y otros, *Nueva regulación de las relaciones de trabajo*, cit., pág. 72. (Estos últimos autores van más allá, interpretando que es preciso que no sea posible darle al trabajador «otro trabajo en la empresa y no necesariamente en un puesto de trabajo ya existente, sino incluso creando un puesto de trabajo distinto». Evidentemente, siempre hay posibilidad de crear un nuevo puesto de trabajo, por lo que esta interpretación conduce a la cancelación de la presente causa de despido.)

grafe anterior. La ley habla de que sea «necesaria» la amortización del puesto de trabajo (46), pero ¿cuándo hay que amortizar, cuándo es necesario amortizar un puesto de trabajo? ¿Qué criterios ha de utilizar el juez para controlar si tal amortización es necesaria y, por tanto, el despido es procedente? Evidentemente, no cabe que el juez subordine la decisión empresarial a criterios de utilidad social, pero tampoco tiene que someterse a la mera comprobación de la subsistencia de la relación de causa a efecto entre la decisión organizativa empresarial y la medida de despido adoptada, sino que puede y debe indagar —como en la anterior causa de despido— la procedencia desde el punto de vista técnico-organizativo de la decisión empresarial de amortizar el puesto de trabajo, de la que se deriva el despido del trabajador. El magistrado tiene, pues, que valorar desde el punto de vista técnico la corrección de la decisión empresarial en que se funda el despido, sin que la «necesidad» signifique sólo que de la decisión organizativa adoptada se deriva necesariamente la supresión del puesto de trabajo. El magistrado ha de conocer no sólo la relación (de necesidad) entre opción organizativa y supresión del puesto de trabajo, sino también de la opción organizativa en sí misma y de su corrección y procedencia desde el punto de vista técnico.

4.4. *Las faltas justificadas de asistencia al trabajo que excedan del treinta por ciento de las jornadas*

Finalmente, la última de las causas de despido contempladas por el artículo 39 DLRT es la consistente en la acumulación de faltas, aun justificadas, de asistencia al trabajo cuando fueran intermitentes, superen en un año el treinta por ciento de las jornadas y no respondan a accidente o enfermedad que produzca incapacidad continuada de larga duración. En mi opinión, esta es una causa que va dirigida a permitir al empresario el despido de los trabajadores de excesiva morbilidad que provoquen un número de ausencias justificadas al año superior al legalmente fijado (el treinta por ciento de las jornadas) (47). Por ello, quedan excluidos los supuestos de accidente o enferme-

(46) Por lo que tal necesidad ha de justificarse (ALBIOL y otros, *op. cit.*, pág. 72), no bastando la mera conveniencia o utilidad (BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *op. cit.*, pág. 475).

(47) La doctrina ha señalado cómo se trata de una causa de despido dirigida básicamente a luchar contra el absentismo: cfr. ALBIOL y otros, *Las relaciones laborales*, *op. cit.*, pág. 217; ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 21; BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTI-

dad que produzcan incapacidad continuada de larga duración. Pero deben quedar excluidas del cómputo de las ausencias justificadas también aquellas que deriven del ejercicio de un derecho que exceda de la óptica de la relación individual de trabajo en que se mueve el presente artículo. En concreto, las ausencias justificadas por huelga, que implican el ejercicio de un derecho por los trabajadores de protección prevalente al derecho empresarial tutelado en esta causa de despido; las que deriven de la utilización de los créditos de horas de los representantes sindicales, etc., no pueden ser computadas para ese treinta por ciento. Pero incluso desde la perspectiva estricta de la relación individual de trabajo, hay ausencias justificadas que tampoco pueden venir computadas, como las reconocidas en el artículo 9 LRL a efectos educativos y de formación profesional y, en general, las que integran una interrupción no periódica de la prestación laboral de las contempladas en el artículo 25, números 3 a 6, de la LRL (48). Por supuesto, el cálculo de las ausencias se realiza sobre el total de los días laborables del año, excluidos los días no laborables y el período de vacaciones.

En mi opinión, pues, en resumen, sólo son computables las ausencias justificadas que no impliquen el ejercicio de un derecho reconocido al trabajador legalmente (o convencionalmente en su caso), con lo cual sólo cabe computar las ausencias por enfermedades de corta duración que se produzcan intermitentemente a lo largo del año (49). Ya que en este caso no cabe hablar propiamente de ejercicio de un derecho del trabajador, sino que es una causa ajena a su voluntad la que le impone la ausencia justificada por la que el empresario tiene que pasar. No son computables, por tanto, las faltas que

JA, *op. cit.*, pág. 476 (añadiendo que el medio de lucha contra el absentismo en que esta causa de despido consiste no es idóneo, ya que las medidas represivas en esta materia son ineficaces y, por su carácter generalizador, decididamente injustas); MONTROYA MELGAR, *op. cit.*, pág. 396.

(48) En el mismo sentido, BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *op. cit.*, pág. 476 (la causa del despido sólo es alegable cuando no entre en colisión con derechos prioritarios de los trabajadores reconocidos y tutelados por el ordenamiento jurídico, como el derecho de huelga, el derecho al descanso durante el ambarazo...). En contra, ALBIOL y otros: *Las relaciones laborales*, cit., pág. 217 (se incluyen en las faltas las ausencias de los representantes sindicales o las derivadas del derecho al estudio) y *Nueva regulación de las relaciones de trabajo*, cit., pág. 75 (el interés de la empresa se coloca por encima de cualquier otro interés: al descanso, a la formación profesional, a la atención a deberes públicos o familiares, a la actividad sindical).

(49) Esto parece querer indicar también MONTROYA MELGAR, *op. cit.*, pág. 396, cuando indica que específicamente esta causa de despido es un remedio contra la pérdida de jornadas laborales debida a cortas enfermedades cuya realidad es difícilmente comprobable.

se produzcan como consecuencia del ejercicio de un derecho por parte del trabajador, sino sólo las inasistencias que se *justifican* (por concretas razones: enfermedad), no que se amparan en el legítimo ejercicio de un derecho, y excluidas de tales inasistencias las que derivan de enfermedad de larga duración (50).

Un último problema en relación con esta causa de despido consiste en decidir si para el cómputo de las ausencias cabe sumar las justificadas y las no justificadas. La dicción legal parece inclinarse por la solución afirmativa, ya que se habla de las faltas, *aun justificadas*, no de las faltas justificadas *tout court*. Sin embargo, el problema es más complicado de lo que parece. ¿Puede el empresario sumar a las ausencias justificadas que no alcanzan el treinta por ciento preciso las ausencias injustificadas que a su vez no integran la autónoma causa de despido del artículo 33, a) DLRT? En mi opinión, la respuesta tiene que ser negativa, a pesar de que la lectura apresurada del artículo 39, 1, d), pudiera inducir, como ya hemos visto, a lo contrario. Los supuestos contemplados en el artículo 33, a), y en el artículo 39, 1, d), son supuestos heterogéneos, responden a una ratio distinta (el despido como reacción frente a un incumplimiento contractual en el primer caso; el despido como medio de facilitar al empresario el prescindir de los trabajadores de excesiva morbilidad, hasta el punto de que se consideren demasiado onerosos para la empresa, en el segundo) (51) y no son, por consiguiente, considerables unitariamente. El artículo 33 y el artículo 39 DLRT responden

(50) Queda el problema de identificar cuáles son las enfermedades o accidentes que provocan incapacidad continuada de larga duración. Para ALBIOL y otros, *Nueva regulación*, cit., pág. 76, enfermedad de larga duración es toda aquella que se prolonga por más de veinticuatro horas, por lo que sólo serían computables las ausencias por enfermedad que no excediesen de dicho período de veinticuatro horas. Quizá sea una interpretación excesivamente rígida. Pienso que el legislador ha dejado conscientemente en el aire el punto y la utilización de una terminología no acorde con la utilizada en el sistema de seguridad social («incapacidad continuada de larga duración» no es una expresión acuñada en dicho sistema ni tiene un significado específico a la luz del mismo) es deliberada a tal efecto. En mi opinión, no cabe fijar reglas generales al respecto, sino que el magistrado habrá de valorar las circunstancias de cada caso concreto para decidir a la luz de las reflexiones anteriores. La opinión de los autores últimamente citados está excesivamente lastrada por la consideración de la norma en clave de lucha contra el absentismo, cuando más bien —como especifica MONTUÑA MELGAR en la referencia recogida en la nota anterior— va dirigida a permitir al empresario liberarse de los trabajadores de excesiva morbilidad.

