



Improcedencia del despido disciplinario: supuestos de ilicitud, evolución de la jurisprudencia y corrientes de la doctrina científica

Noviembre de 2023

1. La actual regulación del despido disciplinario

1.1.- Principales categorías del despido disciplinario

Existen en la actualidad tres categorías correspondientes a los despidos disciplinarios regulados en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), entre las que encontramos:

- La procedencia: se considerará procedente cuando quede acreditado el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación.
- La improcedencia: se considerará improcedente cuando no quede acreditado el incumplimiento alegado o cuando en su forma no se ajuste a las formalidades recogidas en el apartado primero del art. 55 ET.
- La nulidad: será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución Española (en adelante CE) o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora.

1.2.- Evolución de la calificación de la improcedencia

A lo largo de los años han ido evolucionando los supuestos considerados incumplimientos graves y culpables de la persona trabajadora (relacionados en el art. 54 ET), a los efectos de que fuera declarada la improcedencia del despido disciplinario.

Considerando que los supuestos de nulidad se encuentran absolutamente tasados como ya hemos mencionado, esto ha venido delimitando aquellos casos en los que deberá ser declarada la improcedencia del despido.

A estos efectos encontramos la declaración de improcedencia en extinciones en las que la persona empleadora hubiera cometido algún error de fondo o de forma durante la tramitación del despido, pero que en ningún caso hubiera llegado a conculcar un derecho fundamental o situación especialmente delimitada por la norma.

Sin embargo, en la actualidad ha surgido un nuevo tipo de supuesto consistente en atribuir al empleador un comportamiento disruptivo, intencional o culposo. En este caso, el empleador tipifica y gradúa la conducta de la persona trabajadora conforme a una mayor gravedad, magnificando sus ausencias o negligencias, induciéndole a error o acusándole de hechos inciertos con el objetivo de justificar la existencia de un incumplimiento laboral y proceder a la extinción del contrato bajo una apariencia de procedencia.

1.3.- Consecuencias de la declaración de la improcedencia

Amparado en lo expuesto en el apartado anterior, en ocasiones encontramos la denominada *intención dolosa* del empleador.

Recordemos que la calificación de la improcedencia del despido conlleva la obligación de la persona empleadora de optar entre dos opciones (art. 56 ET):

- La readmisión de la persona trabajadora con el correspondiente abono de los salarios de tramitación hasta la fecha de la readmisión.
- El bono a la persona trabajadora de una indemnización por el daño causado equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año, y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades, lo que conllevará la extinción de la relación laboral entendida a la fecha del cese efectivo en el trabajo.

Sin embargo, la norma nada dice acerca de las consecuencias de esta intención dolosa de la persona empleadora, no existiendo en la actualidad ninguna sanción asociada a la misma.

2. Evolución de la jurisprudencia

2.1.- Criterio de la jurisprudencia mayoritaria

Para entender mejor la posición de la jurisprudencia mayoritaria debemos concretar el concepto discutido, cual es el *fraude, dolo o abuso de derecho* (con estricta relación del art. 6 del Código Civil, en adelante CC), referido para conceptualizar la ya mencionada intención dolosa de la persona empleadora.

Pues bien, la jurisprudencia mayoritaria ha venido manteniendo una interpretación clásica y restrictiva de la regulación laboral como norma especial, eludiendo una posible valoración y cuantificación del daño producido a la persona trabajadora como consecuencia de la conducta de la empleadora.

En este sentido, encontramos diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo (en adelante TS, sentencias de fecha 10 de marzo y 14 de mayo de 1992, 01 de febrero y 04 de mayo de 1993) que culminarían en todo caso en la Sentencia del 02 de noviembre de 1993, rec. 3669/1992, que ya recogía que “la nulidad radical por despido fraudulento constituye figura excepcional y extrema, en tanto que no contemplada por el Estatuto de los Trabajadores”, por tanto, no considerando aplicable el art. 6 CC a pesar de tratarse de una norma general de aplicación supletoria.

Con esta interpretación, el TS eliminaba no sólo cualquier posibilidad de cuantificar e imponer condena de sanción o indemnización adicional a la persona empleadora, sino que limitaba la calificación de la nulidad del despido por fraude.

Esta interpretación se ha venido manteniendo por el TS hasta la actualidad, aportando además a las partes un elevado grado de seguridad jurídica por cuanto el previo conocimiento de su cuantificación elimina los problemas que podrían surgir de tener que ajustar la indemnización a la cuantía del daño (como sí sucede en el orden jurisdiccional civil).

2.2.- Evolución del criterio jurisprudencial

El propio TS comienza a diferir de su propio criterio a partir del año 2022, al dictar su sentencia de 28 de marzo número 268/2022. En ésta, se juzgaba el desistimiento empresarial durante el periodo de prueba de un contrato indefinido de apoyo a emprendedores, pero tan sólo 3 días antes de que la empresa finalizara su actividad.

