



**TRABAJO FIN DE MÁSTER / MASTER AMIERAKO
LANA**

REITERACIÓN DEL DESPIDO

Raúl Lecumberri Morato

DIRECTOR / ZUZENDARIA

José Luis Goñi Sein

Pamplona / Iruñea

16 de enero de 2020

RESUMEN:

El concepto de reiteración del despido se refiere a la facultad que tiene el empresario de realizar un nuevo despido, una vez que la ineficacia del acto extintivo ha sido reconocida por el mismo empresario o decretada judicialmente. Por un lado, el art.55.2 ET regula el nuevo despido realizado tras el reconocimiento por parte del empresario del defecto de forma del primer acto extintivo. Por otro lado, el art. 110.4 LRJS regula el nuevo despido tras la declaración judicial de ineficacia del primer despido también por un defecto de forma. Finalmente, la reiteración del despido puede producirse cuando la causa del acto primitivo no resulta acreditada, adquiriendo especial relevancia los límites del *non bis in idem* y de la cosa juzgada. Todas estas situaciones han sido analizadas e interpretadas por los tribunales de justicia, aclarando entre otras cosas, cuándo y cómo puede realizarse la reiteración del despido.

PALABRAS CLAVE:

Reiteración, Despido, Ineficacia, Defecto formal, Defecto causal.

ABSTRACT:

The concept of dismissal repetition refers to the power of the employer to make a new dismissal, once the ineffectiveness of the extinguishing act has been recognized by the same employer or has been judicially enacted. On the one hand, article 55.2 of the Spanish Workers' Statute (hereinafter, 'ET'), regulates the new dismissal made after the employer recognizes the procedural defects of the first extinguishing act. On the other hand, article 110.4 of the Spanish Law regulating labor jurisdiction (hereinafter, 'LRJS') regulates the new dismissal after the judicially declared ineffectiveness of the first dismissal also due to procedural defects. Finally, the dismissal repetition can occur when the cause of the primitive act is not proven, becoming in this regard especially relevant the limits of *non bis in idem* and the *res iudicata* principles. All these situations have been analyzed and interpreted by the courts of justice, clarifying among other things, when and how the dismissal repetition can take place.

KEY WORDS:

Reiteration, Dismissal, Ineffectiveness, Procedural defect, Causal defect.

ÍNDICE:

I.- INTRODUCCIÓN.....	4
II.- LA “SUBSANACIÓN DEL DESPIDO IRREGULAR DEL ART.55.2 E.T.	5
2.1. Naturaleza y fundamento de la posibilidad conferida al empleador de reiterar el despido improcedente antes del pleito.....	5
2.2.- El plazo para reproducir el despido antes de la sentencia.....	7
2.2.1.- <i>El tiempo hábil de reproducción del despido antes de la sentencia</i>	7
2.2.2.- <i>La subsanación en el período considerado tradicionalmente como “tiempo muerto”</i>	10
2.2.3.- <i>La interrupción del plazo de prescripción de las faltas</i>	11
2.2.4.- <i>Efectos del cumplimiento o incumplimiento del plazo</i>	12
2.3.- Requisitos para la aplicación del artículo 55.2 ET: readmisión, puesta a disposición de los salarios devengados en los días intermedios, mantenimiento del alta en la Seguridad Social y la aceptación por parte del trabajador.....	13
2.3.1.- <i>Reincorporación del trabajador</i>	14
2.3.2.- <i>Puesta a disposición de los salarios devengados en los días intermedios</i>	15
2.3.3.- <i>“Mantenimiento” del alta en la Seguridad Social</i>	16
2.3.4.- <i>La aceptación por parte del trabajador</i>	17
III.- LA REITERACIÓN DEL DESPIDO INFORMAL TRAS LA DECLARACIÓN JUCIDIAL DE IMPROCEDENCIA.....	18
3.1- Naturaleza y finalidad.....	19
3.2.- El plazo para efectuar el despido tras la declaración judicial.....	20
3.2.1.- <i>La naturaleza del plazo</i>	20
3.2.2.- <i>El dies a quo</i>	23
3.2.3.- <i>Incidencia de la tramitación del expediente contradictorio</i>	25
3.2.4.- <i>Efectos sobre la prescripción de faltas</i>	26
3.3.- La reiteración del despido después del plazo de siete días.....	27
3.4.- La reiteración del despido objetivo transcurrido el plazo de siete días.....	27
3.5.- Condiciones para el ejercicio de la reiteración <i>post sententiam</i> del despido.....	30
IV.- LA REITERACIÓN DEL DESPIDO INEFICAZ POR DEFECTOS CAUSALES	32
4.1.-El despido por los mismos hechos alegados en el primer acto extintivo.....	33
4.1.1.- <i>El principio non bis in idem</i>	33
4.1.2.- <i>El carácter vinculante del reconocimiento de improcedencia en cuanto al fondo</i> ..	35
4.2.-Reiteración del despido por situaciones preexistentes y sobrevenidas.....	35
4.3.- Supuesto de reiteración de despido en relación con la función	37

