

**JORDI MURIA LÓPEZ**

*Graduado Social*

*Diplomado por el CEF en el Curso Superior de Seguridad Social y Derecho Laboral y en el Curso de Auditoría Laboral*

**Extracto:**

SIN duda alguna, el cambio sufrido tras la Reforma Laboral de 1994 ha supuesto, en orden a la declaración jurídica del despido verbal, una modificación claramente flexible y no menos discutida.

Mientras que en la anterior normativa, la Ley 8/1980, el despido realizado por el empresario sin observar los requisitos legales, entre ellos la comunicación escrita dirigida al trabajador alegando los motivos por los que se le sancionaba con el despido, suponía la declaración de nulidad del acto empresarial, en la actual legislación laboral esta inobservancia en la forma de proceder al despido ha sido reconducida a la declaración de improcedencia.

Han sido muchas las críticas al respecto, por parte de estudiosos, abogados, graduados sociales y sobre todo organizaciones sindicales, debido principalmente a que con este tipo de despido se podían encubrir actos discriminatorios o lesivos de derechos fundamentales, e incluso obviar formalidades jurídicas que supusieran un retraso o «dolor de cabeza» para los empresarios deseosos de extinguir aquella/s relación/es laboral/es de la/s que quieren prescindir de la forma más rápida y menos problemática, como ejemplo las formalidades a observar en las extinciones por causas objetivas y en los despidos colectivos.

El motivo de mi comentario es ofrecer al lector algunas reflexiones de la problemática jurídico-práctica, que entraña este tipo de despido, en el momento de asesorar y defender posteriormente el supuesto concreto de un despido verbal. Son muchos los inconvenientes que se plantean durante el procedimiento para intentar abordar una solución jurídica satisfactoria, que ponga fin al conflicto con garantías suficientes para el trabajador despedido.

---

## Sumario:

---

- I. Introducción. La evolución normativa del despido nulo.
  
- II. La problemática del despido verbal por falta de forma. La posible indefensión del trabajador en orden a sus derechos.
  
- III. El despido verbal en relación con los despidos disciplinarios, despidos objetivos y despidos colectivos.
  
- IV. El nuevo despido tras el despido verbal.
  
- V. A modo de conclusión.

**NOTA del autor:** La mayoría de las sentencias referenciadas han sido extraídas de la revista jurídica *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)*, y que a su vez vienen incluidas en el repertorio jurídico *Normacef Social*, editados por el Centro de Estudios Financieros (CEF).

## I. INTRODUCCIÓN. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DESPIDO NULO

Sin duda alguna, el despido <sup>1</sup> se configura como la máxima sanción imputable a la conducta transgresora del trabajador, dentro del ordenamiento laboral.

Como se verá, el despido ha ido evolucionando, al hilo de las diferentes reformas que ha sufrido la normativa laboral, en concreto y la más significativa la introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo <sup>2</sup>, en la que se modifican diferentes aspectos del régimen de los despidos.

El punto en el que centraremos este estudio será la transformación sufrida en la calificación que puede derivarse del despido por la falta de comunicación escrita o falta de forma, en diferentes momentos temporales de nuestra legislación laboral, y su problemática en el contexto jurídico actual.

En cuanto a la evolución del despido, en primer lugar debemos comentar que en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 no se exigía forma especial alguna para ejecutar la decisión extintiva del empresario, pudiéndose configurar pues de una manera declarativa o por una manifestación de voluntad.

Cabe señalar que esta Ley <sup>3</sup> fue modificada posteriormente por el Decreto de 26 de octubre de 1956, quizá para aclararla o simplemente para expresar el deseo del legislador, en el sentido de que, a partir de su entrada en vigor, se exigía que el despido fuera comunicado por escrito al trabajador, haciendo constar los motivos y la fecha de efectos de tal decisión, pues de lo contrario el despido debía ser calificado como nulo.

A partir de entonces, se puede decir que el acto del despido, y en concreto la forma escrita, como acto recepticio <sup>4</sup> a través de la carta de despido, alegando los motivos y la fecha en la que surtirá efectos, se exigiría de forma rígida y *ad solemnitatem*.

<sup>1</sup> Referido al despido disciplinario, artículo 54 ET.

<sup>2</sup> Por la que se autoriza al gobierno para que en el plazo de seis meses elabore un Texto Refundido de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores; y un Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral.

<sup>3</sup> Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

<sup>4</sup> G. GARCÍA BECEDAS, «El despido como acto recepticio (Estudio de la Jurisprudencia)», en *Estudios sobre el despido disciplinario*, Ed. DP Universidad de Madrid, pág. 437.

No modificó tal exigencia <sup>5</sup> la promulgación del Estatuto de los Trabajadores por Ley 8/1980 de 10 de marzo, en donde su artículo 55.1 establecía que el despido <sup>6</sup> debía «ser notificado por escrito en el que deben figurar los hechos que lo motivaron y la fecha en que tendrá efecto». En el apartado 2 de ese mismo artículo se sancionaba el despido como nulo cuando no se cumplía la exigencia contenida en el apartado 1, esto es, la comunicación escrita <sup>7</sup>.

Más tarde, y tras la Reforma de 1994, el despido nulo por la falta total de forma, o sea el despido verbal, es reconducido de la antigua declaración de nulidad contenida en la Ley 8/1980, a la novedosa declaración de improcedencia. Así pues, el artículo 55.4 TRET queda redactado de la siguiente manera:

«El despido se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación. Será improcedente en caso contrario o cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1 de este artículo.» <sup>8</sup>

Sólo en los casos en los que se atente contra los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, o se incurra en alguna de las causas de discriminación prohibidas en la CE o en la Ley, se reservará el derecho a la declaración de nulidad el despido realizado.

De esta forma desaparece la declaración de nulidad, que había precedido durante tantos años, para los despidos <sup>9</sup> disciplinarios realizados por el empresario sin cumplir las formalidades exigidas por la ley, en cuanto a la obligación de comunicar de forma escrita su voluntad de romper el vínculo contractual, dirigida al trabajador para que, si éste lo estima conveniente, actúe en defensa de sus intereses <sup>10</sup>. Con esta decisión del legislador se está flexibilizando el despido, en detrimento de la estabilidad en el empleo, que debería de regir en nuestro ordenamiento laboral.

Ello es así, pues, bajo el amparo de la Ley 8/1980, el despido comunicado de forma verbal al trabajador era calificado como nulo, procediéndose por lo tanto a la readmisión forzosa del mismo por parte de la empresa, y por consiguiente esto inspiraba una línea tuitiva frente al puesto de trabajo, que el legislador había querido regular expresamente <sup>11</sup>; sin embargo tras la reforma del año

<sup>5</sup> En referencia a la comunicación por escrito del despido introducida por el Decreto de 26 de octubre de 1956.

<sup>6</sup> Me refiero al despido disciplinario, puesto que en el despido objetivo, y en el colectivo, ya se venía exigiendo la comunicación escrita.

<sup>7</sup> STS de 18 de marzo de 1987.

<sup>8</sup> El apartado 1 del artículo 55 contiene el requisito formal de ser notificado el despido por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha de efectos.

<sup>9</sup> Entiéndase referidos los despidos disciplinarios, puesto que la falta de forma ya es constitutiva de nulidad en los despidos objetivos y colectivos.

<sup>10</sup> SSTs de 10 de marzo (Ar. 3557), y 1 de febrero y 4 de marzo de 1993 (Ar. 723 y 4025).

<sup>11</sup> A través del Decreto de 26 de octubre de 1956.

1994, esta garantía frente al empresario se pierde, pudiendo éste extinguir el contrato de trabajo una vez declarado improcedente el despido y liquidado los haberes que por indemnización al obrero pudieran corresponder al trabajador.

