

FORMALIZACION DEL DESPIDO. SUBSANACION DE LA FALTA DEL REQUISITO FORMAL

I

INTRODUCCIÓN

La exigencia legal de la comunicación escrita en el despido «común» aparece en nuestro ordenamiento jurídico-laboral con el Decreto de 26 de octubre de 1956 (1) como requisito formal sustitutorio del expediente disciplinario previo exigido por la mayoría de las Reglamentaciones Nacionales de Trabajo, constituyendo uno de los cauces o modalidades de formalización del despido (2). Ya que nuestro ordenamiento, al regular el régimen jurídico del despido, ha acogido el sistema de formalización como garantía del trabajador, sirviendo el mismo a los fines queridos por aquél de asegurar a éste, en lo posible, la continuidad de la relación laboral (3).

Desde su aparición legal en 1956, la comunicación escrita ha sido una constante en nuestro derecho positivo (4), afectado según la doctrina jurisprudencial no sólo al despido basado en el incumplimiento contractual previo del trabajador —que la doctrina ha convenido en llamar disciplinario (5)—, sino también a los fundados en las motivaciones subjetivas del empresario (6) o en

(1) «BOE» del 25 de diciembre de 1956.

(2) L. E. DE LA VILLA GIL: *La formalización (carta y expedientes) del despido disciplinario*, en «Dieciséis lecciones sobre causas de despido», Madrid (UMFD), página 254.

(3) J. M. ALMANSA PASTOR: *El despido nulo*, Madrid, Editorial Tecnos, págs. 16 y siguientes.

(4) TRPL de 4-VII-1958, art. 93; TRPL de 17-I-1963, art. 93, y LPL de 21-IV-1966, artículo 97.

(5) A. ALONSO OLEA: *El despido*, Madrid (IEP), 1958, págs. 103 y ss.

(6) STS de 30-III-1965, en «Jurisprudencia Social», 10, núm. 496/65, págs. 161 y ss.

la desaparición del interés de éste en seguir utilizando los servicios del trabajador (7).

Sin embargo, los efectos jurídicos de su ausencia han estado sometidos a una evolución constante en orden a la posibilidad de su subsanación, que si bien es cierto parecía haber quedado consolidada por la reiterada doctrina jurisprudencial, contenida entre otras en la sentencia de la Sala VI del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1965 (8), la reciente resolución judicial de la misma Sala, de fecha 6 de mayo de 1971 (9), ha revisado dicha doctrina, unánimemente aceptada en nuestro país, iniciando así una nueva orientación que puede llegar a poner en crisis a la que estimamos doctrina jurisprudencial clásica.

Dos han sido las motivaciones que nos han incitado a examinar la sentencia citada en segundo lugar: primera, porque no creemos aceptable la nueva dirección que según el primer considerando de la misma parece haber acogido la Sala VI del Tribunal Supremo con respecto a la figura de la subsanación de la ausencia de la comunicación escrita del despido que como requisito formal impone el legislador al empresario para dar a conocer al trabajador su decisión de extinguir la relación de trabajo, dado el carácter recepticio que la doctrina atribuye a la declaración de voluntad del empleador en que el despido consiste (10); y, la segunda, porque la teoría contenida en la resolución judicial que sirve de objeto a este comentario entra en evidente contradicción con la doctrina anterior, afectando a la dogmática del despido y a sus institutos.

II

EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA SUBSANACIÓN DE LA FALTA DEL REQUISITO FORMAL DEL DESPIDO COMÚN

A raíz de al publicación del Decreto de 26 de octubre de 1956 por el que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico-laboral la exigencia formal de la comunicación escrita del despido, como advierte Hernainz Márquez (11),

(7) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: *El régimen jurídico del despido* (II); *Leyes de Contrato de Trabajo y de Jurados Mixtos*, «RPS», núm. 77, 1968, págs. 5 y ss.

(8) «Jurisprudencia Social», 10, núm. 495/65, págs. 160 y 161.

(9) «Jurisprudencia Social», 47, núm. 97/71, págs. 79 y 80.

(10) E. PÉREZ BOYJA: *Naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid (IEP), 1943, páginas 101 y ss.

(11) «La carta de despido y sus problemas» (RDP), Madrid, julio-agosto 1962.

la doctrina jurisprudencial elaboró la teoría de la improcedencia del despido falto del requisito formal impuesto por el legislador al empresario para proceder a despedir al trabajador, negando, por lo tanto, a la ausencia de la comunicación escrita el efecto jurídico de la nulidad de la decisión del empleador de terminar la relación laboral que con anterioridad al Decreto otorgaba la OM de 23 de abril de 1947 a la ausencia del expediente disciplinario previo exigido por varias Reglamentaciones Nacionales de Trabajo (12), pese a su carácter sustitutorio de aquélla con respecto a éste. Pues, según dicha teoría elaborada por la doctrina jurisprudencial, la orden citada había sido derogada por el Decreto de 1956 —tesis con la que nosotros no estamos de acuerdo (13).

Dicha orientación jurisprudencial vino así a resolver el problema de la ausencia absoluta del requisito formal del despido «común», pero no el de su falta relativa o posible subsanación de la misma, que constituye el objeto de nuestro comentario. Por lo que, paralelamente, a la teoría de la improcedencia del despido por falta absoluta de la comunicación escrita del despido se fue elaborando por la doctrina jurisprudencial la teoría de la subsanación por el empleador de la ausencia del requisito formal del despido, incluso, después de intentado el acto de conciliación sindical, siempre y cuando la misma tuviera lugar antes de la impugnación del despido ante la Magistratura de Trabajo, criterio que rechaza el autor anteriormente citado y también nosotros.