(51) Sobre la excesiva morbilidad como causa de despido, cfr. GUIDO ZANGARI: *Contributo alla teoria del licenziamento*, Milán, 1974, pág. 146 y sigs., con las referencias bibliográficas allí contenidas.

a una lógica distinta, por lo que no cabe la utilización combinada de supuestos contenidos en cada uno de ellos para dar vida a una causa de despido que autónomamente no podría subsistir. Las ausencias injustificadas que resulten insuficientes para integrar la autónoma causa de despido del artículo 33, a), no pueden, pues, sumarse a las ausencias justificadas para alcanzar el treinta por ciento de ausencias sobre las jornadas que permite la utilización de la causa de despido del artículo 39, 1, d) DLRT.

5. FORMA Y REQUISITOS DEL DESPIDO POR CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS

5.1. *La evolución reciente en relación a los requisitos formales el despido*

El despido, en cuanto decisión extintiva del empleador, ha de llegar a conocimiento del trabajador, lo que plantea inmediatamente el tema de la forma a través de la cual tiene el trabajador que conocer esa decisión extintiva. Pues bien, en materia de despido, nuestro ordenamiento laboral, frente a la general libertad de forma que lo preside, ha sido especialmente formalista, imponiendo una forma preceptiva imprescindible para la validez del mismo (52). Si en un primer momento las exigencias formales fueron al respecto particularmente rigurosas, posteriormente el régimen legal vigente hasta la LRL sobre forma del despido no exigía más requisito formal que comunicar por escrito al trabajador el mismo, haciendo constar la fecha y hechos que lo motivaran. En algunos casos especiales venía exigida una forma especial, y, en todo caso, el incumplimiento de la forma —ordinaria o especial— comportaba la nulidad del despido, que, a diferencia de la improcedencia del mismo, implicaba la readmisión del trabajador en el puesto de trabajo y el abono de los salarios correspondientes al período comprendido entre el despido y la readmisión (pudiendo el empresario, en su caso, proceder a un nuevo despido con observancia ya de los requisitos formales).

Con la promulgación de la LRL el panorama positivo iba a cambiar profundamente. El artículo 34,2 de la ley exigía ahora para la sanción de las faltas muy graves (por tanto, para la imposición del despido) la tramitación de expediente o procedimiento sumario en que fuese oído el trabajador afectado en los términos en que reglamentariamente se determinase (53). Para

(52) Cfr. M. RODRÍGUEZ PIÑERO, *Apuntes*, cit., epígrafe 5.2.1.3 (pág. 65 y sigs.).

(53) Como consecuencia de ello, el decreto 1.925/1976, de 16 de julio, que modificó determinados artículos de la LPL, redactó de nuevo el artículo 97 de la misma, con-

el despido de cualquier trabajador hacía falta ahora, por consiguiente, la tramitación del correspondiente procedimiento. Se hacía desaparecer así la distinción entre despido ordinario y despidos especiales (54) y se volvía a la primera posición del ordenamiento español de posguerra, con un despido altamente formalizado y procedimentado, con un elevado nivel de garantías para el trabajador afectado. El incumplimiento de las formalidades prescritas acarrearba la nulidad del despido. Sin embargo, como consecuencia del nuevo tratamiento del despido improcedente (del artículo 35 LRL), en principio, y salvo los supuestos de despido improcedente en que circunstancias excepcionales impidiesen la normal convivencia laboral, el tratamiento del despido nulo no se diferenciaba del tratamiento del despido improcedente (artículo 104 LPL en la redacción del decreto 1.925/1976, de 16 de julio), llevando ambos al cumplimiento específico de la sentencia de condena a la readmisión del trabajador.

Sin embargo, la vida de esta regulación iba a ser corta. Los sectores

forme al cual la facultad de sancionar con despido exigía la tramitación de expediente o procedimiento sumario, en el que podría acordarse la suspensión de empleo y sueldo (sobre este punto concreto, cfr. mi comentario jurisprudencial «La suspensión de empleo y sueldo como medida cautelar sin naturaleza de sanción», en *Revista de Política Social*, núm. 115, 1977, págs. 361 y sigs.), y que debía cumplir los siguientes requisitos:

a) Pliego de cargos, dirigido por el empresario al trabajador, en el que debían constar los actos constitutivos de la falta o faltas imputadas.

b) Pliego de descargos, que podía formular el trabajador entregándolo al empresario dentro del plazo de cinco días desde el siguiente a la recepción del pliego de cargos.

c) Comunicación escrita de la decisión empresarial de despido, que sólo podía adoptarse transcurrido el plazo indicado de cinco días o una vez recibido el pliego de descargos si se hubiera entregado antes. En la comunicación debían constar la fecha del despido y los hechos que motivaron la sanción, y que no podían ser otros que los recogidos en el expediente.

La tramitación del expediente no podía exceder del plazo de quince días, si bien el incumplimiento de este plazo no era causa de nulidad del despido (art. 102 LPL y 114 para los casos de expedientes exigidos en el art. 107), aunque, una vez superado tal plazo, se entendía ya no interrumpida la prescripción de las faltas objeto del expediente, y debía el empresario satisfacer los salarios que se devengasen desde ese momento. Estos requisitos formales se aplicaban también a los casos de despido por participación en conflictos colectivos ilegales, y, finalmente, si existía Jurado de empresa, antes de proceder al despido debía el empresario ponerlo en conocimiento del mismo, al igual que se establecía ya en la primitiva redacción del artículo 97 LPL.

(54) Aun cuando las normas que exigían previamente el expediente en estos casos especiales no son derogadas. Antes al contrario, el artículo 107 LPL permanece expresamente vigente, ateniéndonos a la dicción de los artículos 113 y 114 de la misma ley.

patronales estimaron excesivamente costoso el recorte de los poderes disciplinarios empresariales, y bien pronto, con el real decreto-ley de medidas económicas de 8 de octubre de 1976, se redacta de nuevo el párrafo 2 del artículo 34 LRL, que pasa ahora a indicar que «la valoración de las faltas y las correspondientes sanciones impuestas por la dirección de la empresa serán siempre (55) revisables ante la Magistratura de Trabajo. La sanción de las faltas graves y muy graves requerirá comunicación escrita al trabajador, haciendo constar la fecha y los hechos que la motivan». La exigencia de tramitación de expediente o procedimiento sumario para el despido desaparecería, volviéndose de nuevo a la comunicación escrita con constancia de la fecha y los hechos que la motivan (56). La inobservancia de los requisitos de forma en la nueva regulación sigue provocando, por lo demás, la calificación del despido como nulo. Pero los efectos del despido nulo no son ya los que tradicionalmente le corresponden, quedando equiparados a los del despido improcedente y dando lugar, por tanto, a la readmisión del trabajador o, si ésta no se produce, a la indemnización sustitutoria. El siguiente, y por ahora último, paso de esta evolución viene dado por el decreto-ley de relaciones de trabajo de 1977 (DLRT).