No obstante, no concurren estas circunstancias en los despidos objetivos y en los colectivos en los que el legislador ha mantenido la exigencia de la comunicación escrita, so pena de ser declarados nulos por falta de forma <sup>12</sup>, o por no cumplir con las exigencias previas en cuanto a la autorización administrativa <sup>13</sup>, respectivamente.

Esta modificación del régimen de despido comporta una mayor inseguridad para el trabajador, el cual puede ser despedido por motivos que obedezcan a causas discriminatorias, o de crisis económica, y el empresario puede reconducir o camuflar como despidos disciplinarios comunicados de forma verbal, traduciéndose así en despidos directamente improcedentes, cuando en realidad serían nulos.

Todo lo anterior, con el consiguiente perjuicio del trabajador de pérdida de su puesto de trabajo, y la correspondiente mayor seguridad y flexibilidad del empresario <sup>14</sup>, choca con los intereses del trabajador y no conducen a otra situación que a una inseguridad jurídica manifiesta y a la correspondiente posición de autoridad y postura privilegiada de la empresa, a la cual se facilita el despedir sin alegar causa alguna.

## II. LA PROBLEMÁTICA DEL DESPIDO VERBAL POR FALTA DE FORMA. LA POSIBLE INDEFENSIÓN DEL TRABAJADOR EN ORDEN A SUS DERECHOS

Como estamos viendo hasta ahora, el despido verbal o informal por falta de comunicación escrita genera diferentes problemas a aquellos que pretenden impugnarlos y a quienes los realizan.

La «carta de despido» se ha ido configurando en nuestro ordenamiento jurídico hasta la reforma de la Ley 11/1994 como uno de los requisitos esenciales <sup>15</sup> para poder manifestar de una parte el empresario su voluntad extintiva, alegando las causas y motivos fundamentados de su

<sup>12</sup> Artículo 53.4 «cuando el empresario no cumplierse los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo... la decisión extintiva será nula...», en relación con el apartado 1 a) del artículo 53, que exige la observancia del requisito de la comunicación escrita.

<sup>13</sup> Artículo 124 TRLPL «el órgano judicial declarará nulo... el acuerdo empresarial de extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas... si no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa», en relación con el artículo 51 ET. En este sentido, SSTs de 25 de mayo de 1993 (Ar. 4124); 22 de diciembre de 1995 (Ar. 9489); STSJ Madrid de 15 de junio de 1995 (Ar. 2663), citadas por Manuel LUQUE PARRA en «El control Judicial del despido colectivo: una fragmentación discutible», *Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997*, Ed. *Ibidem*, pág. 54.

<sup>14</sup> Que ve cómo, de forma rápida y segura, extingue la relación laboral al no serle exigible la readmisión del trabajador, cuando en realidad, obedeciendo a tales causas, debía serle exigible esta obligación.

<sup>15</sup> La no entrega de la carta de despido por parte de la empresa estaba penalizada con la declaración de nulidad del despido, con la obligación de readmisión inmediata del trabajador.

postura, así como la fecha de efectos en que debía cumplirse su decisión, y, de otra parte correlativamente, una necesidad esencial para el trabajador a la hora de conocer los hechos y los efectos de la decisión para poder preparar su defensa y salvar el plazo de caducidad a la hora de impugnar la decisión <sup>16</sup>.

Después de dicha reforma laboral, la «carta de despido» deja de ser un requisito esencial *ad solemnitatem*, pasando de la nulidad de la acción a la declaración de improcedencia de la misma, situación aprovechada por la empresa en aquellos casos en los que se tiene asumida la improcedencia del despido por carecer de causas para poder despedir al trabajador. Por ello, esta circunstancia ha supuesto una mayor flexibilidad <sup>17</sup> en beneficio de la empresa y una mayor agilidad en el proceso, puesto que careciendo de medios de prueba o razones justificadas para probar el despido, ¿hasta qué punto es necesaria la redacción de una carta, con innumerables imputaciones vagas e inciertas hacia el trabajador, si el resultado sería el mismo que su omisión: la improcedencia? <sup>18</sup>

Aquí es donde radica el problema <sup>19</sup>, en la falta de comunicación escrita dirigida al trabajador, para que sea conocedor de los hechos y de la fecha de efectos. De lo contrario, ¿se estarían violando derechos tales como el obtener la tutela judicial efectiva, en orden a la posible indefensión <sup>20</sup> que podría generar el no existir un acto comunicativo del empresario y recepticio del trabajador?, ¿pueden verse afectados derechos del trabajador o verse vulnerados los derechos fundamentales y libertades públicas, en un despido en el que no se debe justificar causa alguna? Téngase en cuenta que el artículo 24 CE contempla que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión».

<sup>16</sup> La razón de la entrega de la carta de despido es evitar al trabajador la indefensión que le pueda generar su omisión, y adoptar así las medidas de defensa que estime oportunas, entre otras STS de 25 de mayo de 1993 (Ar. 4124), y STS de 19 de octubre de 1993 (Ar. 7843), STSJ Cataluña de 23 de enero de 1995 (Ar. 288) y STSJ Canarias de 21 de febrero de 1995 (Ar. 490).

<sup>17</sup> J. M. GALIANA MORENO y J. GARCÍA ABELLÁN, en «El despido Nulo», *Estudios sobre el despido*, Ed. DP Universidad de Madrid, pág. 73.

<sup>18</sup> El Tribunal Supremo en Sentencia de 11 de marzo de 1984 había calificado de fraudulento el despido «por ejercicio arbitrario de facultades empresariales tendentes a conseguir finalidades opuestas a las perseguidas por el ordenamiento jurídico, haciendo víctima al trabajador de un despido por hechos ficticios, irreales, desorbitados o completamente desconectados de la relación laboral», citada por Fernando PÉREZ-ESPINOSA SÁNCHEZ en su estudio «El despido improcedente por injustificado» dentro del *Homenaje a A. Montoya Melgar «Estudios sobre el Despido»*, Ed. DP Universidad de Madrid, pág. 54.

<sup>19</sup> En la entrega de la carta de despido o la comunicación verbal del mismo.

<sup>20</sup> M. Emilia CASAS BAAMONDE, «La calificación jurídica del despido. Despidos improcedentes y nulos», en *El Régimen del despido tras la Reforma Laboral*, Ed. *Ibidem*, pág. 83, «... el obstáculo radica en el nuevo tratamiento legal de la forma de despido disciplinario, cuya falta ayudará a encubrir una eventual voluntad o intencionalidad fraudulenta en la resolución empresarial del contrato de trabajo. Generalmente estos supuestos generarán al trabajador una situación de indefensión al negarle la oportunidad de defenderse frente al despido...».

Así, la respuesta a la primera pregunta la encontramos en la extensa doctrina jurisprudencial de nuestros Tribunales <sup>21</sup>, que declaran que en ningún momento se le priva al trabajador de poder acceder a esa tutela judicial, ya que es un derecho del trabajador poder impugnar la decisión empresarial accionando por despido <sup>22</sup> a través de la correspondiente demanda, artículo 103 TRLPL <sup>23</sup>.

El derecho a no padecer indefensión, garantizado por su parte en el artículo 24 CE, consiste, según algunos autores <sup>24</sup>, en «no sufrir en el seno de un proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales de defensa –alegación y/o prueba– a lo largo de todo el mismo o de cualquiera de sus fases o incidentes».

La respuesta a la segunda pregunta, y como continuación de lo anterior, se encuentra en el artículo 108.2 y 3 TRLPL, que prevé la situación de la siguiente forma:

Artículo 108.2 TRLPL: «Será nulo el despido que tenga como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la Constitución y en la Ley, o se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador».