4.3.1.- <i>El despido ad cautelam</i>	37
4.3.2.- <i>Nuevo despido para subsanar omisiones de prueba de la falta imputada</i>	38
4.3.3.- <i>Nuevo despido fundado sobre los mismos hechos y otros anteriores o posteriores al primer despido.</i>	39
V.- CONCLUSIONES.	43
VI.- BIBLIOGRAFÍA	46
VII.- JURISPRUDENCIA	47

I.- INTRODUCCIÓN.

En las siguientes páginas se analiza la reiteración del despido ineficaz. El objetivo es mostrar cómo se regula y cómo interpretan los tribunales esta facultad del empresario que apenas es objeto de estudio durante el grado y el posgrado.

El concepto de reiteración del despido se refiere a la posibilidad de un nuevo despido, una vez admitido por el empresario o declarada judicialmente la ineficacia del originario acto extintivo.

Esta renovación del acto extintivo inválido puede realizarse tras un defecto de forma del mismo o por ausencia y falta de acreditación de causa.

El primero de los casos, es decir, cuando el primer acto extintivo es ineficaz por un defecto de forma, está claramente regulado en el ordenamiento jurídico laboral. Podemos ver como el art. 55.2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) reconoce esa renovación del despido disciplinario por defecto de forma al afirmar que “Si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumpla los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que solo surtirá efectos desde su fecha, solo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido”. Además, el art. 110.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS) establece que “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”.

Vemos como por medio del art. 55.2 ET se reconoce la facultad de subsanación preprocesal y por medio del art. 110.4 LRJS se contempla la reproducción *ex post*.

Es por ello que el art.55.2 ET abre la posibilidad de renovación previa al procedimiento de revisión judicial del despido. Por lo que tras el cumplimiento de las omisiones cometidas, el empresario puede reiterar el despido considerado ineficaz en

los veinte días siguientes a la primera decisión. En este caso, puede darse la reiteración sin necesidad de esperar al juicio de impugnación del primer despido.

En cuanto a la otra situación contemplada en el art. 110.4 LRJS, es decir, la subsanación posterior a la declaración judicial de improcedencia, el nuevo despido debe realizarse en el improrrogable plazo de siete días desde la notificación de la sentencia y sólo es posible renovar con efectos a partir de la fecha del nuevo despido.

Sin embargo, el trabajo no puede tratar únicamente sobre la regulación que da el ET y la LRJS a la renovación realizada del acto viciado por defecto de forma o de garantías procedimentales, sino que debe abarcar también mínimamente la reiteración del despido ineficaz por defectos causales contemplando todos los escenarios posibles.

Para todo ello utilizaré, además de la doctrina reflejada en monografías y artículos de expertos en la materia, jurisprudencia, principalmente del Tribunal Supremo y tribunales superiores de justicia, además de la legislación oportuna.

II.- LA “SUBSANACIÓN DEL DESPIDO IRREGULAR DEL ART.55.2 E.T.

El art. 55.2 ET establece que “si el despido se realizara inobservando lo establecido en el apartado anterior, el empresario podrá realizar un nuevo despido en el que cumplierse los requisitos omitidos en el precedente. Dicho nuevo despido, que sólo surtirá efecto desde su fecha, sólo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte 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”.

En este apartado se analiza la naturaleza y fundamento de la posibilidad conferida al empleador de reiterar el despido improcedente antes del pleito, los requisitos para la aplicación del citado artículo y el plazo, que aunque podría incorporarse en el apartado de los requisitos, merece un análisis exclusivo.

2.1. Naturaleza y fundamento de la posibilidad conferida al empleador de reiterar el despido improcedente antes del pleito.

Como es sabido el empresario tiene la facultad de despedir al trabajador siguiendo lo establecido en la normativa, ahora bien, resulta esencial analizar su derecho a dejar sin efecto esa extinción laboral mediante un posterior acto de signo

opuesto. Es por ello que el empresario puede decidir pasar por alto incumplimientos graves del trabajador, rehusando sancionarlos, dejando sin efecto el despido.

Esta decisión de revocar el despido cuando no está afectado de una ineficiencia originaria, normalmente se produce por compasión o benevolencia, por conveniencia o interés como la derivada de la dificultad a la hora de reemplazar la prestación que le proporciona el empleado, y eventualmente por atender a presiones sindicales, laborales o sociales de distinto tipo.¹

Sin embargo, puede que esa revocación del despido del empresario parta de una cierta conciencia de irregularidad en su decisión, acordando revocarlo, para corregir el defecto. De este modo, su interés no es otro que el de evitar las consecuencias derivadas de la posible declaración de improcedencia.