El TS en el presente caso concluye reconociendo el **derecho de la persona trabajadora a cobrar una indemnización equivalente a los salarios dejados de percibir como consecuencia de la inobservancia del plazo de preaviso, aun teniendo en cuenta que el desistimiento se habría dado dentro del periodo de prueba marcado.**

Para su cuantificación, el TS consideró análogamente el preaviso de 15 días que opera en el despido por causas objetivas, por entender que esta finalización (simultánea a otras 27 no superaciones de periodo de prueba) traía causa de problemas económicos de la empresa y no de la conducta de la persona empleadora.

Por todo ello, el TS casó y anuló parcialmente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) de Madrid, en la medida necesaria para reconocer el derecho de la trabajadora al percibo de la indemnización equivalente a los salarios dejados de percibir como consecuencia de la inobservancia del plazo de preaviso.

Por otro lado, a partir del año 2021 determinados tribunales inferiores han venido también considerando, si bien de manera puntual, que en determinadas circunstancias especiales **procede ampliar la indemnización tasada si no es adecuada cuando la conducta extintiva haya causado perjuicios que superan el mero lucro cesante** (debiendo la persona trabajadora probar estos daños).

A estos efectos podemos citar la sentencia del TJS de Cataluña número 2273/2021 de 23 de abril, así como las sentencias del mismo tribunal de fecha 20 de mayo de 2021, rec. 2757/2021, y de 14 de julio de 2021, rec. 3812/2021. Estos pronunciamientos encuentran su apoyo no en la normativa nacional, sino más bien en el Convenio de la OIT número 158, así como en la Carta Social Europea, dado que según Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) 140/2018, de 20 de diciembre, es a los tribunales de la jurisdicción ordinaria a quienes compete la tarea de seleccionar el derecho aplicable.

3. Corrientes de la doctrina científica

A lo largo del tiempo, la doctrina ha venido manteniendo un intenso diálogo con la jurisprudencia de cada momento, dando lugar a tres principales o mayoritarias corrientes científicas.

En primer lugar, con su comienzo hace más de cuatro décadas, encontramos la primera posición denominada **Teoría del fraude de ley**. Ésta descansaba en la aplicación directa del art. 6 CC, es decir, en la consideración del fraude de ley de la persona empleadora como

elemento decisorio para la declaración de la nulidad del despido disciplinario por no existir la causa alegada.

Esta Teoría coexistió con el texto original del ET, 8/1980, cuyo artículo 56 ya contemplaba las consecuencias de la improcedencia (para los casos en los que no era calificable el despido como nulo ni como procedente) como aquellas que otorgaban a la persona empleadora (a excepción de los despidos de delegados de personal y miembros de comité) la opción entre admitir o indemnizar, si bien la indemnización consistía en 45 días de salarios por año trabajado, con el tope de 42 mensualidades.

En segundo lugar, ubicamos la **Teoría de la autosuficiencia del supuesto** (así denominada por Antonio Ojeda Avilés, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla). Con la publicación de la nueva Ley de Procedimiento Laboral (en adelante LPL) de 1990, se vino a considerar especialmente tasados los supuestos de declaración de nulidad del despido como consecuencia de la redacción dada al artículo 108 de la LPL (modificado cuatro años más tarde, y finalmente derogado cinco años más tarde como consecuencia de la publicación del Texto Refundido de la LPL).

La doctrina del TS ha venido aceptando de manera amplia y mayoritaria esta segunda teoría, no considerando el fraude de ley como supuesto para la declaración de nulidad del despido, así como tampoco para la concesión de indemnización adicional por el daño que éste hipotéticamente habría producido (de acreditarlo la persona trabajadora).

Por último, durante los últimos años apreciamos una cierta **apertura de los TSJ** a considerar y valorar los daños sufridos como consecuencia de la conducta dolosa de la persona empleadora, con el objetivo de cuantificar y condenar a la persona empleadora **a una indemnización adicional** a la que estrictamente habría de corresponder al despido improcedente, por entender que no se trataría de una indemnización adecuada, y en todo caso con amparo en la ya citada normativa europea.

4. Conclusión

Tras varios años de intensa actividad legislativa en el orden jurisdiccional Social, los diversos Tribunales Superiores de Justicia se han visto en la necesidad de adaptar sus pronunciamientos a la nueva realidad social, cada vez más específica y circunstancial.

Como consecuencia de ello hemos comenzado a recibir sentencias revolucionarias de los TSJ (si bien puntuales y no de todos los territorios por igual), con imposición de indemnizaciones adicionales a la estrictamente tasada del despido improcedente, como consecuencia de la valoración de la conducta dolosa o fraudulenta de la persona empleadora.

Aún desconocemos si esta nueva corriente viene a consolidarse dentro de la calificación de la improcedencia de los despidos disciplinarios, o si tal vez incluso pueda llegar a crearse una nueva calificación a partir de aquélla. Por ello nos encontramos completamente expectantes y a expensas del criterio que dicte el Tribunal Supremo a este respecto, que nos ayudará a

confirmar o desmentir si verdaderamente nos encontramos ante un cambio de paradigma.

Ixone Sanz Almena

Abogada Laboralista – Employment Lawyer

derecho.laboral@mazars.es