3. «Si se acreditara que el móvil del despido obedeciera a alguna de las causas del número anterior, el Juez se pronunciará sobre ella, con independencia de cuál haya sido la forma del mismo.» <sup>25</sup>

Por ello, y de acuerdo con la línea anterior, creo que no se puede generar indefensión <sup>26</sup> cuando la empresa no comunica por escrito el despido, debido a que se garantiza la posibilidad de probar la lesión de tales derechos ejerciendo la acción de despido y posterior juicio, pero sí que se generaría en aquellos casos en los que el juzgador se negara a entrar a valorar el fondo del asunto cuando el trabajador acreditara la existencia de discriminación o violación de un derecho fundamental <sup>27</sup>, lo que implica una problemática procesal que complica la defensa del más débil, el trabajador.

<sup>21</sup> STC 38/1981, de 23 de noviembre, la indefensión consiste en «la situación que quedan los titulares de derecho o intereses legítimos cuando se ven imposibilitados para ejercer los medios legales suficientes para la defensa».

<sup>22</sup> STC 38/1981, de 23 de noviembre, declarando que nada impide al trabajador «ejercer los medios legales suficientes para su defensa...».

<sup>23</sup> Artículo 103 TRLPL, «el trabajador podrá reclamar contra el despido, dentro de los veinte días hábiles siguientes a aquel en que se hubiera producido. Dicho plazo será de caducidad a todos los efectos».

<sup>24</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ y G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1995, pág. 100.

<sup>25</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 21 de abril de 1999, que declara nulo el despido una vez aportados los indicios de lesión de un derecho constitucional por parte del trabajador, no siendo posible por parte de la empresa la prueba de hechos no lesivos de tal derecho.

<sup>26</sup> En este sentido, R. BORDAS MARTÍN, «El procedimiento de despido disciplinario», en *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Madrid, 1995, Ed. *Ibidem*, págs. 27-31.

<sup>27</sup> J. M. GALIANA MORENO y J. GARCÍA ABELLÁN, en «El despido Nulo», *Estudios sobre el despido*, Ed. DP Universidad de Madrid, pág. 77, al citar la STC 47/1985, de 27 de marzo, «sería facilísimo para cualquier empresario encubrir un despido en verdad discriminatorio y contrario a algún derecho fundamental bajo la apariencia de un despido sin causa, por medio de un requerimiento o carta de despido que diera lugar a una declaración de despido nulo» (FJ. 5).

Pero esta última afirmación será más controvertida en los supuestos de los despidos verbales, cuando éstos tengan implícitas fundadas razones objetivas, que puedan encontrar su amparo en los artículos 51 y 52 TRET, para los que no sería de aplicación el artículo 108.2 y 3 TRLPL; sobre ello tratamos el siguiente punto.

### III. EL DESPIDO VERBAL EN RELACIÓN CON LOS DESPIDOS DISCIPLINARIOS, DESPIDOS OBJETIVOS Y DESPIDOS COLECTIVOS

Debido a que la infracción de las normas con relación a la forma de realizar el despido no se aplica de la misma manera en los diferentes supuestos de despido existentes, se hace necesario un estudio sobre las diferentes declaraciones de nulidad o improcedencia del acto por falta de la comunicación escrita. Mientras en el disciplinario el despido sin forma es improcedente, no sucede lo mismo con los despidos colectivos y objetivos que, por el contrario, son nulos <sup>28</sup>.

Por ello, ante este diferente tratamiento, resultará fácil encontrarnos situaciones en las que empresario y trabajador deseen reconducir los actos extintivos a uno u otro tipo de despido, según sus intereses.

Pongamos un ejemplo claro: así, al empresario interesado en despedir por causas objetivas sin que realmente concurran tales causas, o sin que quiera seguir la forma y procedimiento legalmente previsto, le sería más conveniente y menos problemático encuadrar al despido como disciplinario siempre que esté dispuesto a pagar una mayor indemnización. Y desde el punto de vista contrario, al trabajador despedido por motivos disciplinarios sin carta de despido, le será más ventajoso impugnar el despido, como si fuera por causas objetivas, en el caso de que sea de mayor importancia la permanencia en el puesto de trabajo sobre la mayor indemnización, pues en tal caso obtendrá una declaración de nulidad con la consecuencia de readmisión inmediata, de poder probar el despido.

Por lo tanto el trabajador despedido de forma verbal, y por lo tanto sin conocer los motivos alegados por la empresa, se encuentra ante una tremenda duda: ¿qué despido impugna?, ¿impugna un despido disciplinario?, ¿por causas objetivas?, ¿colectivo?

Reflexionando sobre el dilema, el trabajador que ignora los motivos de la extinción no puede impugnar específicamente una concreta decisión empresarial. El juez, para determinar los efectos del despido, debe conocer si el despido realizado obedece a causas disciplinarias, objetivas o colectivas. Pero, paradójicamente, en los despidos verbales no puede entrar a conocer el fondo del asunto salvo en el caso de generarse indefensión por el trabajador o de que se le vulnere algún derecho fundamental o libertad pública <sup>29</sup>, por lo que cualquier decisión del juez estará delimitando la natu-

<sup>28</sup> Artículos 53.4 ET, 122.2 y 124 TRLPL.

<sup>29</sup> Artículo 108.2 y 3 TRLPL.

raleza del despido realizado: si declara el despido improcedente está considerando el despido realizado como disciplinario que no vulnera derechos fundamentales; si lo declara nulo, lo está considerando un despido informal por causas objetivas, colectivo, o disciplinario con vulneración de derechos fundamentales.

Estudiemos cada uno de los supuestos posibles en orden a su declaración de nulidad o improcedencia:

- *El despido verbal en relación con los despidos disciplinarios.*

Se establece, en el artículo 55.1 del TRET, el deber de notificar por escrito el despido al trabajador, haciendo constar los hechos <sup>30</sup>, es decir, las causas que lo motivaron y la fecha de efectos del mismo, ya que en caso contrario, en el apartado 4.º de ese mismo artículo, se condena a la empresa a asumir la improcedencia del despido en los casos en que se pueda acreditar la existencia de causas justificadas <sup>31</sup> o su irregular comunicación.

Pues bien, aquí nos encontramos con el primer problema aplicativo del despido verbal en menoscabo del trabajador: la carga de la prueba. El artículo 1.214 del Código Civil dispone lo siguiente en cuanto a la carga de la prueba:

«... incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone...»

Por lo tanto este principio del derecho, llevado al ámbito laboral, conlleva en la práctica que el trabajador demuestre que se ha sido despedido de manera verbal <sup>32</sup>, de lo contrario la demanda será desestimada <sup>33</sup>, y que la empresa pruebe que no ha existido el despido alegado. ¿Quién nos dice que el trabajador no ha decidido voluntariamente su baja en la empresa? <sup>34</sup>

<sup>30</sup> Numerosas sentencias, entre otras, SSTs de 30 de octubre de 1989 y de 22 de febrero de 1993, STSJ Cataluña de 1 de julio de 1997, y STSJ Cantabria de 29 de diciembre de 1998.

<sup>31</sup> STS de 20 de marzo de 1990 (Ar. 2182); STSJ del País Vasco de 15 de abril de 1992 (Ar. 1824) y STSJ de Andalucía-Málaga de 8 de mayo de 1992 (Ar. 2586), citadas por Ricardo BORDAS MARTÍN en «El procedimiento de despido disciplinario», *El régimen del despido tras la reforma laboral*, Ed. *Ibidem*, pág. 26.

<sup>32</sup> SSTSJ Madrid de 9 de marzo y de 13 de julio de 1999. Y el artículo 80.1 TRLPL establece una serie de requisitos y entre ellos «... la enumeración clara y concreta de los hechos sobre los que versa la pretensión...», además de los contenidos en el artículo 104 del mismo texto legal.

<sup>33</sup> STSJ Madrid de 21 de diciembre de 1998 y de 17 de septiembre de 1998.