Para dicha revocación del despido son necesarios dos elementos. El primero de ellos, y sin necesidad de consentimiento del trabajador, es una manifestación “clara e incondicionada”² de restaurar el contrato, acompañada de la reposición en las condiciones precedentes a la extinción. El segundo elemento es la alegación en tiempo de la voluntad de arrepentimiento, en este sentido es preciso que el perdón se deduzca antes de la presentación de la demanda judicial y cumpliendo el plazo de veinte días desde el primer despido establecido en el art. 55.2 ET.

Ante esta situación existe una discrepancia entre Tribunales y autores sobre la verdadera naturaleza de esta facultad. Por un lado vemos como algunos tribunales afirman que aun cuando formalmente tenga la consideración de un nuevo despido, “no quiere decir que en lo material no sea un verdadero acto de subsanación, fundado en la misma causa que su precedente e identificado plenamente con él este sustancial elemento de su estructura. Lo que la Ley persigue, al insistir en su carácter de nuevo despido, no es desvirtuar o ignorar la naturaleza de las cosas, sino inmunizar la situación jurídica del trabajador, que hasta la subsanación se encuentra ilegalmente agredida, frente a los virtuales efectos de esta agresión para que la misma no los genere

¹ Análisis más extenso en GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1997. págs. 35 y 36.

² STJS Galicia 31/08/1991 (AS 1991, 4817).

sino a partir del momento en que cumple con toda puntualidad las exigencias legales de forma”³.

Por otro lado, algunos consideran que teniendo en cuenta la posibilidad de ampliar generosamente los hechos alegados en la primera carta de despido, “aunque doctrina y jurisprudencia aluden a ‘subsanción’, ‘ampliación’ o ‘corrección’, desde un punto de vista jurídico-formal son dos actos jurídicos diferenciados, que dan lugar a un nuevo despido. El hecho de cumplimentar los requisitos incumplidos no sana el anterior. En veinte días permite remediar las irregularidades cometidas, pero con efectos extintivos únicamente desde la segunda decisión”; de ahí la imposición de salarios intermedios, la necesidad de alta (y cotización) en la Seguridad Social y la reapertura de un nuevo plazo de caducidad para su impugnación⁴.

2.2.- El plazo para reproducir el despido antes de la sentencia

El plazo recogido en el art.55.2 ET para la realización del nuevo acto extintivo parece claro y contundente: “Dicho nuevo despido, que solo surtirá efectos desde su fecha, solo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido”.

Pese a dicha claridad y contundencia, debemos analizar cuestiones fundamentales como el tiempo hábil de reproducción del despido, la subsanción en el período considerado tradicionalmente como “tiempo muerto”, la interrupción del plazo de prescripción de las faltas y los efectos del cumplimiento e incumplimiento del plazo.

2.2.1.- El tiempo hábil de reproducción del despido antes de la sentencia

Tal y como se ha comentado con anterioridad, el plazo para la subsanción *ex ante* establecido en el art.55.2 ET es de veinte días tras el primer despido viciado por defecto de forma.

Llama la atención la coincidencia de los veinte días conferidos por el art. 55.2 ET con el plazo de caducidad previsto para ejercitar la acción contra el despido (arts. 59.3 ET y 103.1 LJS). Probablemente se debe a una defectuosa incorporación al

³ STSJ Asturias 27/10/1995 (AS 3644); siguiendo su parecer, STSJ Castilla y León 31/10/1995 (AS 3763).

⁴ STSJ Andalucía 4/07/2001 (JUR 5790); en la doctrina, con argumentación plenamente compartida, CRUZ VILLALÓN, J.: “Forma del despido disciplinario (I). Requisitos ordinarios: la carta de despido”, en AA. VV. (GORELLI HERNÁNDEZ, J., Coord.): *El despido (Análisis y aplicación práctica)*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 181.

régimen de reiteración del despido del requisito exigido anteriormente por la doctrina judicial, por el cual la subsanación de la deficiencia legal había de tener lugar antes de la presentación de la demanda. Seguramente se tomó en consideración este mismo plazo de veinte días para delimitar la facultad subsanadora del empresario.⁵