La teoría de la subsanación de la falta de comunicación escrita se mantuvo desde aquella fecha con independencia de la evolución posterior de la doctrina jurisprudencial sobre la ausencia absoluta del requisito formal del despido, que vino a aceptar la teoría de la nulidad del mismo, incorporada ya legalmente en nuestro ordenamiento jurídico-laboral por la OM de 23 de abril de 1947 y recogida, definitivamente, por las Leyes de Procedimiento Laboral (14). Siendo ésta quizá la razón por la cual se continuó aplicando la teoría originaria sobre la subsanación de la falta del requisito formal del despido, a fin de graduar los efectos jurídicos de la ausencia total del mismo y no responsabilizar en el momento de proceder a la extinción de la relación laboral que le unía con un trabajador que se había hecho, por su conducta, merecedor de tal decisión. Ahora bien, si la flexibilización que la doctrina jurisprudencial operó sobre la exigencia del requisito formal de la comunicación, desde el primer momento, al permitir la subsanación de su falta. La misma en-

(12) «BOE» del 25-IV-1947.

(13) *Mi trabajo, La comunicación escrita como requisito de eficacia del despido*. De próxima publicación en el número 3, 1972, de la «Revista Jurídica de Cataluña».

(14) TRPL de 4-VII-1958, art. 98; TRPL de 17-I-1963, art. 98, y L.P.L. de 21-IV-1966, artículo 102.

cuentra su justificación, a nuestro juicio, en la conveniencia de graduar la responsabilidad del empresario por su imprevisión en el momento de proceder a despedir al trabajador cuando tiene motivos justificados, sobre todo, en los primeros momentos de aplicación del nuevo régimen jurídico del despido inaugurado por el Decreto de 26 de octubre de 1956 y consolidado por el texto refundido del Procedimiento Laboral de 4 de julio de 1958; no creemos, sin embargo, que aquélla sirva para justificar todos los intentos posteriores de flexibilización de la exigencia legal del requisito formal del despido. Y no debemos olvidar tampoco que dicha orientación doctrinal nació ya con una seria dificultad técnica al extender en el tiempo la posibilidad del empleador de subsanar la falta de comunicación escrita, incluso, más allá del intento de conciliación sindical que presupone la formalización por el trabajador de su pretensión en la «papeleta» de conciliación, desvirtuando así su finalidad delimitadora del contenido de aquélla como trámite prejudicial. Sin embargo, dicha tesis se había mantenido ininterrumpidamente hasta la sentencia objeto de nuestro comentario, en los límites siguientes:

1. En cuanto al tiempo hábil de que dispone el empleador para corregir el defecto formal del despido. Dicha doctrina lo limita a la fecha de interposición de la demanda ante el órgano jurisdiccional (15). Si bien alguna resolución judicial ha llegado a consentir la ampliación de la comunicación escrita con posterioridad a la fecha de la demanda formulada por el trabajador y antes del señalamiento de la vista oral, en aquellos supuestos excepcionales en que el empresario, una vez comunicado por escrito el despido al productor, viene en conocimiento de otros hechos imputables al mismo (16). Peligrosa nos parece dicha tesis, porque causa, en todo caso, indefensión en el trabajador. De ahí, pues, que sólo la aceptemos en casos excepcionales y cuando la nuevas faltas imputables al trabajador despedido, además de incidir directamente sobre la falta determinante de la decisión del empresario, no hayan sido conocidas por éste en el momento de emitir la comunicación escrita.

2. En cuanto al contenido jurídico de la subsanación del despido informal. Los efectos de ésta nunca serán retroactivos, sino que sólo comenzarán a producirse a partir de la fecha en que la misma tenga lugar. Llegando la propia doctrina jurisprudencial a adoptar una solución de compromiso consistente en un doble pronunciamiento en la resolución que pone fin al juicio de control sobre el despido afectado del defecto formal por la ausencia par-

(15) STS de 6-V-1965, cit.

(16) Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 11-IV-1967, en «Jurisprudencia Social», 22, núm. 214/67, págs. 238 y 239.

cial de la comunicación escrita, sea o no fundado en el fondo. La cual ha de declarar, en todo caso, nulo el despido, desde el momento en que el mismo se haya producido realmente. Determinación que variará según que el despido informal sea expreso —verbal— o tácito: en el primer caso, tendrá lugar en el momento en que la decisión del empresario se haya comunicado verbalmente al trabajador; y, en el segundo caso, tan pronto como el empresario impida al trabajador prestar sus servicios y deje de retribuírselos.

El límite en el tiempo de la nulidad de la declaración de voluntad del empresario encaminada a extinguir la relación de trabajo por falta del requisito formal vendrá dado por la fecha en que tenga lugar la subsanación, sin que ésta pueda ser posterior al momento de formulación de la demanda por el trabajador ante la Magistratura de Trabajo. Mientras que el control sobre la procedencia o improcedencia del mismo, esto es, el examen sobre el fondo, tan sólo afectará en el tiempo, a partir de la subsanación.