<sup>34</sup> STSJ Cantabria de 27 de diciembre de 1999, STSJ Andalucía de 8 de octubre de 1999, y STSJ Extremadura de 20 de enero de 1999, entre otras.

Aunque pueda resultar complicado, los Tribunales <sup>35</sup> exigen del trabajador a la hora de probar el despido su conducta manifiesta de continuar trabajando <sup>36</sup>, una vez comunicado el despido verbal, o simplemente la puesta a disposición de sus servicios mediante cualquier medio eficaz que acredite no estar de acuerdo con la decisión, y/o su voluntad de solicitar su reincorporación a su puesto de trabajo <sup>37</sup>.

Pero el problema de probar el despido verbal realizado por la empresa puede verse agravado más en el supuesto del trabajador que, sin estar dado de alta en la Seguridad Social, y sin haber formalizado contrato laboral alguno, se ve inmerso en el proceso de despido debiendo acreditar, además de la existencia del despido, la previa existencia de una relación laboral, ya que de lo contrario el Juez no podría entrar a valorar el fondo del asunto si la prestación de servicios no ha sido previamente acreditada.

Otra ventaja para el empresario, que puede extraerse del nuevo redactado del artículo 55 TRET tras la reforma de 1994, es que, bajo un despido verbal, la empresa puede evitar o eludir cualquier motivo de despido <sup>38</sup>, pero en especial aquellos que obedezcan a causas discriminatorias o vulneradoras de derechos o libertades públicas, pues si bien éstos son radicalmente nulos <sup>39</sup>, ahora son improcedentes por no ajustarse a lo establecido en el apartado 1 del artículo 55 TRET <sup>40</sup>.

Otra vez de nuevo, el trabajador debe acreditar indicios <sup>41</sup> de la existencia de razones discriminatorias <sup>42</sup> o vulneradoras de un derecho fundamental, para poder encuadrar el despido en el proceso especial del artículo 55.5 TRET, y conseguir así la nulidad del despido. Digo especial por cuanto este supuesto posee una diferencia clara respecto a otros despidos <sup>43</sup>, y ésta es la contenida en el artículo 108.3 TRLPL, en el que se vincula al Juez a poder pronunciarse sobre el fondo del asunto

<sup>35</sup> SSTSJ Madrid de 9 de marzo y de 13 de julio de 1999.

<sup>36</sup> STSJ Cantabria de 17 de noviembre de 1998.

<sup>37</sup> Es habitual, en la práctica, el envío por parte del trabajador de un telegrama certificado con acuse de recibo en el que se solicita de la empresa su readmisión en la empresa o su manifestación escrita de lo contrario, como medio de acreditar la voluntad del trabajador de volver al trabajo y la correspondiente respuesta o no por parte de la empresa ante tal solicitud. O la efectiva y reiterada presencia del trabajador en el centro de trabajo mostrando su voluntad de trabajar.

<sup>38</sup> Y entre ellos, pero que valoraremos más tarde, se encuentran los despidos objetivos del artículo 52, y los despidos colectivos del artículo 51 del ET.

<sup>39</sup> Artículo 55.5 ET «será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación... o bien se produzca con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador», en relación con el artículo 108 TRLPL que los configura como «radicalmente nulos». También SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, 14/1993, de 18 de enero, entre otras.

<sup>40</sup> Esto es, la comunicación escrita, con precisión de los motivos y fecha de efectos, artículo 55.1 ET.

<sup>41</sup> SSTC 90/1997 y 73/1998, «...no es suficiente, pues, la mera alegación de la vulneración constitucional. Al demandante corresponde aportar... un indicio razonable de que tal lesión se ha producido».

<sup>42</sup> Según la STC 7/1993, de 18 de enero, «una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato discriminatorio», citada por J. M. GALIANA, en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, T. XI, 1993, pág. 45 y sig.

<sup>43</sup> Se hace referencia a los despidos objetivos y colectivos, frente al contenido del artículo 55.5 ET.

con independencia de cuál haya sido la forma del despido, no siendo posible en otros casos en los que debe ser calificado a mi parecer como improcedente directamente por falta de forma, artículo 108.1 TRLPL.

Por lo que el Juez, y en el caso anterior, podrá dictar la nulidad del despido cuando quede acreditada la supuesta discriminación y/o vulneración de un derecho fundamental, aun en el caso de que no existiera comunicación escrita del despido, conforme al artículo 108.3 TRLPL<sup>44</sup> de garantía procesal de los derechos constitucionales<sup>45</sup>.

Éstos son los dos supuestos más claros, que pueden suceder en torno a un despido disciplinario<sup>46</sup>, cuando se omite la carta de despido: que no se aleguen por escrito las causas y los hechos imputados, y el poder evitar la nulidad en los despidos atentatorios de derechos fundamentales y/o discriminatorios.

Como peculiaridad de estas dos situaciones, y en referencia a la «prueba diabólica» y al *onus probandi*<sup>47</sup>, diré lo siguiente: en la primera situación incumbe al trabajador el probar la existencia del despido verbal<sup>48</sup>, y a la empresa probar la inexistencia del tal despido, con la singularidad de que de ser probado el despido la empresa no pudiera alegar causa alguna puesto que se generaría indefensión al trabajador<sup>49</sup>; y en la segunda postura corresponde al trabajador el aportar los indicios suficientes<sup>50</sup> de discriminación<sup>51</sup> o vulneración de sus derechos fundamentales y poder reconducir la decisión empresarial para obtener la nulidad del despido<sup>52</sup>, o por el contrario aceptar la improcedencia de ser probado el despido verbal, y al empresario probar la existencia de causas reales<sup>53</sup> o hechos ajenos a todo propósito de discriminación<sup>54</sup> o atentatorio de derechos constitucionales<sup>55</sup>.

<sup>44</sup> STSJ Castilla-La Mancha de 21 de abril de 1999.

<sup>45</sup> STC 47/1985, de 27 de marzo.

<sup>46</sup> Aunque quizá no existan causas disciplinarias que justifiquen la decisión del despido, es obligado llamarle «disciplinario», por cuanto así queda regulado el «verbal».

<sup>47</sup> STC 82/1997, de 22 de abril.

<sup>48</sup> Entre otras, SSTSJ Madrid de 13 de julio de 1999, de 21 de diciembre de 1998 y de 17 de septiembre de 1998.

<sup>49</sup> El artículo 105.2 TRLPL establece que «para poder justificar el despido, al demandado no se le admitirán en el juicio otros motivos de oposición a la demanda que los contenidos en la comunicación escrita de dicho despido» y al no existir carta de despido no podrá oponerse con otros motivos, siendo declarado el despido improcedente. Entre otras, SSTSJ Cantabria de 29 de diciembre de 1998 y de 1 de abril de 1999; STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de marzo de 1998.

<sup>50</sup> SSTC 90/1997 y 73/1998, y STSJ Madrid de 14 de febrero de 2000.

<sup>51</sup> STS de 3 de diciembre de 1987 (Ar. 8821) señala que «quienes invocan discriminación deben ofrecer algún indicio racional fáctico que les sirva de apoyo...», en referencia al proceso por despido.

<sup>52</sup> Lesión de derechos fundamentales. Indicios racionales. Debe estimarse: STSJ Galicia de 26 de enero de 1999 (Ar. 45, FJ 3.º y 4.º); STSJ La Rioja de 16 de marzo de 1999 (Ar. 439); STSJ Cataluña de 22 de junio de 1999 (Ar. 2429, FJ 4.º).

<sup>53</sup> SSTC 21/1992 (FJ. 2.º), 73/1998 y 140/1999, de 22 de julio, «... sobre la parte demandada recae la carga de poner de manifiesto la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable la decisión». Y STSJ Madrid de 2 de abril de 1998 y STSJ Galicia de 10 de diciembre de 1997.