(55) El texto inicial decía «previamente», y por vía de corrección de errores se substituyó el «previamente» por el «siempre», que es algo bien distinto.

(56) En base a ello, la orden de 15-10-1976 volvió a modificar el artículo 97 LPL, disponiendo en su artículo 1, norma segunda, que «la facultad de sancionar con despido podrá ser ejercitada por las empresas sin más requisito formal que comunicar por escrito al trabajador el despido, haciendo constar la fecha y hechos que lo motivan. No será, por consiguiente, necesaria la instrucción del expediente o procedimiento sumario a que se refiere el artículo 97 LPL». La orden ministerial no afectaba, sin embargo, a los artículos 107 y siguientes LPL, que tampoco habían sido afectados directamente por el decreto de 16-7-76, por lo que hay que estimar que la exigencia de expediente en los casos en ellos previstos cobró de nuevo vigor. En realidad estas normas nunca dejaron de estar vigentes (en cuyo caso no hubieran podido indirectamente recobrar vigencia, conforme al artículo 2,2 *in fine* del título preliminar del Código civil: «Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiera derogado»), sino que únicamente había desaparecido su «especialidad», al convertirse la exigencia de expediente en norma común para todos los despidos. (El problema de esta renovada vigencia tiene de todas formas escasa importancia práctica, ya que el período afectado por ella se limita a los meses que van desde octubre de 1976 a marzo de 1977, fecha de la nueva normativa sobre despido.)

5.2. *La forma del despido en el decreto-ley de 4 de marzo de 1977*

En la situación anteriormente descrita incide la nueva regulación del DLRT, que intenta unificar y simplificar la forma del despido, al mismo tiempo que regula por primera vez, al introducirse en él la figura, la forma del despido por circunstancias objetivas, unificando su tratamiento al respecto con el del despido disciplinario. La comunicación por escrito al trabajador, haciendo constar los hechos que lo motivan y la fecha de sus efectos, es ahora el único requisito formal exigido para la validez del despido, tanto del despido disciplinario (artículo 34 DLRT) como del despido por circunstancias objetivas [artículo 40, 1, a) DLRT]. Cuando el despido afecte, sin embargo, a trabajadores que ostenten cargo electivo de carácter sindical no hay que descartar, de todas formas, el que —frente a la que parece ser la voluntad del legislador, a tenor de lo dispuesto en los artículos 34 y 40 del DLRT de unificar la forma del despido, haciendo desaparecer la distinción entre despido ordinario y despidos especiales— pueda sostenerse la vigencia de los artículos que exigen una forma especial —la tramitación de expediente— en la LPL (57). Y en todo caso, es preceptivo en estos supuestos, antes

(57) Como ya hemos visto anteriormente, los artículos 107 y siguientes LPL no han sido expresamente derogados en este confuso sucederse de regulaciones distintas (sin embargo, el problema de la forma especial afectaría hoy, en las nuevas condiciones políticas, a los representantes sindicales de los trabajadores solamente). Y el DLRT no los deroga expresamente (la disposición final segunda contiene sólo un mandato al Ministerio de Trabajo para la elaboración de un nuevo texto refundido de la LPL), aun cuando haya que reconocer que en el artículo 30,1 («el despido se regirá por lo prevenido en el presente real decreto-ley, cualquiera que sea la condición del trabajador afectado») se contiene un fuerte argumento en favor de la desaparición de la necesidad de expediente. Cabría de todas formas sostener que los artículos 34 y 40 se refieren al despido ordinario y no a los despidos especiales, que siguen rigiéndose, faltando una indicación normativa expresa al respecto en relación con los mismos, por su regulación específica. En esta línea de interpretación, la norma del núm. 2 de ambos artículos podría interpretarse en el sentido no de indicar *todas* las especialidades formales en relación con el despido de los representantes sindicales, sino en el sentido de limitar ahora el deber de comunicación previa a la representación sindical de empresa al supuesto de despido de representantes sindicales, y no exigiéndola en todo caso como hacía previamente el artículo 97 LPL en su redacción inicial y en la del decreto de 16-7-76. Y contra esa interpretación no podría alegarse la disposición transitoria tercera del DLRT, en cuanto expresiva de la voluntad del legislador de identificar dos regímenes distintos del despido (en lo sustantivo y en lo procesal), antes y después del decreto-ley, ya que contra la letra de la norma no puede prevalecer la pretendida vo-

de la comunicación del despido al interesado, ponerlo en conocimiento de los representantes de los trabajadores en el seno de la empresa (art. 34,2 y art. 40,2 DLRT).

En cuanto a la previa comunicación del despido de los trabajadores que ostenten cargo electivo de carácter sindical a los representantes de los trabajadores en el seno de la empresa, la norma es paralela a la que contenía el artículo 97 LPL (tanto en su redacción inicial como en la del decreto de 16 de julio de 1976), con la diferencia de que en éste se hacía referencia al Jurado de empresa como órgano destinatario, caso de existir, de la comunicación y se extendía al despido de cualquier trabajador el deber de realizar dicha comunicación. El hecho de que el DLRT se dictase estando en curso la sustitución de la vieja estructura sindical determinó que el legislador hablase de los «representantes de los trabajadores en el seno de la empresa», dejando inconcreto el órgano destinatario de la comunicación y pendiente su identificación definitiva. Hoy, hasta la aprobación de la futura ley de Acción Sindical en la Empresa, tales representantes son los comités de empresa, o los delegados de personal, en su caso, elegidos conforme al decreto 3.149/1977, de 6 de diciembre. Por otra parte, el deber de comunicación previa se limita a los casos de despido de trabajadores que ostenten cargo electivo de carácter sindical. Parece claro que esto afecta ya a los actuales delegados y miembros de comités de empresa y, en mi opinión, también a los trabaja-

luntad del legislador. Ni tampoco sería argumento decisivo la expresión del preámbulo del decreto-ley, que reduce las garantías de los representantes del personal a la readmisión forzosa en caso de despido improcedente (porque ésta es garantía sustancial y las otras formales o procedimentales). Sólo sería argumento realmente de peso el basado en el artículo 30,1, que utiliza, por ejemplo, MONTOYA MELGAR, *op. cit.*, página 394, para sostener la no exigibilidad del expediente (también, en este sentido, BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA, *op. cit.*, pág. 480).

La cuestión no deja de tener importancia, porque el despido de un representante sindical, si acojemos la interpretación apenas expuesta, sería nulo cuando faltase el expediente, y dicho despido nulo, teniendo en cuenta la norma del artículo 37,6 DLRT, daría lugar a la readmisión forzosa del representante sindical, sin posibilidad de sustituirla por la indemnización correspondiente. En favor de esta interpretación puede jugar el hecho de que el decreto 3.149/1977, de 6 de diciembre, de elecciones sindicales, se remite, en cuanto a las garantías para los delegados de personal y miembros de comités de empresa, el decreto 1.878/1971, de 23 de junio, que regulaba el régimen jurídico de garantías de los cargos sindicales electivos, y preveía la necesaria tramitación de expediente antes del despido. En todo caso, de convertirse en ley el actual Proyecto de ley sobre acción sindical en la empresa, el problema quedaría obviado, al preverse en su artículo 28,2 que para el despido de los representantes sindicales deberá tramitarse expediente contradictorio, con audiencia del trabajador y del órgano representativo a que pertenezca.

dores elegidos miembros del comité de huelga (conforme al art. 5 DLRT), ya que no cabe duda de que, en pura teoría del Derecho sindical, ese cargo, tal como se configura en el DLRT, es electivo y es, evidentemente, de carácter sindical. De todas formas, surgen aquí ya una serie de dudas interpretativas que, a menos que se resuelvan expresamente, seguirán planteándose tras la nueva normativa: ¿son cargos electivos los que elijan *todos* los trabajadores (los actuales delegados del personal y miembros de comités de empresa) o también los que elijan, eventualmente, para su representación en la empresa, los trabajadores inscritos a un concreto sindicato? ¿Se trata de cargos electivos *en* la empresa o afecta también a trabajadores que ocupen un cargo electivo en las estructuras sindicales extraempresariales? (58). En mi opinión, «cargo electivo de carácter sindical» es una fórmula amplia y habrá de tender a una amplia interpretación de la misma precisamente porque la norma va dirigida a proteger la acción sindical, con lo que debe extenderse, en la medida de lo posible, a todos los niveles en que ésta se desarrolla.