III

TESIS DE LA SENTENCIA COMENTADA

Configurada así la figura de la subsanación del despido informal expreso por la doctrina jurisprudencial en base, creemos nosotros, a suavizar los efectos jurídicos de la declaración de nulidad del despido, cuando el mismo es procedente en el fondo, por haberse hecho el trabajador, mediante su conducta incumplidora, merecedor de la decisión del empresario de terminar la relación laboral. Pues otra justificación no encontramos a la flexibilización del requisito formal impuesto por el legislador al empleador a la hora de extinguir la relación de trabajo. Por ello, nos sorprende la nueva orientación que sobre la misma inicia ahora la resolución judicial objeto de nuestro comentario, que al parecer, viene a distinguir dos momentos distintos en la subsanación del despido informal según que ésta tenga o no lugar en o con anterioridad a la conciliación sindical; o bien, la misma se produzca con posterioridad a dicho acto prejudicial. Pero, en todo caso, siempre y cuando se realice antes de presentada la demanda por el trabajador ante la Magistratura de Trabajo.

La distinción que marca la sentencia que estamos comentando en orden a la posibilidad que el empresario tiene de corregir el defecto formal del despido no es baladí, puesto que la misma viene a conceder efectos ju-

rídicos distintos a la subsanación de la falta de comunicación escrita según que ésta tenga lugar en uno u otro momento. Ya que, mientras que los efectos jurídicos de la realizada en el segundo momento no difieren en nada de los que venía reconociéndole la doctrina jurisprudencial anterior; en cambio, la nueva orientación jurisprudencial introduce un cambio sustancial en orden a la subsanación operada en el primero que afecta a la propia calificación del despido informal expreso o verbal. Pues, sin llegar a desaparecer de nuestro ordenamiento jurídico-laboral sufre un ataque frontal con la nueva resolución judicial. Lo cual nos lleva a examinar, por separado, cada una de las cuestiones suscitadas por la misma, para proceder, finalmente, a realizar la crítica de la nueva teoría:

1. *Efectos jurídicos de la subsanación de la falta de comunicación escrita realizada antes o en el momento del acto de conciliación sindical*

La misma no se limita a retrotraer los efectos jurídicos al momento de producirse realmente el despido informal —criterio que por sí mismo es, más que objetable, inadmisibles desde el punto de vista de la obligatoriedad del requisito formal impuesto por el legislador, cuya ausencia la sanciona con la declaración de su nulidad—, sino que niega la existencia misma de la denuncia unilateral de la relación laboral por el empresario, afectando, por tanto, la nueva orientación jurisprudencial a la teoría sobre la perfección del despido y, en definitiva, al concepto mismo del despido informal expreso.

2. *Su influencia sobre la dogmática del despido*

El problema de la producción real del despido venía siendo una cuestión pacífica en la doctrina (17), pero la sentencia que estamos examinando ha introducido una nota discordante en dicha sede al llevar, a nuestro juicio, excesivamente lejos el proceso de flexibilización del requisito formal de la comunicación escrita (18). El despido como acto de declaración de voluntad

(17) J. M. ALMANSA PASTOR: op. cit., págs. 88 y ss.

(18) «... no puede tener éxito, pues que aunque es cierto que el despido realizado el día 21 de septiembre de 1970 debería declararse nulo de oficio, aun no solicitado en la demanda, por no haberse llevado a cabo por escrito, sino verbalmente, al incorporarse el actor al trabajo después de cumplir su servicio militar, como antes de presentarse la demanda origen del presente juicio tuvo lugar el acto de conciliación sindical,

unilateral del empresario encaminada a extinguir la relación de trabajo, aunque sometida por imperativo legal a dicha formalidad de carácter sustantivo, a la que el legislador confiere virtualidad de requisito de eficacia del mismo (19), se perfecciona, según la doctrina, desde el momento en que aquélla es manifestada por el empleador, ya sea de forma expresa escrita o verbal, o bien de forma tácita (20). Admitiendo, en consecuencia, la doble tipicidad del despido en orden a su formalización, según que el mismo vaya o no acompañado del requisito formal impuesto por el legislador al empresario para decidir la extinción de la relación laboral (21).

De suerte que aquélla venía reconociendo en nuestro ordenamiento jurídico-laboral validez al despido falto del requisito de eficacia, con anterioridad a la O.M. de 23 de abril de 1947 (22), a través de la figura de la conversión por el transcurso del tiempo o caducidad de la acción que dispone el trabajador para impugnar ante los órganos jurisdiccionales la decisión del empresario (23).

Se reconocía, pues, la existencia del despido desde el momento en que el empleador declaraba su voluntad de terminar la relación laboral hubiera o no cumplido con el requisito formal que le exigía la Ley, formulándose así, en el segundo caso, el concepto del despido informal expreso o verbal, cuyos efectos jurídicos variaban según que el empresario decidiese o no subsanar la falta de la comunicación escrita antes de que el trabajador interpusiera la demanda ante la Magistratura de Trabajo, límite temporal fijado por la propia teoría de la subsanación a la facultad que le reconocía al empresario de corregir el defecto formal; o bien, que el trabajador dejara transcurrir el plazo de que dispone para impugnar la declaración de voluntad de aquél dirigida a terminar con la relación de trabajo. Esto es, para la doctrina anterior a la sentencia comentada el despido se perfecciona siempre con la denuncia unilateral del contrato de trabajo por parte del empresario y puede producir sus

en cuyo trámite previo se hizo entrega al trabajador, por la empresa, de la carta de despido adornada de los requisitos legales, la fecha del 29 del mismo mes en que tal acto tuvo lugar, debe reputarse como la del despido a todos los efectos, y, por tanto, cabe estimar que cuando se inició el proceso jurisdiccional ya estaba subsanado el defecto...»

(19) «Nuestro trabajo», cit.