<sup>54</sup> STSJ Castilla y León-Valladolid de 13 de abril de 1985 (Ar. 1983), en referencia a la carga de la prueba: «para la prueba de la existencia de un acto discriminatorio, al empresario no se le puede exigir la prueba diabólica de que demuestre la inexistencia de esa discriminación, sino que basta con probar que el despido está basado en motivos serios y razonables».

<sup>55</sup> STC 38/1981, «el empresario ha de probar, sin que le baste el intentarlo, que el despido tubo como causa real hechos o bien sean causa de despido procedente, o como mínimo se presenten razonablemente como ajenos a todo propósito discriminatorio atentatorio a un derecho constitucional». Y STSJ Madrid de 2 de abril de 1998.

Algunos autores <sup>56</sup> manifiestan que en estos supuestos de despido con lesión de derechos fundamentales o discriminatorios existe un reparto <sup>57</sup> en la carga de la prueba <sup>58</sup>, de tal modo que el trabajador no quede plenamente exonerado de la carga probatoria, aportando los indicios suficientes de discriminación o lesión de derechos fundamentales; y el empresario no quede liberado de probar una justificación objetiva y razonable de las causas reales y serias de los hechos imputados al despido <sup>59</sup>.

De todas formas, los efectos del despido verbal por falta de forma, tras la reforma de 1994, quedan resumidos a la improcedencia de la actuación empresarial, conforme al contenido del artículo 55.4 TRET, cuando en su forma no se ajustara a lo establecido en el apartado 1 de ese mismo artículo, y esto es la falta de comunicación escrita dirigida al trabajador.

Queda en un segundo plano, pues, la calificación de la nulidad de la decisión empresarial para aquellos casos en los que la extinción «tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador», artículo 55.5 TRET <sup>60</sup>.

Pero ya en este último supuesto, y como comenté anteriormente, es más dificultosa su defensa por parte del trabajador, ya que corresponde a éste el probar indicios suficientes por los que concurren dichas causas discriminatorias o con vulneración de derechos fundamentales, lo que dificulta la declaración de nulidad.

- ***El despido verbal en relación con el despido objetivo.***

En este supuesto en concreto, también es exigencia obligada la entrega de comunicación escrita al trabajador, alegando la causa objetiva por la que se da por finalizada la relación laboral, según el artículo 53.1 a), pero con la diferencia de que en esta clase de despido se regula la falta de forma como *nulo*, según se contempla en el artículo 53.4 TRET <sup>61</sup>, por el contrario improcedente en los disciplinarios.

<sup>56</sup> Miguel Ángel PURCALLA BONILLA y Nuria ROLDÁN ESTRADA en «Acoso sexual en el trabajo, despido discriminatorio y despido disciplinario: intersecciones jurídicas», *Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997*, Ed. *Ibidem*, pág. 192.

<sup>57</sup> STC 82/1997, de 22 de abril, manifiesta «cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del *onus probandi*, no basta que el actor la tilde de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato», citada por Miguel Ángel PURCALLA BONILLA y Nuria ROLDÁN ESTRADA en «Acoso sexual en el trabajo, despido discriminatorio y despido disciplinario: intersecciones jurídicas», *Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997*, Ed. *Ibidem*, pág. 192.

<sup>58</sup> Por todas, STC 140/1999, de 22 de julio de 1999.

<sup>59</sup> STSJ Galicia de 26 de enero de 1998, STSJ de Cataluña de 16 de enero de 1998 y STS de 4 de mayo de 2000.

<sup>60</sup> En relación con el artículo 108 TRLPL. Y SSTC 38/1991, de 23 de noviembre, 7/1993, de 18 de enero, y 14/1993, de 18 de enero.

<sup>61</sup> «Cuando el empresario no cumplierse los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo (comunicación, puesta a disposición de la indemnización, y preaviso), la decisión extintiva será nula...».

Por ello entiendo, a diferencia del anterior supuesto, que el artículo 108 TRLPL estudiado debe comprender también aquellas situaciones en las que el trabajador pueda acreditar indicios de causas objetivas en su despido, y que éstas deban ser entradas a valorar por el Juez en la sentencia judicial que resuelva el asunto, ya que de lo contrario se estaría dejando vacío el contenido del artículo 53.4 TRET.

Pero, además de la comunicación, también es necesario el cumplimiento, por parte del empresario, de otras exigencias tales como el poner a disposición del trabajador simultáneamente a la comunicación escrita la indemnización legal correspondiente <sup>62</sup>, y la concesión de un plazo de preaviso de 30 días a la efectividad del despido, que en el caso de no concederse deberá abonarse al trabajador en metálico <sup>63</sup>, aunque estas exigencias gozan de mayor flexibilidad en cuanto a su cumplimiento <sup>64</sup> previo.

Así, el artículo 53.1 TRET se redacta según el siguiente tenor literal, en cuanto a la forma y efectos de la extinción por causas objetivas:

«... exige la observancia de los requisitos siguientes:

- a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa.
- b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio... Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52 c) de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.
- c) Concesión de un plazo de preaviso de treinta días, computando desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo...»

Pero no es menos cierto que la exigencia contemplada en este artículo quede menos reforzada o no se pueda aplicar con la rigidez necesaria, según el redactado que incorpora el artículo 122.3 TRLPL, que flexibiliza las obligaciones del empresario en cuanto a la forma de realizar la extinción objetiva, de la siguiente manera:

<sup>62</sup> Artículo 53.1 b) TRET. Son 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de 12 mensualidades; de lo contrario la decisión sería nula, en este sentido, STS de 17 de julio de 1998.

<sup>63</sup> Artículo 53.1 c).

<sup>64</sup> Se permite así, en los casos previstos por causas objetivas, el no poner a disposición del trabajador la indemnización, y en el caso del preaviso su sustitución por el pago en metálico; entre otras, STSJ Cantabria de 25 de febrero de 1998.

«no procederá la declaración de nulidad por haberse omitido el plazo de preaviso, o por haber existido error excusable en el cálculo de la indemnización puesta a disposición del trabajador.»<sup>65</sup>

Tampoco será nulo en aquel caso en el que la empresa, habiendo alegado causas económicas en su decisión, no pueda poner a disposición del trabajador la indemnización prevista, en casos de crisis económica, según dispone el apartado 2 b) del artículo 122 TRLPL<sup>66</sup>.

Según esta filosofía, se da vital importancia a la falta de comunicación escrita como principal causa de una posible declaración de nulidad, en detrimento de las dos restantes, puesta a disposición de la indemnización correspondiente y plazo de preaviso que pueden omitirse por parte de la empresa sin que se le sancione con la nulidad de la decisión. No obstante esta última afirmación sólo es aceptada por los Tribunales<sup>67</sup> en los supuestos de crisis económica que imposibilite a la empresa efectuar la puesta a disposición de la indemnización o pago del preaviso por carecer de recursos económicos, puesto que en los demás supuestos de despido objetivo distintos al regulado en la letra c) del artículo 52 por crisis económica, como la ineptitud (art. 52 a), falta de adaptación a la tecnologías de la empresa (art. 52 b), faltas de asistencia justificadas (art. 52 d), en los que la inobservancia de estos requisitos formales dan lugar a la consideración de nulidad del despido<sup>68</sup>.

En virtud de lo anterior, en relación con la forma y exigencias de la extinción por causas objetivas, deberíamos hacernos la siguiente pregunta: ¿qué sucedería en el caso de un trabajador que fuera despedido bajo la actuación torticera del empresario cuando las causas reales del despido obedecieran a alguno de los supuestos descritos en el artículo 52 TRET, y que, por no poder justificar esas causas decida comunicar de manera verbal el despido?; o dicho de otro modo: ¿para qué tener que cumplir con las exigencias formales de un despido objetivo si el resultado será la improcedencia de no poder justificarlo?