El deber de comunicación previa es, simplemente, un deber de mera información, que resulta paralelo al existente en otros sistemas (59) y que no supone para el órgano destinatario del mismo más que un simple derecho a ser informado, un mero conocimiento previo del despido, sin que sea necesario que se manifieste sobre el mismo y sin que la opinión que pueda emitir vincule para nada al empresario. Bajo la vigencia del anterior deber de comunicación previa, recogido en el artículo 97 LPL a que hemos hecho referencia, la jurisprudencia no concedió excesiva relevancia al incumplimiento del mismo, considerando tal incumplimiento insuficiente para afectar a la eficacia del despido y atribuyéndole sólo efectos administrativos. A esta solución daba pie el tenor literal del artículo 102,2 LPL, que hacía referencia a que cuando se acreditase el incumplimiento del «requisito formal», en singular, del artículo 97 LPL, el despido sería nulo. Y el mismo artículo 97 decía en

(58) Incluso cabe plantearse también (si han de coexistir en el futuro representaciones unitarias de los trabajadores con representaciones estrictamente sindicales en la empresa) si el órgano receptor de la comunicación ha de ser un órgano de representación unitaria de los trabajadores de la empresa, o si puede ser una sección sindical de la misma, en el caso, sobre todo, de que el trabajador despedido sea miembro de ella.

(59) En Alemania, sin embargo, la inobservancia del trámite obligatorio de audiencia al consejo de empresa (exigido para cualquier despido) determina la ineficacia del despido. Por otra parte, si el consejo de empresa se opone al mismo, el interesado debe ser mantenido en el puesto de trabajo hasta que la jurisdicción decida sobre el fondo del asunto. Cfr. F. RODRÍGUEZ SAÑUDO, *op. cit.*

su primer párrafo que el despido podría efectuarse sin más requisito formal (en singular también) que la comunicación escrita del mismo al trabajador. La solución hoy día, sin embargo, debe ser, en mi opinión, la contraria, ya que tanto el artículo 36,2 como el artículo 43,2 DLRT hacen referencia al incumplimiento de los «requisitos formales» (en plural) de los artículos 34 y 40, respectivamente, por lo que el despido de un representante sindical sin el cumplimiento del deber de comunicación consagrado en dichos artículos deberá ser considerado nulo (60).

Por lo demás, los restantes problemas que plantea la forma del despido son los que ya existían anteriormente respecto de la «carta de despido»: el juego de las distintas fechas (la de los «efectos del despido», que es la que ha de constar ahora en la carta, con lo que la ley parece referirse a la fecha del cese en el trabajo; la de la recepción de la misma por el trabajador; en su caso, la de la emisión de la carta si no coincide con la del cese), la descripción de los hechos que motivan el despido (aunque en el despido objetivo lo que se comunica es la *causa*, no los hechos), el modo de hacer llegar la comunicación al trabajador, etc.

5.3. *Los efectos de la inobservancia de la forma*

El despido (disciplinario o por circunstancias objetivas) que no cumpla los requisitos de forma exigidos sigue siendo calificado como despido nulo, pudiendo hacer el magistrado de trabajo tal declaración de oficio (art. 36,2 y 43,2 DLRT). Sin embargo, a diferencia de la situación precedente a la LRL, los efectos de la declaración de nulidad del despido no son los del artículo 117 LPL —antes de su posterior modificación tras la LRL—, sino que ahora el despido nulo produce los mismos efectos que el despido improcedente (arts. 36,3 y 43,3 DLRT). Conforme al artículo 117 LPL, en todos aquellos casos en que se declarase nulo el despido del trabajador, en la sentencia había de condenarse a la readmisión del mismo en su puesto de trabajo y al abono de los salarios correspondientes al período que mediase entre el despido y la readmisión. A diferencia del despido improcedente, no cabía, pues, la sustitución de la readmisión por la indemnización del trabajador, sino que la sentencia de condena tenía que cumplirse en sus propios tér-

(60) En este sentido, si bien dubitativamente y sobre la base de la expresión legar («será preceptivo»), se pronuncia también M. ALONSO OLEA, *op. cit.*, pág. 28. Pienso que en favor de la solución propuesta en el texto debe jugar también la nueva configuración del fenómeno sindical entre nosotros, en la que hay que conceder ya más importancia a todas estas cuestiones.

minos, sin perjuicio de que el empresario, en su caso, pudiese volver a ejercer la facultad de despedir con sujeción a los requisitos de forma anteriormente incumplidos.

Sin embargo, con la nueva regulación que introdujo la LRL, al establecerse también para el despido improcedente el cumplimiento específico de la sentencia de condena, el tratamiento del despido nulo no se diferenciaba del despido improcedente (art. 104 LPL, según el decreto de 16 de julio de 1976) (salvo el caso de despidos improcedentes en que circunstancias excepcionales impidiesen la normal convivencia laboral), llevando ambos al cumplimiento específico de la sentencia de condena a la readmisión del trabajador (en los términos del nuevo art. 210 LPL). Este tratamiento unitario del despido improcedente y del despido nulo encontraba, pues, su razón de ser en la nueva regulación que merecían las consecuencias del despido improcedente. Por consiguiente, la vuelta al régimen anterior de inexigencia de cumplimiento específico de la sentencia de condena, con posibilidad de sustitución del mismo por una indemnización, era de esperar que comportase de nuevo la diversificación del tratamiento entre despido nulo e improcedente. No fue, sin embargo, así, y ya la orden de 15 de octubre de 1976, que modificó la LPL tras el decreto-ley de medidas económicas de 8 de octubre del mismo año, seguía manteniendo el mismo régimen para uno y otro tipo de despido, a pesar de que ya la readmisión ordenada en la sentencia del magistrado podía sustituirse por una indemnización (art. 1,6 orden de 15 octubre 1976). Y posteriormente, ya de una manera expresa, el DLRT proclama, como hemos visto, que el despido nulo produce los mismos efectos que el despido improcedente, moviéndose, pues, en la perspectiva de una facilitación del despido también desde el punto de vista de sus requisitos formales (del cumplimiento de sus requisitos formales) y conteniendo una regulación peyorativa en relación a la vigente con anterioridad a la LRL. El amago de avance en las posiciones de defensa de la situación de los trabajadores que supuso la LRL en esta materia se ha resuelto, pues, en un retroceso importante del techo de protección de los mismos (61).