(20) STS de 25-X-1944, aranzadi 1.204; de 28-VI-1948, aranzadi 1.086, y 7-V-1956, aranzadi 1.765.

(21) Art. 97 de la Ley de Procedimiento Laboral vigente.

(22) Cit.

(23) Art. 5 de la O.M. de 23-IV-1947.

efectos extintivos, aunque la misma sea informal o no ajustada a la exigencia legal, cuando se den alguna de las figuras citadas o ambas a la vez.

Es más, la propia doctrina llegó incluso a formular la teoría del despido informal «tácito» (24), cuando de la conducta del empresario, consistente en impedir al trabajador el cumplimiento de su obligación principal —la prestación de servicios— dejando a su vez de cumplir la suya —abono de la remuneración—, se puede deducir, implícitamente, su propósito de terminar con la vida de la relación laboral, extendiendo el ámbito de aplicación de la causalidad del despido al llamado «tácito» (25). Ratificando así su propia teoría sobre la existencia del despido verbal (26).

Sin embargo, la nueva dirección jurisprudencial revisa la doctrina anterior o clásica, negando que el despido se perfeccione por el mero hecho de la declaración de voluntad expresa del empresario dirigida a extinguir el contrato de trabajo si la misma no va acompañada del requisito formal. Pero la resolución judicial objeto de nuestro comentario no se limita a establecer un nuevo criterio en la aplicación del precepto legal que impone al empleador esa exigencia, desde luego más estricto que el que imperaba anteriormente —solución que, a nuestro juicio, es la más correcta desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, por estar inspirado en el sistema de formalización del despido—, sancionando, en todo caso, la ausencia de la comunicación escrita del despido con su nulidad, sin posibilidad de subsanación por parte del empresario, por representar siempre una mayor tutela para el trabajador —al garantizarle la continuidad de la relación laboral—, salvo que el propio trabajador haga dejación de su derecho a impugnar la decisión del empleador dentro del plazo que le concede la Ley (27). Por el contrario, aquélla viene a negar la existencia misma del despido informal expreso o verbal, cuando éste ha hecho uso de su facultad sanatoria en el momento o con anterioridad al acto de conciliación sindical (28).

Lo que no nos dice la sentencia comentada es si su tesis puede también extenderse a los supuestos en que la subsanación tenga lugar con posterioridad al mismo. Mas, no creemos que dicha solución sea posible, ni siquiera en base a la propia teoría por ella sustentada. Ya que de su texto (29) parece

(24) STS de 25-X-1944, cit.

(25) STS de 7-V-1956, cit.

(26) STS de 6-V-1965, cit.

(27) Art. 82 de la Ley del Contrato de Trabajo y art. 98 de la Ley de Procedimiento Laboral de 21-IV-1966, cit.

(28) STS de 6-V-1971, cit.

(29) «... como antes de presentarse la demanda de origen del presente juicio tuvo

deducirse que quiere establecer un límite en el tiempo que coincide, exactamente, con el acto de conciliación sindical —ni que decir tiene que al no estar de acuerdo con la solución explícita de la misma, rechazamos totalmente tal posibilidad extensiva—. Pero ello no ha de impedirnos ver el riesgo de que futuras resoluciones judiciales, apoyándose en dicha tesis, pretendan llevar su solución hasta el límite temporal de la subsanación, establecido en estos momentos en la presentación de la demanda por el trabajador ante la Magistratura de Trabajo (30). Puesto que la misma se basa en el hecho de que el trabajador conoció las faltas imputadas por el empresario con anterioridad a la fecha de su impugnación ante el órgano jurisdiccional, por habérselas comunicado en el acto de conciliación sindical. Solución que no sería de extrañar fuera adoptada por nuestra jurisprudencia, si tenemos en cuenta su proceso de evolución sobre la flexibilización del requisito formal del despido.

De prosperar la nueva dirección sobre la doctrina de la subsanación, es obvio que afectaría la naturaleza del despido verbal —figura elaborada por la propia doctrina jurisprudencial como consecuencia de aquel proceso de flexibilización—. Y, aun cuando en base de principios nosotros nos inclinemos por una más estricta aplicación del requisito formal del despido, no es posible ignorar —siguiendo la propia solución legal— que éste es un elemento de eficacia y no de validez del mismo, por lo que su ausencia no lo invalida totalmente, sino que lo hace ineficaz, y aun su ineficacia puede ser corregida por la propia conducta del trabajador a hacer dejación de su derecho a impugnar la decisión del empresario dentro del plazo concedido por la Ley. Como tampoco es posible silenciar que la declaración de nulidad con que el ordenamiento sanciona la ausencia de la comunicación escrita, privándole de sus efectos extintivos, no se produce fatalmente, sino que la condiciona a la conducta seguida por el trabajador despedido. Si ello es así no vemos cómo pueda prescindirse de una realidad como la que es el despido informal, que puede o no, según los casos, producir los efectos jurídicos queridos por el empresario, con independencia de su voluntad.

La diferencia sustancial que existe entre el despido informal y el despido comunicado por escrito al trabajador en orden a los efectos extintivos del mismo, según la solución legal de nuestro ordenamiento, habrá que tenerla presente y para precisarla se impone utilizar términos adecuados. Por ello, no creemos sea posible prescindir del concepto de despido informal expreso o verbal, que ciertamente produce efectos jurídicos, aunque éstos no sean preci-

lugar el acto de conciliación sindical, en cuyo trámite se hizo entrega al trabajador, por la empresa, de la carta de despido adornada de los requisitos legales...»