No hace falta reflexionar mucho para darse cuenta de que con tal actuación el empresario estaría eludiendo las exigencias formales, antes descritas, del artículo 53 TRET, con una facilidad asombrosa como es *el despido verbal*.

Por ello, el empresario no tiene que fundamentar la causa de la decisión, al no existir carta de despido, no siendo necesaria por consiguiente la puesta a disposición del trabajador de la indemnización pertinente, como tampoco sería obligado el plazo de preaviso previsto para estos supuestos

<sup>65</sup> STSJ Cantabria de 25 de febrero de 1998 y STS de 15 de noviembre de 1996.

<sup>66</sup> STS de 17 de julio de 1998 y STSJ de La Rioja de 17 de febrero de 1998.

<sup>67</sup> En este sentido: STSJ Cantabria de 25 de febrero de 1998 y STS de 15 de noviembre de 1996; STS de 17 de julio de 1998 y STSJ de La Rioja de 17 de febrero de 1998.

<sup>68</sup> SSTS de 17 de julio de 1998, de 24 de abril de 1994; STSJ de Madrid de 17 de octubre de 1997, STSJ de La Rioja de 17 de febrero de 1998 y STSJ Andalucía de 25 de junio de 1999.

con las repercusiones económicas que pudiera dar lugar, y pienso que es aquí donde radica el problema, en la posible argucia del empresario que se salta estas condiciones legales <sup>69</sup>.

Y esto es así porque, aplicando los artículos 55.4 TRET y 108.1 TRLPL, el despido sería calificado improcedente, sin que el Juez tenga opción de entrar a valorar el fondo del asunto, aunque en mi opinión debería hacerlo en aquellos supuestos en los que por parte del trabajador se alegara como causa del despido alguna de las descritas en el artículo 52 TRET, que supondría la nulidad de la acción por falta de comunicación escrita.

A mi parecer es más factible y menos problemático para el empresario realizar un despido verbal, haciéndose cargo de la indemnización en el acto de conciliación, que elaborar una carta de despido, poner a disposición del trabajador la indemnización correspondiente, y darle un plazo de preaviso, en aquellos casos en que no pueda acreditar y justificar su decisión, ya que procediendo así, además de evitar un procedimiento formal de trámite, deja de correr un eventual riesgo de serle declarado el despido *nulo* por sentencia judicial, de ser impugnado y probado por el trabajador, auto-declarándose así la improcedencia del despido de forma más directa y segura.

Pero este supuesto no es habitual en la práctica, debido a que cuando la justificación del despido se basa en causas objetivas, y la empresa pueda justificar las mismas, le es más beneficioso para ésta realizarlo conforme a las exigencias del artículo 53 TRET, por cuanto la indemnización es más reducida para este supuesto <sup>70</sup>, y existe la opción de recuperar parte de esta indemnización en el caso previsto en el artículo 33.8 TRET, de ser la empresa de menos de 25 trabajadores y acreditar causas económicas, técnicas, organizativas o de producción:

Artículo 33.8 TRET: «en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido... o por la causa prevista en el apartado c) del artículo 52».

Pero hay que tener cuidado, ya que puede resultarle más costoso a la empresa el despido verbal de lo que en principio se pudiera pensar. Me explicaré: ello podría suceder en el caso del trabajador que, no conforme con el despido verbal realizado, decidiera impugnarlo alegando causas objetivas en la decisión de la empresa.

<sup>69</sup> No siendo imprescindibles, como se ha comentado, para los supuestos de crisis económica alegada en la carta. Y que tampoco justifican la nulidad del despido.

<sup>70</sup> De 20 días por año prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior a un año, en el caso de estar justificada la decisión con un máximo de 12 mensualidades, o de 33 días por año prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior a un año con un máximo de 24 mensualidades de ser improcedente y poder acogerse a las modificaciones de la Ley 63/1997, para el fomento de la contratación indefinida, y recientemente Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo, en previsión a las indemnizaciones reducidas en las contrataciones indefinidas.

La razón de que le pueda resultar más costoso a la empresa el intentar eludir un despido objetivo se debe a que en un despido verbal el resultado es la improcedencia directa del despido <sup>71</sup>, mientras que de demostrarse, por parte del trabajador, que las causas que obedecían el despido son objetivas, la falta de comunicación escrita es sancionada por el artículo 53.4 TRET con la nulidad de la decisión empresarial, obligando al reingreso del trabajador en su antiguo puesto de trabajo, con el consiguiente pago de los salarios de tramitación. Por lo que la empresa deberá realizar un nuevo despido en toda regla <sup>72</sup>, si su interés es extinguir esa relación laboral, con los nuevos costes que ello supone, o aceptar de manera forzosa la relación laboral que mantiene con el trabajador.

Con este nuevo despido se estarían duplicando los costes salariales e indemnizatorios, al ser dos los despidos a realizar, mientras que de haberse realizado un único despido inicialmente, cumpliendo las exigencias del artículo 53.1 TRET, su máximo coste sería, de no poder justificar la decisión, el pago de una indemnización de 45 días por año de servicio prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior a un año con un máximo de 42 mensualidades de salario <sup>73</sup>, los salarios de tramitación, y el pago de 30 días de salario por falta de preaviso, o la parte proporcional de haberse realizado un preaviso parcial.

¿Quiero decir con ello que debe el trabajador utilizar una defensa basada en alegar la existencia de causas objetivas en los despidos comunicados de forma verbal? Pues sí en aquellos casos en los que pueda justificar con garantías esta postura y en interés del trabajador prime más la permanencia en el puesto de trabajo que una mayor indemnización.

- *El despido verbal en relación con el despido colectivo.*

En este supuesto, el problema no es menos conflictivo que el anterior. El empresario que quiere extinguir, amparándose en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, contratos en número igual o superior al establecido por la escala comprendida en el artículo 51.1 TRET <sup>74</sup>, deberá seguir obligatoriamente el procedimiento especial regulado para los despidos colectivos para poder extinguir válidamente los contratos con sus trabajadores.

Y es por ello, por el procedimiento obligatorio que debe seguir el empresario, que se intente eludir la utilización de este tipo de despido, para no cumplir así con las exigencias preceptivas a la extinción de los contratos laborales, que se regulan como he dicho a lo largo de todo el artículo 51 TRET.

<sup>71</sup> Con la correspondiente opción entre el pago de la indemnización por despido y/o pago de los salarios de tramitación, o la readmisión con el pago de los salarios de tramitación.

<sup>72</sup> Conforme a las causas y exigencias de los artículos 52 y 53 ET.

<sup>73</sup> O de 33 días por año de servicio prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferior a un año con un máximo de 24 mensualidades, de acogerse el contrato a la Ley 63/1997.

<sup>74</sup> Artículo 51.1 ET: «A efectos de lo dispuesto en la presente ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuando, en un período de 90 días, la extinción afecte al menos a: a) 10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de 100 trabajadores; b) El 10 por 100 del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores; c) 30 trabajadores en las empresas que ocupen 300 o más trabajadores».

Este procedimiento especial consiste en la autorización por autoridad laboral de la extinción de los contratos de trabajo, que se pretenden extinguir a través del llamado *expediente de regulación de empleo*, artículo 51.2 TRET<sup>75</sup>.

El expediente se iniciará mediante la solicitud motivada a la autoridad laboral, a la que se acompañe toda la documentación necesaria para acreditar la existencia de las causas motivadoras del expediente, y la justificación de las medidas a adoptar.

Paralelamente a la solicitud del expediente de regulación, el empresario deberá iniciar un período de consultas con la representación legal de los trabajadores<sup>76</sup>, que se le notificará por escrito, una copia de la cual se remitirá a la autoridad laboral, junto con la solicitud.