5.4. *Otros requisitos del despido por circunstancias objetivas*

El art. 40 DLRT mezcla, con una deficiente sistemática, los requisitos formales del despido por circunstancias objetivas [número 1, a), y número 2]

(61) En estas condiciones, el mantenimiento de la figura del despido nulo es, como indica RODRÍGUEZ SAÑUDO, *op. cit.*, pura ficción, siendo al menos paradójico que un acto se califique como nulo y se le reconozca al mismo tiempo plena fuerza extintiva.

con otros requisitos que no podemos estimar integrantes de la forma del despido. Antes al contrario, una consideración atenta de los requisitos del artículo 40 nos revela, en definitiva, que quedan reducidos, a efectos de forma esencial del despido (y de la correspondiente sanción de nulidad del artículo 43,2 DLRT), al único requisito formal ya mencionado de la comunicación escrita al trabajador, en la que consten la fecha y la causa del despido. Aparte de ello se exige poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización correspondiente al despido procedente y preavisar al mismo con una antelación de un mes si su antigüedad en la empresa es inferior a un año, con dos meses si la antigüedad es superior a un año y no alcanza los dos y con tres meses a los trabajadores de más de dos años de antigüedad (62). El plazo de preaviso se computa desde la entrega de la comunicación de despido hasta la extinción del contrato [art. 40, 1, b) y c) DLRT]. Veamos más detenidamente estos requisitos.

La indemnización de la letra b) del artículo 40 no es un requisito de forma, por lo que, si falta, no se determinará la nulidad del despido, a pesar de que la dicción del artículo 43,2 DLRT (que se refiere sin más a la ausencia de los requisitos del art. 40), que refleja la incorrección técnica y sistemática del art. 40, pudiera hacer pensar lo contrario. Ante la falta de tal indemnización, el magistrado deberá ordenar al empresario que proceda a su abono al trabajador, pero no declarará la nulidad del despido, aun cuando puede de todas formas pensarse, con apego excesivo, en mi opinión, a la letra de la ley, que faltando la puesta a disposición del trabajador de la indemnización *simultáneamente* a la comunicación escrita del despido, éste es nulo en todo caso, con independencia de la veracidad de la causa alegada, produciéndose entonces los efectos correspondientes. Me inclino, sin embargo, a considerar la no esencialidad de este requisito, importando la comunicación escrita en lo formal y la veracidad de la causa alegada en lo sustancial. En todo caso, el empresario que se vea anular un despido por ello, puede siempre readmitir al trabajador y proceder a un nuevo despido en forma, ya que la causa objetiva es algo que no desaparecerá, salvando así los inconvenientes de una no readmisión tras sentencia de condena a la misma.

Por otra parte, la falta del preaviso exigido en la letra c) no anula el despido, sino que determina, en virtud del art. 43,2 (que se ve obligado

(62) Indica RODRÍGUEZ SAÑUDO, *op. cit.*, que la duración es discriminatoria en relación con los trabajadores más antiguos, que son los que más dificultad tendrán, además, para encontrar un nuevo empleo.

a declarar esto ante la incorrección técnica y sistemática del art. 40 ya expresada y que se refleja en el propio art. 43), una obligación empresarial de abonar al trabajador, con independencia de las demás indemnizaciones que procedan, los salarios correspondientes a dicho período. Aparte de ello, durante el período de preaviso, el trabajador tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo (art. 41 DLRT) (63). Caso de no respetarse el preaviso, no se plantea ningún problema, ya que viniendo el tiempo que duraría el mismo abonado sin correspondiente prestación de trabajo del trabajador, éste no necesita horas de licencia para la búsqueda de nuevo empleo.

6. LAS CONSECUENCIAS DEL DESPIDO POR CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS

En cuanto a las consecuencias del despido por circunstancias objetivas, dependen de que venga calificado como procedente, improcedente o nulo. Despido procedente es aquel en el que queda acreditada la certeza de la causa alegada por el empresario, de entre las previstas en el art. 39 DLRT, en la comunicación escrita al trabajador exigida como forma del despido por el art. 40,1 de la misma ley. El despido será improcedente en todos los demás casos, y cuando, finalmente, tenga lugar sin el cumplimiento de la forma exigida en el citado art. 40, será declarado nulo, produciendo el despido nulo los mismos efectos que el despido improcedente. Veamos cuáles son esos efectos.

6.1. *Los efectos del despido procedente*

El despido declarado procedente produce la extinción del contrato de trabajo, con la obligación por parte del empresario de satisfacer al trabajador una indemnización de una semana de su salario por cada año de servicio o fracción de año. Y, además, no obstante la procedencia del despido, el trabajador afectado se entenderá en situación de desempleo por causa a él no imputable (art. 44,1 DLRT). Si no se respetó por el empresario el período de preaviso fijado en el art. 40, le corresponde también al trabajador

(63) La existencia de estas horas libres es algo tomado de otros derechos europeos, pero restrictivamente en cuanto al número de horas (en Francia son dos horas diarias): cfr. RODRÍGUEZ SAÑUDO, *op. cit.*

una indemnización equivalente al importe de los salarios correspondientes a dicho período.

6.2. *Los efectos del despido improcedente o nulo*

Cuando el despido venga declarado improcedente o nulo, el art. 44,2 DLRT se remite a lo dispuesto en el art. 37,2 a 6, para el despido disciplinario, señalando, sin embargo, algunas especialidades. Sobre la base de dicha remisión y de estas especialidades, cabe, pues, reconstruir el régimen al que se ven sometidos tales despidos.

La declaración de un despido como improcedente o nulo determina que el trabajador tenga derecho a ser readmitido por el empresario en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido. Así como también tiene derecho, en concepto de indemnización complementaria, al abono de los salarios dejados de percibir desde que se produjo el despido hasta que la readmisión tenga lugar. Esta es la primera de las situaciones que pueden derivarse de un despido declarado nulo o improcedente: el trabajador es readmitido en su puesto de trabajo y se le abonan, a título de indemnización, los salarios dejados de percibir durante el período que media entre el despido y la readmisión; pero debiendo el trabajador reintegrar al empresario la indemnización que hubiere recibido de éste en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 40, 1, b) DLRT.

Ahora bien, del despido improcedente o nulo puede derivarse una situación diversa, que se produce cuando el empresario no procede a la readmisión del trabajador o no lo readmite en la debida forma, esto es, en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido (64). En estos casos, o sea, si la readmisión no se produce o si el magistrado estima que no se ha producido en la debida forma, se sustituirá la obligación de readmi-

(64) La apreciación del hecho de si la readmisión se ha producido en la debida forma corresponde al magistrado de Trabajo. El trabajador que estime que su readmisión no se ha producido en las circunstancias legalmente exigidas, debe ponerlo en conocimiento de la Magistratura dentro de los treinta días siguientes a aquel en que la readmisión tenga lugar; tras ello, el magistrado citará a las partes a comparecencia dentro de los cuatro días siguientes y, examinadas dichas partes (o el trabajador sólo, si el empresario no comparece), sobre el hecho concreto de la admisión irregular, aportándose únicamente aquellas pruebas que, pudiéndose practicar en el acto, el magistrado estime pertinentes, resolverá mediante auto (en los tres días siguientes) sobre si la readmisión se ha efectuado o no en la debida forma (art. 2, 5.ª y 6.ª, orden 15-10-76).