(30) STS de 6-V-1971, cit.

samente los propios del despido formal, como es evidente, dado el carácter obligatorio del requisito. Allanar esa diferenciación como pretende la resolución examinada, negando a la declaración de voluntad del empresario encaminada a extinguir la relación de trabajo sin comunicársela por escrito al trabajador su naturaleza de despido, nos parece inadmisibile como solución de *lege data*.

3. *Incidencia de la nueva dirección doctrinal sobre el concepto del despido*

Por otra parte, es claro que la nueva orientación jurisprudencial viene a introducir un elemento de discordia en el seno del concepto del despido, entendido como denuncia unilateral del contrato de trabajo por el empleador (31). Ya que aunque ésta se produzca realmente se le niegan sus efectos extintivos. Lo que acarrea una seria dificultad desde el punto de vista del concepto del despido que no está justificada en un cambio legislativo. La figura del despido en cuanto medio de extinción de la relación laboral encierra un contenido típico que no puede ser caprichosamente modificado, si no se quiere correr el riesgo de desnaturalizarla, haciéndola inservible como institución jurídica, hace tiempo consagrada por la doctrina.

La sustantividad del despido contiene una realidad nada caprichosa, sino que es fruto de la vida misma de la relación de trabajo, en cuyo desarrollo se producen situaciones anómalas que pueden ser determinantes de su extinción, según que afecten o no en forma grave a la causa del contrato que la dio vida.

Ahora bien, la concurrencia de una situación anómala en el desarrollo de la relación laboral con suficiente entidad como para afectar a su causa, haciendo, si no imposible, sí más gravosa al empresario la continuidad del vínculo jurídico. Pero ello no basta por sí solo para que el mismo se destruya, desapareciendo las obligaciones recíprocas de sus sujetos, sino que es necesario que uno de éstos —el empresario— considere incompatible con los fines de su empresa o por lo menos decaiga su interés en seguir utilizando los servicios del trabajador y opte por la denuncia unilateral de la relación laboral. Así pues, el despido se identifica con ésta y tan pronto se perfecciona la misma existe la figura extintiva del contrato de trabajo, con independencia de que el empresario cumpla o no con la obligación de comunicársela por escrito al trabajador.

No es posible, por lo tanto, negar la existencia del despido cuando el

(31) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: op. cit.

empleador ha manifestado expresamente —ni aun cuando lo hace tácitamente— su decisión de dar por terminada la relación laboral, aunque sea en forma verbal. Pues, como ya decíamos, el ordenamiento jurídico-laboral no niega la validez del despido informal, sino que, en todo caso, condiciona —de manera relativa— su eficacia a la concurrencia del requisito formal.

Por eso, afirmábamos que la nueva dirección jurisprudencial contenida en la sentencia comentada produce una enorme brecha en la dogmática del despido, al negar su perfección en el informal cuando el empresario subsana la ausencia de la comunicación escrita, en el momento o con anterioridad al acto de conciliación sindical. Pese a ser una cuestión pacífica en la doctrina anterior que el despido ya sea formal o informal se produce en el momento mismo en que el empleador manifiesta su voluntad de extinguir la relación laboral.

Hasta aquí hemos venido contemplando las consecuencias que se derivan de la nueva tesis jurisprudencial sobre la doctrina de la subsanación de la falta de comunicación escrita del despido. Y vamos a analizar ahora su validez, procediendo a realizar su crítica, para concluir si la misma es o no admisible.

IV

CRÍTICA DE LA NUEVA TESIS JURISPRUDENCIAL SOBRE LA SUBSANACIÓN DE LA FALTA DE COMUNICACIÓN ESCRITA EN EL DESPIDO

La teoría mantenida por la resolución judicial que estamos examinando nos parecería aceptable si la misma fuese la conclusión jurisprudencial deducida de la recta aplicación del requisito legal de la comunicación escrita del despido. Pero la consecuencia inmediata de tal orientación ya no sería, precisamente, la de conceder a la subsanación, dentro de su proceso de flexibilización, efectos retroactivos, ni mucho menos la de negar como hace la sentencia comentada la perfección del despido (32), sino que, de acuerdo con la solución legal, el despido informal debe ser calificado, en todo caso, como nulo; tan sólo convalidable por el transcurso del tiempo de que dispone el trabajador para impugnar ante los órganos jurisdiccionales la decisión extintiva del empresario. Esto es, que la nueva dirección doctrinal sólo se justifica si la misma

(32) «... la fecha de 29 del mismo mes en que tal acto tuvo lugar debe reputarse como la del despido a todos los efectos...»

pretende llevar hasta sus últimas consecuencias la exigencia del requisito formal del despido (33).

Pero, sin embargo, no creemos que ésta sea la orientación que se sigue en la resolución judicial examinada, sino todo lo contrario. Pues por ella se mantiene la teoría anterior sobre la subsanación de la falta de comunicación escrita y, además, concede a ésta —cuando la misma se realiza en el momento del acto de conciliación o con anterioridad— unos efectos jurídicos que superan los propios de la retroactividad, llegando a negar la existencia —en tal supuesto— del despido.

Nunca la jurisprudencia había llegado a desconocer los efectos jurídicos de la ausencia del requisito formal del despido y nos sorprende que la sentencia comentada establezca una orientación que entendemos peligrosa, porque además de causar un evidente perjuicio al trabajador despedido, al que coloca en una clara situación de indefensión frente al empresario, atenta contra el principio de seguridad jurídica, concediendo un excesivo margen de discrecionalidad a éste —pese a ser la parte más fuerte de la relación de trabajo—; desconoce la solución legal sobre la formalización del despido (34); modifica caprichosamente su dogmática, afectando a la sustantividad del informal, y, por último, incide sobre la doctrina de la caducidad (35).