Como todos sabemos, el despido colectivo, artículo 51 TRET, está íntimamente ligado con el despido objetivo del artículo 52 c) TRET, en el que las causas concurrentes de tipo económico, organizativas, técnicas o de producción son las mismas para ambos supuestos<sup>77</sup>, y donde las únicas diferencias, en cuanto a la aplicación de uno u otro proceso, radica en el número de trabajadores afectados y al procedimiento a seguir para acreditar las causas.

Cuando el número de contratos extinguidos sea igual o superior al establecido en el artículo 51.1 TRET, se aplicarán los efectos del despido colectivo; mientras que, por el contrario, cuando el número de contratos extinguidos sea inferior a dicho número se aplicará el despido objetivo por amortización de puestos de trabajo. Por otro lado, la diferencia en cuanto al procedimiento formal exigido radica principalmente en que para los despidos colectivos debe iniciarse un período de consultas y solicitar la autorización de la autoridad laboral, no siendo así en los despidos económicos por causas objetivas. Algunos autores<sup>78</sup> amplían esta diferencia, matizando la flexibilidad adoptada por el legislador tras la reforma laboral de 1997, que a través de la Ley 63/1997 de 26 de diciembre (art. 3.º) que exige, para los despidos objetivos económicos [art. 52 c) TRET], el análisis de un solo ejercicio económico en orden a la justificación de las causas económicas, a diferencia de los despidos colectivos en los que se exige la elaboración de un plan de viabilidad acreditando la situa-

<sup>75</sup> Artículo 51.2 ET: «El empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme al procedimiento de regulación de empleo previsto en esta ley y en sus normas de desarrollo reglamentario...».

<sup>76</sup> Artículo 51.2: «... El procedimiento se iniciará mediante la solicitud a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores.» ... «La comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia de la cual se hará llegar, junto con la solicitud, a la autoridad laboral.».

<sup>77</sup> STSJ de Navarra de 30 de noviembre de 1996 (Ar. 4347) citada por Vicente Antonio MARTÍNEZ ABASCAL y Soledad DURÁN ROMASEWKYS, en «La suficiencia de las causas del despido económico: algunas reflexiones sobre su problemática aplicación», *Problemas aplicativos del Despido en las reformas laborales de 1994 y 1997*, Ed. *Ibidem*, pág. 118.

<sup>78</sup> En este sentido, para los autores Vicente Antonio MARTÍNEZ ABASCAL y Soledad DURÁN ROMASEWKYS, en «La suficiencia de las causas del despido económico: algunas reflexiones sobre su problemática aplicación», *Problemas aplicativos del Despido en las reformas laborales de 1994 y 1997*, Ed. *Ibidem*, pág. 118.

ción económica crítica en referencia a un más amplio marco temporal, los últimos tres años, y que a su vez irá acompañado en los casos de empresas de más de 50 trabajadores con la elaboración un plan social, artículos 6.1 a) y c) del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, por lo que supone un régimen formal más exhaustivo.

¿Quién nos dice que el empresario, para eludir un proceso de despido colectivo, con los requisitos formales que ello entraña <sup>79</sup>, no decida extinguir uno o más contratos de forma verbal para no observar así el procedimiento formal exigido? <sup>80</sup>

Pensemos por un momento en una empresa con menos de 100 trabajadores en plantilla, y que, ante posibles causas económicas, organizativas, técnicas o de producción, decida unilateralmente extinguir la relación laboral de 10 trabajadores. Sin duda alguna, conforme a la norma, estaríamos ante un supuesto de despido colectivo.

Pero variemos ahora el supuesto anterior de la siguiente manera: la empresa, en lugar de proceder en un despido colectivo, decide extinguir a través del artículo 52 c) la relación laboral de 8 de los 10 trabajadores afectados, y de forma verbal las dos restantes. De esta forma, ¿estaríamos ante un despido colectivo? Pues la respuesta debe ser negativa, no sería un supuesto de despido encuadrado en el artículo 51 TRET, o, de lo contrario, lo sería, pero de forma fraudulenta.

El resultado de esta «trampa legal» será que el empresario dejaría de cumplir los requisitos legales de un procedimiento por expediente de regulación de empleo, que no son pocos.

En previsión de los posibles fraudes de ley que pueda realizar el empresario a tenor de lo dispuesto para esta clase de despidos, el artículo 51, en sus apartados 4.º y 5.º, garantiza la figura de los despidos colectivos, en el sentido, por una parte, de incluir en el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refieren las escalas antes descritas, aquellas extinciones que se realicen a iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del artículo 49 TRET, siendo imputables a la única voluntad empresarial, y, de otra, el incluir también aquellas extinciones, realizadas en períodos sucesivos de 90 días, al amparo del artículo 52 c) TRET, en número inferior a los umbrales señalados en el propio artículo 51 para los despidos objetivos, y sin que concurran causas nuevas que lo justifiquen, siendo esta actuación considerada en fraude de ley y declaradas las extinciones contractuales nulas y sin efecto.

<sup>79</sup> Nos referimos a la solicitud de autorización de extinción de contratos a la autoridad laboral, y el simultáneo período de consultas con la representación legal de los trabajadores, y demás requisitos contemplados en el RD 43/1996, de 19 de enero, artículo 6.º.

<sup>80</sup> Fernando PÉREZ-ESPINOSA en «El despido improcedente por injustificado», *Estudios sobre el despido*, Ed. DP Universidad de Madrid, pág. 57, «... el empresario podría proceder a la desvinculación de un trabajador sin otro requisito que notificarle la fecha de efectos, encubriendo, incluso, operaciones de amortización de puestos de trabajo al margen del procedimiento previsto en el artículo 52 c) ET», también llevado al campo de los despidos colectivos artículo 51 ET.

Pero cabe plantearse la siguiente pregunta, ¿puede incluirse el despido verbal como una de las extinciones a que se refiere el párrafo 4.º del artículo 51 TRET<sup>81</sup>, a efectos del cómputo del límite legal para considerar o no la decisión como despido colectivo? A mi parecer la respuesta debe ser negativa, puesto que el despido verbal contemplado en nuestra normativa hoy en día debe equipararse a todos los efectos a un despido disciplinario, y, aunque no lo sea en causa, por el mero hecho de ser verbal debe considerarse como disciplinario, por lo que no entraría dentro del cómputo de extinciones «por otros motivos no inherentes a la persona del trabajador ...», por no mencionar que previamente se debería demostrar la existencia del despido.

Aquí surge un nuevo problema en cuanto al despido verbal, que resumo con la siguiente afirmación: aquel empresario que quiera eludir las previsiones contenidas en el artículo 51 TRET, aplicable a los despidos colectivos, sólo tendrá que despedir verbalmente a aquellos trabajadores que en su número supondría superar el umbral permitido, para ser considerados como despidos colectivos.

Y ello será así siempre que el trabajador/es no pueda/n demostrar lo contrario<sup>82</sup>. Es decir, que no puedan probar que el despido verbal obedece a causas concretas y no imputables a la propia voluntad o conducta del trabajador, y esto sería entrar en el fondo del asunto que, como ya se ha indicado, no nos permite el artículo 108 TRLPL.

Pero ante este problema, debemos detenernos y reflexionar sobre la siguiente cuestión, ya abordada en el apartado de los despidos objetivos: ¿cómo va a ser posible entrar a valorar el fondo del despido si sólo es posible hacerlo bajo las causas señaladas en el apartado 2.º del artículo 108 TRLPL?