tir por el resarcimiento de perjuicios, declarándose extinguida la relación laboral (art. 37, 3 DLRT), y poniéndolo en conocimiento de la entidad gestora correspondiente de la seguridad social (art. 2, 4, orden de 15 de octubre de 1976). El trabajador tiene entonces derecho a la indemnización complementaria por salarios de tramitación, que alcanza hasta la fecha en que se declare extinguida la relación, más una indemnización (que no absorbe la anterior, sino que se acumula a la misma, en contra de lo que, en la situación anterior a la LRL, interpretaba cierta doctrina al analizar el «incidente de no readmisión») por el resarcimiento de perjuicios, que deberá fijar el magistrado de trabajo a su prudente arbitrio, teniendo en cuenta una serie de criterios concretos ya analizados más arriba. Además, si no se ha respetado el período de preaviso, el trabajador tiene derecho a la indemnización por los salarios correspondientes a dicho período, que se acumula a las anteriores, aunque, en relación con la indemnización complementaria por salarios de tramitación haya superposición de fechas (art. 44, 2 DLRT). Por otra parte, de la indemnización por resarcimiento de perjuicios hay que deducir, en su caso, la que el trabajador hubiera recibido en base al citado art. 40, 1, b) DLRT. Durante todo el período que abarque la indemnización complementaria (esto es, hasta que el magistrado declare extinguida la relación de trabajo), el trabajador permanece en alta y cotizando a la seguridad social como trabajador en activo de la empresa, debiendo el magistrado, al comunicar a la entidad gestora la extinción de la relación laboral, indicar el período cubierto por la indemnización complementaria, observándose, en el supuesto de descubiertos durante tal período, el procedimiento legalmente establecido (art. 2, 4, orden de 15-10-76). Esta es, pues, la segunda de las situaciones que pueden producirse como consecuencia del despido nulo o improcedente: el trabajador ve extinguida su relación laboral y percibe una indemnización que cubre los salarios dejados de percibir hasta el momento en que el magistrado declare extinguida la relación, más, en su caso, cuando falta el preaviso, otra indemnización por los salarios correspondientes a dicho período (aunque haya superposición de fechas en relación con la anterior), más, finalmente, otra indemnización por resarcimiento de perjuicios, fijada por el magistrado a su prudente arbitrio [de la que, en su caso, habría que deducir la que el trabajador hubiera percibido conforme al art. 40, 1, b) DLRT], permaneciendo en alta y cotizando a la seguridad social hasta la referida extinción de la relación.

Fuera de esta regulación general existen, sin embargo, dos supuestos específicos, que se refieren al despido (improcedente o nulo) de los representantes sindicales y a los casos en que el despido individual, art. 39 DLRT,

esconda una extinción colectiva de relaciones de trabajo por motivos tecnológicos o económicos.

6.3. *El despido (improcedente o nulo) de los representantes sindicales*

En el caso de que el trabajador despedido ostente cargo electivo de carácter sindical y el despido sea improcedente o nulo, la obligación de readmitir deberá cumplirse en sus propios términos, sin posibilidad de sustitución por resarcimiento de perjuicios, salvo acuerdo voluntario de las partes (artículo 37, 6) (65). Se contiene aquí una protección específica de los representantes sindicales, que consigue para ellos, y sólo para ellos, una estabilidad real en el empleo. Es ésta una «compensación» política a otras normas del decreto-ley no precisamente favorecedoras de las instancias colectivas del movimiento obrero.

La norma resulta ya claramente aplicable a los delegados del personal y miembros de comités de empresa elegidos en base al decreto de 6 de diciembre de 1977 y a los miembros del comité de huelga contemplado en el art. 5 DLRT (66). Pero hasta la consolidación de un nuevo sistema sindical y de nuevas formas de representación sindical en la empresa, siguen planteándose, al igual que en el caso de la comunicación previa del despido, algunos interrogantes: ¿alcanza la protección sólo a los trabajadores que ostenten un cargo electivo de carácter sindical *en* la empresa, o también se extiende a quienes ocupen un cargo electivo en las estructuras sindicales extraempresariales? ¿Son cargos electivos los que se elijan por *todos* los trabajadores unitariamente (delegados y miembros de comités de empresa), o también los que elijan, eventualmente, para su representación en la empresa, los trabajadores inscritos a un concreto sindicato? También aquí pienso que hay que sostener una amplia interpretación del concepto de «cargo electivo de carácter sindical», extendiendo esta protección de la acción sindical (en cabeza de los sujetos que la llevan a cabo) a todos los posibles niveles en que se desarrolla.

¿Cuál ha de ser el mecanismo concreto a actuar en el plano técnico para

(65) La edición del *Boletín Oficial del Estado* dice en esta norma: «... sin posibilidad de sustitución, sin resarcimiento de perjuicios», pero hay evidentemente que interpretar la frase en el sentido expresado (sin posibilidad de sustitución *por* resarcimiento de perjuicios), ya que posibilidad de sustitución *sin* resarcimiento de perjuicios no existe nunca en ningún caso.

(66) Cfr. los argumentos desarrollados anteriormente en el epígrafe 5.2.

dar efectividad a la norma, esto es, para ejecutar la sentencia en sus propios términos? En mi opinión, hay que acudir al art. 210 LPL, en la redacción dada por el decreto de 16 de julio de 1976, que aunque se trate de una norma en líneas generales no vigente (orden de 15-10-76) (ya que estaba prevista para *todos* los casos de despido improcedente), es la única disposición en nuestra historia reciente que regula el cumplimiento específico de la sentencia de condena a la readmisión, por lo que es presumible que en el nuevo texto refundido de la LPL, anunciado por la disposición final segunda del DLRT, se recoja una norma similar para el supuesto de readmisión forzosa consagrado en el artículo 37, 6 DLRT. Y en todo caso, mientras tanto, para el presente supuesto resulta plenamente aplicable, so pena de una inaceptable remisión a un desarrollo reglamentario futuro del artículo 37, 6, citado, que lo haría actualmente inaplicable y que frustraría el propio sentido de la norma.

Por consiguiente (sin entrar ahora en el estudio detenido de los problemas procesales que se plantean y tratando de describir sólo la técnica concreta adoptada para la coerción al cumplimiento de una obligación que se presenta, *prima facie*, como obligación de hacer) (67), cuando desobedeciendo el requerimiento del magistrado el empresario no proceda a la readmisión en forma del representante sindical injustamente despedido, el magistrado acordará que el trabajador continúe percibiendo su salario con cargo a la empresa, con la misma periodicidad y en idéntica cuantía que la declarada en la sentencia, con los incrementos que por vía de convenio colectivo o mediante norma estatal se produjeran, hasta que la empresa proceda en debida forma a la readmisión. A tal fin, el magistrado, atendiendo a las circunstancias concurrentes y para asegurar la puntualidad en el cobro por el trabajador de los salarios que pudiera devengar hasta que el empresario dé cumplimiento a la obligación de readmitir, podrá ampliar la ejecución que se despache por la indemnización complementaria vencida (la de los salarios de tramitación), en cantidad no inferior a seis meses de salario (aunque podría estimarse que el tope mínimo, al compás de lo previsto en el artículo 37 DLRT, es ahora también en este caso de dos meses) ni superior a cinco años, haciéndose al trabajador efectivos con cargo a ella los devengos salariales que fueran venciendo. El magistrado podrá igualmente acordar reponer la disminución que sufra el fondo así constituido, como consecuencia de los pagos de salarios que con cargo al mismo se hubieran

(67) Sobre el tema, cfr. MARCELLO PEDRAZZOLI, «La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1973.

efectuado, despachándose al efecto nuevas ejecuciones por su importe. Una vez que se readmita al trabajador en forma, se acordará la devolución (transcurridos treinta días, que son los que el trabajador tiene para reclamar cuando estime que la readmisión no se ha producido en las mismas condiciones que regían con anterioridad) del saldo existente al empresario, una vez satisfechas las costas causadas. Asimismo, el magistrado acordará que el trabajador permanezca en alta y con cotización a la Seguridad Social como trabajador en activo de la empresa, y lo pondrá en conocimiento de la entidad gestora a los efectos procedentes, observándose, en el supuesto de descubiertos en la cotización empresarial por el mencionado trabajador, el procedimiento legalmente establecido.