No creemos que tal tesis se mantenga en el futuro. Pues tenemos la esperanza de que la misma no será ratificada por futuras resoluciones judiciales, pero ante la duda racional que nos invade de que no se cumplan nuestros deseos —después de haber estudiado la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre la subsanación de la ausencia de la comunicación escrita— no está de más que alcemos aquí y ahora nuestra voz de alerta ante el peligro evidente que, a nuestro juicio, importa tal orientación jurisprudencial. Así pues, nuestro objetivo es bien humilde en esta ocasión, ya que se limita a poner de manifiesto nuestra disconformidad con la solución adoptada por la sentencia que comentamos.

Varios son, a nuestro juicio, los caminos por los que puede discurrir el riesgo implícito en la misma:

(33) Art. 97 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con su art. 102.

(34) J. M. ALMANSA PASTOR: *op. cit.*

(35) F. SUÁREZ FERNÁNDEZ: *La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo*, «RPS», núm. 85, 1970, págs. 73 y ss.

I. *Causa indefensión al trabajador despedido*

A poco que nos fijemos en la evolución histórica de la figura del despedido es fácil extraer las siguientes conclusiones:

a) En un principio, nuestro ordenamiento reconoce implícitamente la posibilidad de la denuncia unilateral del contrato de trabajo por el empresario, sin necesidad de preaviso ni quedar obligado a indemnizar al trabajador, cuando las relaciones laborales son de duración indefinida, salvo que las mismas afecten a los auxiliares del comerciante (36).

b) Posteriormente, se limita la posibilidad del empresario de despedir al trabajador sin justa causa, al imponerle la obligación de abonarle una indemnización que han de fijar los órganos jurisdiccionales dentro de unos límites y teniendo en cuenta unos criterios establecidos por la Ley, además de pagarle los salarios de tramitación del procedimiento (37).

c) Más tarde, se inaugura una etapa en la que prevalece el principio de estabilidad en el empleo, reduciendo considerablemente la facultad del empresario de denunciar unilateralmente la relación laboral al imponerle la obligación de readmitir al trabajador cuando ha sido injustamente despedido (38).

d) En el año 1956 (39) se introduce un cambio sustancial en el régimen jurídico del despido, que se halla presidido por una mayor amplitud en la posibilidad de denuncia del contrato de trabajo por el empleador, aun cuando se le impone la obligación de comunicar por escrito su decisión al trabajador y se mantenga la indemnización si el despido es declarado improcedente (40).

Es precisamente en el requisito formal donde se sitúa ahora el problema de la indefensión del trabajador despedido. Pues si aquél tiene como finalidad última la de permitirle conocer los hechos en que se basa el empresario para decidir la terminación de la relación de trabajo, a fin de que pueda preparar los medios de prueba de que intente valerse en el juicio de control. La tesis de la resolución examinada viene a negar la finalidad misma de la comunicación escrita al consentir que la declaración de voluntad del empleador pueda

(36) Arts. 199 y sigs. del Código de Comercio.

(37) Art. 17 del Real Decreto-ley de 26 de noviembre de 1926 sobre Organización Corporativa Nacional, modificado por el Real Decreto de 30 de julio de 1928.

(38) Ley de 6-XI-1941 y art. 81, 3.º, de la Ley de Contrato de Trabajo de 26-I-1944

(39) Decreto de 26-X-1956, cit.

(40) Art. 5.º, 3.ª b), y 8.º, 5.ª, del mismo Decreto.

tomarse con absoluto desconocimiento del requisito formal impuesto por el legislador. Finalidad que, por otra parte, se inserta dentro del propósito de éste de evitar la indefensión del obrero: al imponer unas condiciones de formulación a la comunicación escrita relativas a los hechos en que se basa la decisión del empleador y la fecha en que tenga lugar aquélla (41), prohibiendo al empresario valerse en juicio de otros motivos de justificación que los previamente comunicados al interesado (42) y sancionando la ausencia del requisito formal con la ineficacia del despido (43) si el mismo es impugnado por el trabajador dentro del plazo concedido por la Ley (44).

La nueva orientación doctrinal retrotrae el tratamiento jurídico del despido al momento histórico en que hemos situado la segunda de las etapas de su régimen jurídico, en el que no se imponía al empresario obligación de comunicar por escrito al trabajador su decisión de extinguir la relación laboral con absoluto desconocimiento de la solución legal vigente que, explícitamente, exige la obligación de ese requisito formal. Pues, ¿qué otra cosa es sino el conceder a la subsanación efectos anuladores del despido informal? —aunque de su texto se deduzca que tales efectos se conceden sólo a la que tiene lugar antes o con ocasión del acto de conciliación sindical—. Y que en el supuesto de que el empresario por imprevisión despidiera al trabajador sin comunicación escrita, al permitirle corregir el defecto formal hasta el momento en que se realice el acto de conciliación sindical, como quiera que éste presupone siempre la presentación previa por el trabajador de la «papeleta» de demanda de la que se le ha de dar traslado, puede, en todo caso, subsanar el defecto con anterioridad al mismo. Limitando, en cambio, las posibilidades de defensa del trabajador recortando su tiempo para preparar los medios de prueba de que intente valerse en el juicio para refutar los motivos alegados por el empleador, sin que éste se vea compelido por ningún tipo de sanción contra su negligente —cuando no maliciosa conducta— de incumplir el requisito formal.