Como solución, ya indicada anteriormente, proponemos que, por parte del juzgador, se flexibilizara el contenido de dicho artículo, en beneficio del trabajador, y siempre que éste aportase pruebas o indicios que demostrasen cuáles son las causas reales del despido, pudieran ser tenidas en cuenta a la hora de pronunciarse sobre una posible nulidad de la decisión empresarial<sup>83</sup>, en la sentencia judicial, y con ello evitar así el fraude de ley en el que la empresa pudiera incurrir.

<sup>81</sup> Artículo 51.1.4.º ET: «Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco».

<sup>82</sup> Corresponde la carga de la prueba al trabajador. Artículo 1.214 CC, y SSTSJ Madrid de 9 de marzo y de 13 de julio de 1999.

<sup>83</sup> Entre otras, STSJ Castilla-La Mancha de 21 de abril de 1999, que declara nulo el despido por atentar derechos fundamentales, «... Existentes indicios suficientes, ... de que se pueda haber producido la vulneración del derecho fundamental, del artículo 24.1 del Texto Constitucional, en que cabría cobijar la garantía de indemnidad, es decir, existente un "principio de prueba" obrera (STC de 6 de mayo de 1997), sobre la posible afectación del derecho constitucional, es la empresa la que tiene la carga de acreditar suficientemente lo razonable de la medida disciplinaria adoptada». En relación, SSTC 38/1981, 21/1992, 73/1998 y STSJ Madrid de 14 de febrero de 2000, ya citadas.

#### IV. EL NUEVO DESPIDO TRAS EL DESPIDO VERBAL

*a) Un nuevo despido antes de que se dicte Sentencia Judicial.*

Para los supuestos en los que el empresario proceda a comunicar el despido de forma verbal, la Ley le da la posibilidad de realizar un nuevo despido, en el que se cumplieran los requisitos esenciales omitidos en el primero.

El artículo 55.2 TRET así lo declara expresamente:

«Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpliera los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que sólo surgirá efectos desde su fecha, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de 20 días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social».

El contenido del artículo es muy claro al respecto: el empresario, si lo desea, podrá realizar un nuevo despido, que no subsanará o substituirá los efectos del anterior, sino que tendrá efectos propios, dentro de los 20 días siguientes al primer despido realizado <sup>84</sup>, y con la obligación de pagar los días de salario dejados de percibir hasta el nuevo despido, manteniéndolo al mismo tiempo de alta en la Seguridad Social por dicho período.

Una cosa es clara: para que se pueda proceder al nuevo despido, la empresa deberá comunicar la readmisión del trabajador, a los efectos de que quede constituida de nuevo la relación laboral, de lo contrario ¿cómo se podría extinguir de nuevo una relación ya extinguida en el anterior despido?

*b) El nuevo despido una vez recaída Sentencia Judicial.*

Por último, comentar la posibilidad que ofrece la Ley de Procedimiento Laboral, en su artículo 110.4:

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

<sup>84</sup> Curiosamente, se impone esta obligación dentro del plazo de caducidad para ejercitar la acción por despido; de esta manera se está salvando el derecho del trabajador a formar una relación jurídico-procesal con total garantía, y evitar así un proceso judicial que declarara improcedente el primer despido por falta de forma.

En ambos casos, a) y b) son auténticos nuevos despidos, con efectos desde su fecha, sin que con ello, ya que la norma no deja duda al respecto, se pueda interpretar que sean correctivos del ulterior despido. Y en ellos concurren: el requisito implícito de toda readmisión, el pago de los salarios de trámite y la cotización de los mismos, con la obligación de mantener al trabajador en alta durante este período.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Con el estudio realizado sobre el tema, he querido reflexionar sobre la problemática que entraña encontrarnos ante un supuesto de despido verbal; para ello, he creído conveniente plantear diferentes situaciones que pueden darse, en el momento de proceder a un despido de esta naturaleza, y con el único fin de que cada lector pueda extraer sus propias conclusiones al respecto, y poner en duda las hasta ahora planteadas.

De todas formas, para concluir con el estudio realizado y poder resumir en pocas líneas el contenido ofrecido en el mismo, creo que no hay mejor manera de hacerlo que plantearnos, de manera práctica, la siguiente cuestión: despido verbal: ¿improcedente? o ¿nulo?

Pues bien, responderé diciendo que la mayoría de despidos verbales, excepto en casos muy concretos, y después de la Reforma laboral de 1994, lo serán improcedentes por imperativo legal. Y así parece que lo ha querido el legislador, una vez suprimida del artículo 55 TRET la nulidad radical para aquellos despidos comunicados de forma verbal. Pero no en todos los supuestos serán obligatoriamente declarados improcedentes: dependerá en cada caso de los supuestos específicos así como de las situaciones concretas que hayan motivado el acto extintivo; en la forma de proceder a la defensa del despido; y concretamente la forma de abordar y plantearnos el contenido de la «litis procesal» en torno a un proceso por despido disciplinario «normal», discriminatorio o lesivo de derechos protegidos, o, por el contrario, por despido basado en causas objetivas o colectivo.

En todo proceso de prueba, y en especial en el de despido, nos encontraremos un obstáculo fundamental, y éste no será otro que probar los hechos que en nuestro interés queramos hacer valer para obtener una declaración de nulidad o de improcedencia, según corresponda, en el momento de argumentar nuestra defensa. Por ello, y en vista del contenido normativo estudiado en torno a los artículos 55.4 TRET y 108 TRLPL, los despidos comunicados de forma verbal serán improcedentes por defectos de forma sin que pueda alegar el trabajador otros hechos por no ser posible entrar a valorar el fondo del asunto, salvo en aquellos casos concretos descritos en el apartado 2 del artículo 108 TRLPL, discriminación o lesión de derechos fundamentales.

Y, ¿qué pasa en los supuestos en que el empresario, amparándose en el fraude de ley, decide despedir verbalmente, por causas objetivas o eludiendo un despido colectivo? Para responder esta pregunta, que ha sido el punto crítico de este estudio, y para evitar así que sucedan estas posibles situaciones de trampa legal, creo necesario que se introduzca por parte del legislador una pequeña

modificación de contenido de los artículos 55.5 TRET y 108.2 TRLPL, en el sentido de incluir como supuestos de nulidad del despido, además de los ahora contenidos en dichos preceptos <sup>85</sup>, aquellos que hayan podido quedar demostrados por el trabajador durante el proceso judicial por causas diferentes a motivos disciplinarios, concretamente los descritos en los artículos 52 y 51 del TRET y que no hayan seguido las formalidades requeridas por dicha norma por haberse producido de forma verbal, posibilitando así al juzgador entrar a valorar un fondo de la «litis» distinto al planteado por la actuación empresarial, cuando el trabajador aporte indicios o pruebas que demuestren que ha sido despedido por motivos concretos: objetivos o económicos, sin la protección adecuada en orden a su defensa procesal <sup>86</sup>, y que en vista de la actual normativa procesal no es posible realizarlo. Esta previsión sería aconsejable desde un punto de vista de protección de los derechos laborales y de orden constitucional de los trabajadores, como ya se hizo con la entrada en vigor de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, que modificó entre otros ambos artículos para proteger y evitar situaciones de desprotección social de la mujer trabajadora por el embarazo, la maternidad y la paternidad y los períodos de adopción y acogida de menores, que habían resultado ser un factor de discriminación y precariedad social que hacían peligrar la igualdad y estabilidad en el empleo por situaciones que debían ser tan protegidas como la vida familiar en torno al ámbito laboral de las personas.

---

<sup>85</sup> Nulidad por actos de discriminación, vulneración o lesión de derechos fundamentales y libertades públicas, y aquellos relacionados con el embarazo, la maternidad, los períodos de adopción, acogimiento y lactancia introducidos por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre.

<sup>86</sup> Como son las formalidades exigidas por los artículos 53 y 51 TRET, entre otras, la carta de despido, la puesta a disposición de la indemnización correspondiente, preaviso, o el período de consultas y autorización de la autoridad laboral.