Con independencia de todo ello, y con el fin de sancionar la posible infracción laboral cometida por el incumplimiento de la obligación de readmitir, el magistrado pondrá los hechos en conocimiento de la autoridad administrativa laboral, a los efectos prevenidos en el artículo 33 LRL, sin perjuicio de las demás responsabilidades en su caso exigibles. Y entre éstas, la responsabilidad penal exigible al empresario, en mi opinión, ex artículo 237 del Código penal, por desobediencia a la orden del juez. Bien que la desobediencia exigida por tal artículo ha de ser grave, ya que de lo contrario la conducta caería bajo la falta leve del artículo 507, 5.º y 6.º, del Código penal. Pero pienso que en el caso que nos ocupa concurre siempre, en principio, la gravedad necesaria para integrar el tipo del artículo 237 mencionado. Máxime cuando proviniendo la orden de la autoridad judicial la desobediencia a la misma debe estimarse grave, porque, como se expresa en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1968, «la jerarquía de la autoridad judicial, institución conservadora del orden, exige por su naturaleza acatamiento, sin el cual se hace imposible la convivencia pacífica de una sociedad civilizada cuya seguridad mayor es el imperio del derecho» (68).

Por último, al resultar aquí protegido más que el interés individual del trabajador directamente el interés sindical a un normal desenvolvimiento de la actividad sindical (69), hay que sostener, en mi opinión, el derecho del

(68) Cfr., por todos, J. CEREZO MIR, «Los delitos de atentado propio, resistencia y desobediencia», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 173, 1966, pág. 368. La sentencia citada figura en el *Repertorio de Aranzadi*, 1968, núm. 3.984. Algunas consideraciones sobre el tema en mi obra *La acción sindical en la empresa: su protección legal*, cit., pág. 284, nota 63.

(69) Cfr. F. DURÁN LÓPEZ: *La acción sindical en la empresa*, cit., págs. 209 y siguientes.

trabajador no readmitido a penetrar en los locales de la empresa a todos los efectos precisos para el cumplimiento de su labor sindical: utilización de locales sindicales, reuniones, etc. En caso contrario se burlaría en gran medida la finalidad última de la norma, centrada en la protección de la libre actividad sindical, permitiendo al empresario conseguir su intención antisindical con el solo costo de abonar el salario de un trabajador que no realiza su prestación laboral (70). A estos efectos, es importante que en la sentencia de condena del magistrado se contenga una mención explícita de este punto, al objeto de hacer recaer sobre la actividad contraria del empresario las sanciones administrativas y penales descritas en el párrafo anterior (71).

6.4. *Despido por circunstancias objetivas y extinción colectiva de relaciones de trabajo*

Hemos hecho ya referencia a la problemática que se presenta cuando el empresario trate de encubrir a través de una pluralidad de despidos individuales por circunstancias objetivas una reestructuración de plantilla por motivos tecnológicos o económicos (72). En tales casos, alegado este hecho por cada uno de los trabajadores afectados en el correspondiente proceso de despido, el magistrado estimará —si llega a esa conclusión a través de los medios de prueba de que disponga— la no concurrencia de la causa de despido alegada y la consiguiente improcedencia del despido, derivándose de esta declaración los efectos correspondientes.

Sin embargo, el problema ofrece una mayor complejidad. Por ejemplo, si la causa de despido alegada es la del artículo 39, 1, c), y el empresario opta por no readmitir a los trabajadores improcedentemente despedidos, la amortización de los puestos de trabajo correspondientes se produce de todas formas. Ahora bien, tanto en el terreno indemnizatorio (si los trabajadores

(70) Salvo el caso de que se trate de trabajadores que ostenten cargos electivos sindicales en un ámbito extraempresarial, si se estima que también a ellos, como vimos más arriba, se aplica la norma.

(71) Hasta la aprobación definitiva de la nueva normativa sobre acción sindical en la empresa, tal conducta empresarial caería además claramente bajo la previsión del artículo 8 del decreto de Garantías Sindicales de 1971, aplicable por la remisión del núm. 1 de la disposición transitoria del decreto de 6-12-77 de elecciones sindicales, por lo que en esta fase transitoria cabría utilizar, con las necesarias adaptaciones, el procedimiento previsto en el mismo. Sobre el artículo 8 citado, cfr. DURÁN LÓPEZ, *op. cit.*, págs. 275 y sigs.

(72) Cfr. *supra*, nota 42.

despedidos son de poca antigüedad, las indemnizaciones pueden ser, por ejemplo, menores que las fijadas para los casos de reestructuración de plantillas, al amparo del artículo 45, 2 DLRT, en convenio colectivo aplicable a la empresa) como, sobre todo, en un terreno más general, que afecta a la propia política empresarial e incluso a un planteamiento global de las reconversiones industriales, los trabajadores y sobre todo sus organizaciones sindicales pueden tener interés en una solución diversa. Una solución que apunte sobre el mantenimiento de los puestos de trabajo que se pretenden injustificadamente suprimir o que asegure, en otro caso, si es necesaria una «modernización negociada» opuesta a la «modernización salvaje» pretendida por el empresario (73). Pues bien, para estos casos la declaración de despido improcedente y la producción de los efectos derivados de la misma no basta, por lo que hay que plantear la posibilidad de que existan otras alternativas. ¿Cuáles pueden ser esas alternativas?

Cabe, en mi opinión, que se solicite del magistrado, al amparo del artículo 117 LPL en la redacción aún vigente dada por el decreto de 16-7-76, la declaración de nulidad de la decisión extintiva empresarial por incumplimiento de los requisitos precisos para la reestructuración de plantillas. Como impone la norma apenas citada, «en los casos en que la empresa demandada adoptara su resolución por suspensión o cese de sus actividades sin cumplir el requisito previo de obtener la autorización preceptiva, se declarará nulo el despido, haciéndose de oficio esta declaración». Lo que se solicitaría entonces del magistrado no es la improcedencia del despido individual, por no subsistir la causa de despido alegada, sino la nulidad, en relación con cada trabajador individual afectado (en relación con el trabajador en concreto afectado, en su proceso respectivo), del acto de extinción colectiva de relaciones de trabajo realizado sin la observancia de los procedimientos legales previstos. ¿Cuáles serían los efectos de tal declaración de nulidad? Podría pensarse que se siguen los trámites que para el despido improcedente se establecen en el artículo 37 DLRT, ya que despido nulo y despido improcedente, en los supuestos de despido individual disciplinario o por circunstancias objetivas, producen los mismos efectos. Estaríamos entonces en el mismo punto. Sin embargo, en mi opinión, la conclusión puede ser otra. No creo que la declaración de nulidad del magistrado de trabajo en relación con la decisión extintiva del empleador al margen del procedi-

(73) Las expresiones son de GÉRARD LYON-CAEN, «Le conflit du Parisien Libéré et se système français de règlement des conflits de travail», en *Droit Social*, 1977, número 12, pág. 447 y nota 47. Esta puede ser también una vía empresarial para saltarse el orden de prelación fijado para los despidos colectivos.

miento y de la autorización legalmente previstos deba llevar a la aplicación del artículo 37 DLRT. La decisión de extinguir las relaciones de trabajo (cada relación de trabajo) es nula y no produce ningún efecto extintivo, debiendo el empresario, si la reestructuración es necesaria, acogerse al procedimiento administrativo de regulación de empleo o llegar a un pacto con los trabajadores, sin poder derivar hacia el tratamiento del despido individual improcedente, con la consiguiente posibilidad de sustituir la readmisión del trabajador por la indemnización de perjuicios. Para ello los trabajadores pueden instar (repito, si la reestructuración es necesaria y se quiere sólo garantizar el respeto de las normas legales o una reestructuración negociada), al amparo del artículo 11, 2, del decreto de 2 de noviembre de 1972, de política de empleo, la iniciación del expediente de regulación de empleo, frenando así, por una parte, los despidos individuales y dando vida, por otra, al procedimiento que por el empresario se quiere evitar (74).