Es claro, a nuestro juicio, que, además de la indefensión que en cualquier caso se le causa al trabajador despedido con la nueva dirección doctrinal, se produce un desequilibrio en la distribución de los riesgos derivados del despido que cada uno de los sujetos del contrato de trabajo ha de soportar en favor del empresario al liberarle, como mínimo, del abono de los salarios dejados de percibir por el trabajador durante el período de tiempo que va desde la fecha de producción real del despido hasta el momento en que el empleador

(41) Art. 97 de la Ley de 21-IV-1944.

(42) Art. 100 del mismo texto legal.

(43) Art. 102, 2.º, de la Ley de Procedimiento Laboral vigente.

(44) Art. 82 de la Ley del Contrato de Trabajo y 98 de la Ley de 21-IV-1966.

corrija el defecto formal como sanción —desde luego mínima, si tenemos en cuenta la solución legal, fruto del proceso de flexibilización del requisito formal, operado por la doctrina jurisprudencial— derivada de su incumplimiento; privando, por el contrario, al trabajador de la percepción de esos salarios que ha dejado de devengar por causas ajenas a su voluntad e imputables, en todo caso, al empleador. A no ser que para este supuesto se adopte la solución del artículo 47 de la Ley de Contrato de Trabajo (45), que, a nuestro juicio y con las limitaciones con que estamos admitiendo la nueva orientación doctrinal, creemos la correcta. Porque en ningún caso se ha de ver perjudicado el trabajador con la pérdida del salario a causa de la conducta del empresario (46).

En este orden de ideas la tesis contenida en la resolución judicial que estamos examinando origina también la indefensión del trabajador al ausentarse de la empresa y no incorporarse a su puesto de trabajo por impedírsele el empleador. Pues si el despido informal no existe, ¿cómo va a justificar sus ausencias el trabajador? Con anterioridad a la nueva orientación jurisprudencial, la existencia del despido informal expreso o tácito tenía que ser probado por el trabajador, invirtiéndose así la carga de la prueba del despido que según nuestro ordenamiento pesa sobre el empresario (47). Bastándole a éste con negar su existencia para colocar al trabajador en una clara situación de indefensión por no disponer de medios de prueba, situación que aún se agravaba más en las pequeñas empresas cuando aquél no se limitaba a negar la existencia del despido, sino que alegaba que el trabajador había abandonado voluntariamente el puesto de trabajo con el propósito de extinguir unilateralmente la relación laboral (48). Sin embargo, en la práctica el riesgo se distribuía por partes iguales y el empleador, una vez asesorado convenientemente, optaba por subsanar inmediatamente el defecto formal (49).

De mantenerse la nueva orientación doctrinal y desnivelarse la balanza de los riesgos en perjuicio del trabajador, mucho nos tememos que cuando el mis-

(45) «Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios o producir sus obras una vez vigente el contrato, porque el empresario se retrase en darle trabajo o por impedimentos que provinieran de los locales, los materiales, las maquinarias, los instrumentos o cualquiera otra circunstancia imputable al empresario...»

(46) Dado el carácter de cuasi-alimentos que tiene el salario como único medio de que dispone el trabajador para satisfacer sus necesidades y las de su familia.

(47) Art. 100 de la Ley de Procedimiento Laboral, cit.

(48) A. MONTOYA MELGAR: *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, Sevilla (Inst. García Oviedo), 1967.

(49) Como lo prueba el hecho de las reiteradas resoluciones que se pronuncian sobre la doble solución de declarar la nulidad de la falta de comunicación escrita y la procedencia o improcedencia del mismo a partir de ésta.

mo sea objeto pasivo de un despido informal no vea incrementada su indefensión frente al empresario que niegue la realidad del mismo y alegue en el acto de conciliación sindical o con posterioridad que aquél ha dejado de acudir voluntariamente al trabajo con el propósito de terminar el contrato, incurriendo, por tanto, en abandono (50). Siéndole, en cambio, difícil al trabajador aportar al juicio medios de prueba para desvirtuar las alegaciones del empresario, demostrando la realidad del despido informal.

He aquí otra de las perniciosas consecuencias que pueden sacarse de la mencionada tesis. Por lo que no podemos por menos de abogar porque la misma sea rectificadora. Pues la seguridad jurídica corre peligro de verse afectada por la misma, tanto desde el punto de vista de la indefensión que causa al trabajador, como desde el punto de vista de la excesiva discrecionalidad que concede al empresario.

2. *El amplio margen de discrecionalidad que la misma otorga al empleador*

Concebido el despido en nuestro ordenamiento desde la reforma de 1956 como una declaración unilateral de voluntad del empresario encaminada a extinguir la relación de trabajo que puede estar o no fundada en justa causa (51) o como una denuncia unilateral del contrato de trabajo por el empresario al desaparecer su interés en seguir utilizando los servicios del trabajador (52), es claro que el llamado principio de estabilidad en el empleo, instaurado en España en 1941 (53), dejó paso a la figura del despido libre, pero indemnizado y condicionado en su eficacia al requisito formal de la comunicación escrita. Con lo que ésta vino a constituir en la mente del legislador y como solución de compromiso una limitación formal con efectos sustantivos en la disponibilidad de la vida de la relación de trabajo por parte del empresario, suavizando así el posible impacto que, sin duda, habría de causar el cambio de orientación en el régimen jurídico del despido (54). Pero tal propósito pronto fue abandonado por la doctrina jurisprudencial al formular la teoría de la subsanación de la falta de comunicación escrita, limitando peligrosamente los

(50) Extinguiéndose así la relación laboral por decisión unilateral del trabajador, según la causa 9.ª del artículo 76 de la Ley de 26-I-1944.