FEDERICO DURÁN LÓPEZ

(74) La legitimación de los trabajadores para instar la iniciación del procedimiento resulta claramente del artículo 11,2 del decreto de Política de Empleo (DPE) citado. (En él se hace referencia a la facultad de los trabajadores de instar la iniciación del expediente «a través de la Organización Sindical». La orden ministerial de 18-12-72, en su artículo 2, aclaraba que era a través de los vocales del jurado o enlaces sindicales. Hoy, la interpretación más correcta pienso que es la de atribuir la legitimación a los tabajadores a través de los delegados de personal o comités de empresa.) En opinión de MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 402, la extensión de la legitimación para instar la iniciación del expediente (a los trabajadores y a la autoridad laboral) realizada por el DPE, aun cuando movida por motivos pro operario que nadie pone en duda, se ha canalizado, sin embargo, a través de un instrumento técnico absolutamente inadecuado. En efecto, añade MONTOYA, si la técnica jurídica de la autorización significa la remoción por la Administración de un obstáculo existente para el ejercicio de un derecho propio, carece por completo de sentido atribuir a personas o entes distintos de quien ha de ser autorizado la facultad para instar la correspondiente autorización. Con independencia de la gruesa miopía jurídica —me estoy refiriendo aún a la opinión del citado autor— que supone el concebir a la administración laboral pidiéndose a sí misma una licencia en favor de un tercero (el empresario), la construcción legal es un callejón sin salida posible: concedamos que los trabajadores o la propia administración pidan que se autorice al empresario a despedir, suspender o modificar las relaciones de trabajo; aún más, concedamos que la administración autoriza al empresario a realizar tales actos; ¿qué virtualidad tendrá, sin embargo, tal autorización (que —no se olvide— sólo es una pura autorización, un permiso, y nunca una imposición) si el empresario (cuya sorpresa al verse autorizado para hacer algo que no pidió sería notable) decide no hacer uso de ella? El legislador parece haber olvidado —dice MONTOYA— que el poder de decisión en orden a los despidos, suspensiones, etc., sigue residiendo en el empresario, sin que implique ninguna varia-

ción en ello la atribución de facultades incoadoras a entes distintos de él, por lo que concluye afirmando que la única forma de iniciación del expediente de crisis que se ajusta a las exigencias de la técnica jurídica es la que parte de la decisión empresarial.

Sin embargo, la crítica de MONTOYA me parece extremada y, en alguna medida, unilateral. Esto es, que no ha considerado todas las facetas posibles que tiene la cuestión planteada. No se trata sólo de autorizar el ejercicio de un derecho —desde este punto de vista su crítica en cuanto a la corrección técnico-jurídica de la norma es impecable—, sino también que el ejercicio de ese derecho, que debe ser autorizado, tiene que realizarse a través de unos cauces procedimentales precisos y con una serie de imposiciones concretas (indemnizatorias, de prelación de despidos, etc.). El problema, por consiguiente, excede de la óptica restringida de la autorización del ejercicio de un derecho. Evidentemente, el caso límite que plantea MONTOYA roza con lo absurdo: el empresario no tiene intención de despedir, y se ve sorprendido porque, a petición de los trabajadores o de la propia autoridad laboral, se le autoriza a despedir. Pero, por una parte, la propia norma exige que la actuación de los trabajadores se produzca —y se admita— cuando racionalmente pueda presumirse que de la no incoación del expediente por la empresa pudieran ocasionarse perjuicios de imposible o difícil reparación. Y la actuación de la autoridad laboral debe partir también de incumplimientos de obligaciones empresariales (no sólo con sus trabajadores, sino también con la Seguridad Social), o de la concurrencia de cualquier otra causa justificada de la que pueda presumirse fundadamente la existencia de una situación de crisis. No es difícil imaginar supuestos en los que el absurdo descrito por MONTOYA no se plantea. Y lo fundamental para ello es tener en cuenta, como ya he dicho, que el problema excede de la mera autorización para el ejercicio de un derecho. Esto es, MONTOYA parte de que trabajadores o administración piden que se autorice al empresario a despedir, y aquí está su error. Cuando el expediente se inicie a instancias de los trabajadores o de la administración, ni uno ni otro pedirán eso; antes bien, pedirán que el empresario despidiera en momento en que los trabajadores pueden tener todavía una mínima garantía de «respuesta económica» por parte de la empresa, o que despidiera no como lo intenta hacer, sino con arreglo al procedimiento y con las imposiciones legalmente establecidas.

Todo ello resulta mucho más claro tras las últimas modificaciones normativas, que son las que nos ocupan. El empresario puede tratar de encubrir una crisis parcial, pongamos por caso, recurriendo a una serie de despidos individuales por circunstancias objetivas, que aisladamente considerados pueden aparecer como procedentes, dando lugar a la indemnización del artículo 44,1 DLRT: una semana por año de servicio o fracción de año, que será notablemente inferior por regla general a la que correspondería al trabajador si se hubiese procedido a la extinción con arreglo a las normas del DPE (art. 116 LPL, en la redacción del decreto 16-7-76: no inferior a quince días ni superior a un año). El trabajador afectado puede alegar en el proceso por despido que, conforme al artículo 39,2, al afectar la causa objetiva a un conjunto de trabajadores debería haberse seguido el procedimiento de regulación de empleo, pero ello dará lugar a la declaración de improcedencia de la causa de despido alegada, con lo que, aparte de que la indemnización puede ser menor que la que le correspondería en el expediente de regulación de empleo, el trabajador podría quedar efectivamente despedido, cuando, de aplicarse el citado expediente, quizá no le correspondiera ser despedido teniendo en cuenta el orden de preferencia legal o convencional para la

permanencia en la empresa. Podría, como hemos visto, solicitarse la declaración de nulidad del acto de extinción de las relaciones de trabajo en relación con el concreto trabajador afectado, pero hay que tener en cuenta las dificultades para el magistrado de apreciar en un caso aislado la situación de conjunto de crisis de la empresa (y más que en el presente caso, cuando la causa de despido alegada es una de las del artículo 33 DLRT para el despido disciplinario), aparte de que, desde otro punto de vista, podría alegarse que la competencia para apreciar la situación de crisis no corresponde a la Magistratura de Trabajo, sino a la autoridad laboral, cuyo pronunciamiento además, cuando existe, no puede ser revisado por la jurisdicción laboral, por lo que el magistrado podría verse impelido a no entrar en el fondo de lo alegado por el trabajador. Todo ello puede hacer aparecer más adecuada la exigencia de cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 39,2 o de la más general exigencia de expediente en todos los casos legalmente previstos, a través de la facultad concedida por el artículo 11 DPE de instar la iniciación del procedimiento en él regulado. Con ello además se asegura un protagonismo sindical importante —si bien a través de los representantes de los trabajadores en la empresa— que de otra forma quedaría marginado, y se garantiza, eventualmente, el cumplimiento de lo que se haya previamente pactado en sede de negociación colectiva al amparo del artículo 45 DLRT. El mismo sindicato puede tener interés en controlar o asistir al proceso de reconversión industrial y en evitar un proceso de deterioro progresivo de la situación económica de la empresa, que haría que cuando llegase el expediente los derechos de los trabajadores pudiesen difícilmente ser satisfechos. (También la Administración, por lo demás, puede tener interés en que, cuando hay indicios suficientes de una situación de crisis, se abra el procedimiento de regulación de empleo, con posibilidades de llegar incluso a un acuerdo entre empresario y trabajadores, y antes de que la situación económica de la empresa sea ya de tal magnitud que exija la intervención del Fondo de Garantía Salarial prevista en el artículo 45,4 DLRT.)