(51) M. ALONSO OLEA: op. cit., págs. 10 y 11.

(52) M. RODRÍGUEZ-PIÑERO: op. cit.

(53) Ley de 6 de noviembre.

(54) Al poner en manos del empresario la facultad de disponer libremente de la vida de la relación laboral.

efectos jurídicos queridos por aquél de hacer ineficaz el despido informal (55), permitiendo al empresario la posibilidad de impedirlo mediante un acto dependiente exclusivamente de su voluntad, al que la sentencia comentada ha venido ahora a conceder eficacia sanatoria *ex tunc*, borrando así los efectos jurídicos de la falta de comunicación escrita queridos por el legislador y convirtiendo la formalización del despido en una mera entelequia, poniendo de nuevo en manos del empleador la libre disposición de la vida de la relación laboral, sin limitación formal alguna y sólo limitada por la obligación de indemnizar al trabajador en caso de que el despido sea declarado improcedente por el órgano jurisdiccional.

3. La nueva orientación doctrinal desconoce la solución legal

Si como hemos visto la tesis de la sentencia comentada no nos parece aceptable en cuanto solución de *lege ferenda*, es bien cierto que como solución de *lege data*, es totalmente inadmisibile por estar en abierta oposición con el texto legal, que quiere, precisamente, lo contrario. El legislador quiso, y aún no ha dicho cosa distinta, que el despido sea comunicado por escrito al trabajador, como garantía de éste frente a la decisión del empresario, exigiendo que la misma venga adornada de unos requisitos mínimos en el fondo y en la forma —imponiendo, incluso, al empresario la obligación de notificarlo al Jurado de Empresa (56)—. Y buena prueba de que no está en el ánimo del mismo modificar su solución respecto a la formalización del despido nos lo proporciona el artículo 14 del Decreto de 22 de mayo de 1970 sobre conflictos colectivos, que vino precisamente a rectificar la doctrina jurisprudencial sobre la innecesariedad del expediente disciplinario previo a los cargos sindicales que participan en un conflicto colectivo (57). Por lo tanto, no vemos que la tesis jurisprudencial tenga tampoco acogida, al menos en un futuro próximo, como solución de *lege ferenda*.

(55) La doctrina jurisprudencial pronto vino a flexibilizar la exigencia del requisito formal, tanto desde el punto de vista de la subsanación de su falta como desde el punto de vista de las condiciones de formulación que debía contener la comunicación escrita.

(56) Art. 97, 3.º, de la Ley de Procedimiento Laboral de 21 de abril de 1966.

(57) Decreto 1.376/1970, de 22 de mayo.

4. *El contenido de la sentencia comentada afecta a la aplicación de la doctrina sobre la caducidad de la acción impugnadora del despido*

Al conceder efectos jurídicos retroactivos a la subsanación realizada antes o con ocasión del acto de conciliación sindical, la resolución judicial que estamos examinando viene a negar la producción del despido informal expreso o verbal, revisando así la doctrina sobre la aplicación de la figura de la caducidad al despido informal (58), sin afectar, en cambio, al despido informal «tácito». Pues, de acuerdo con la tesis contenida en la misma, el plazo para impugnar el despido no puede comenzar en el momento en que tiene lugar la declaración de voluntad del empresario encaminada a extinguir la relación laboral, ya que aquélla niega que el despido se haya producido cuando el empresario subsana el defecto formal antes o con ocasión del acto de conciliación sindical.

Como puede verse, la nueva orientación doctrinal sobre la teoría de la subsanación viene a afectar a todo un conjunto de institutos del despido, provocando una verdadera revisión en su régimen jurídico, que impone el análisis individualizado sobre cada uno de ellos para constatar su validez —tarea que escapa de las posibilidades del presente comentario—. Y nos obliga a precisar si la misma es o no admisible. De lo dicho hasta aquí se puede concluir que nos inclinamos por la solución negativa, porque aquélla provoca la inseguridad jurídica en la sede que estamos contemplando; haciendo tambalear la dogmática del despido e, incluso, la propia sustantividad del informal; poniendo en duda la obligatoriedad de la formalización; afectando a varias figuras jurídicas que giran sobre aquél. Con absoluto desconocimiento de la solución legal vigente y colocando al trabajador sujeto pasivo del despido informal expreso o verbal en una situación de desigualdad frente al empleador contra los deseos del legislador.

El problema planteado por la sentencia comentada es tan amplio que nos impide entrar en profundidad sobre todos y cada uno de los institutos jurídicos a los que afecta. De ahí, pues, que nos veamos en la necesidad de cerrar esta colaboración sin haber elaborado unas conclusiones definitivas sobre el mismo. Pero, por otra parte, nuestro propósito no era ese, sino que lo habíamos limitado a sugerir una serie de cuestiones que derivan de la tesis mantenida por la sentencia comentada. Pues el contenido de la presente colabora-

(58) F. SUÁREZ GONZÁLEZ: op. cit.

ción no permite investigar a fondo las repercusiones que aquélla pueda tener en cada una de las figuras jurídicas que se sitúan en el régimen jurídico del despido. Sin embargo, las mismas son lo suficientemente sugestivas para incitarnos a proseguir en su estudio, a fin de poder presentar unas conclusiones en un próximo artículo de revista.

JULIÁN TOVILLAS ZORZANO