A raíz de esta similitud surgió una doble línea de interpretación sobre la naturaleza del plazo. La primera interpretación fue la de afirmar que, en cuanto al plazo, ambos supuestos “son de la misma naturaleza y debe darse a ellos el mismo tratamiento, plazos de caducidad y de días hábiles. Lo contrario sería hacer heterogéneo lo homogéneo”⁶. La segunda interpretación no sostenía que el plazo de la facultad subsanatoria de la empresa se compute conforme a la previsión procesal de la acción impugnatoria del despido, entendiendo que sus objetos no pueden ser más diversos de naturaleza jurídica, contenido y efectos. Mientras la acción de impugnación del despido está sometida a un plazo de caducidad procesal, la facultad disciplinaria para corregir o sancionar faltas del trabajador es un derecho subjetivo privado, cuyo ejercicio no se produce un marco procesal, debiendo estar a las reglas del Derecho común para el cómputo de su plazo de caducidad⁷. Esta última tesis se refuerza con el argumento que esgrime la propia sentencia citada del TSJ de Asturias afirmando que “la caducidad de la acción impugnatoria del despido transcurre sólo sobre días hábiles, precisión que no se hace en la facultad empresarial para subsanar despidos incorrectos, reflejando así la ley una voluntad de establecer la regla distinta, correspondiente a la naturaleza privada del derecho”.

La interpretación actual marcada por el Tribunal Supremo en su sentencia del 10 de noviembre de 2004, es que “el cómputo del plazo de los veinte días del art. 55.2 ET ha de hacerse conforme a las previsiones generales del cómputo civil de los plazos señalados por días”, por lo que queda claro que entiende que dicho plazo es de naturaleza civil y debe calcularse sin excluir los inhábiles.

La misma sentencia aclara que a partir de la nueva redacción que se le dio al art.55.2 ET con la Ley 11/1994, de 19 de mayo, el legislador concretó el plazo durante el que aquella subsanación podrá producirse de forma válida y lo cifró en veinte días para mayor seguridad. Pero que tal previsión normativa, al igual que entendió la misma

⁵ GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, *op.cit.*, pág. 86.

⁶ STSJ Aragón 6/06/1995 (AS 2571).

⁷ STSJ Asturias 27/10/1995 (AS 3643).

sala contemplando la redacción anterior, “tiene su razón de ser en una combinación del derecho de todo empresario a corregir cualquier defecto formal en la carta y los derechos de defensa del trabajador que la recibió, y por ello, las consecuencias del incumplimiento del plazo tienen necesariamente que ser las mismas; por ello, si la subsanación se produce dentro del plazo habrá que entender que estamos ante un segundo despido contra el que, en su caso, habrá de accionar el trabajador, mientras que si la subsanación se produce fuera de dicho plazo no tendrá ningún valor como nuevo despido y habrá que estar al primero con todas sus consecuencias negativas para el empleador. Se trata por lo tanto de un plazo de caducidad puesto que tiene establecido un límite insuperable de veinte días que no es posible sobrepasar ni subsanar, dados los términos en los que se halla concebido en una norma que puede considerarse de orden público dada la finalidad garantista que la preside”.

Una vez establecido un plazo concreto, y fijado claramente el día *a quo* y el día *ad quem*, surge la siguiente cuestión: ¿Qué sucede si se impugna el despido por parte del trabajador antes del plazo de los veinte días de los que dispone el empresario? Pues bien, algunos interpretan que los veinte días permanecen a entera disposición del empresario, resultando irrelevante la impugnación efectuada por el empleado antes de su transcurso⁸, aferrándose de este modo al tenor literal del artículo. Sin embargo, otros tienen una interpretación sistemática y finalista, entendiendo que es necesario que el plazo de veinte días opere en combinación con la presentación de la demanda⁹. Esta última interpretación entiende que aunque haya transcurrido veinte días, la presentación de la demanda debería servir para hacer inviable la formulación de un nuevo despido. Esta visión parece ser la más adecuada, puesto que entender lo contrario supondría que el trabajador estaría obligado a presentar una nueva demanda encontrándose *sub iudice* la calificación del primero de los despidos¹⁰. En consecuencia, existirían dos límites: “uno fijo de veinte días; otro variable, el de la fecha de presentación de la demanda, aquél subordinado o condicionado por ésta”¹¹.

⁸ ORTEGA PRIETO, E.: *Las modificaciones estructurales del Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales*, Barcelona (Bosch), 1990, pág. 187.

⁹ GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, *op.cit.*, págs. 88 y 89.

¹⁰ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, F.J “Los plazos en el proceso de despido disciplinario” *La Ley* Grupo Wolters Kluwer, 2009 pág.255

¹¹ MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares), 1998, pág. 484.

En definitiva, la interpretación de “determinar como límite temporal de ejercicio de la facultad subsanadora la fecha de presentación de la demanda de despido sienta la base instrumental para que el plazo de veinte días fijado por la norma adquiera su finalidad, no otra que permitir la reproducción *ex novo* del despido antes de que la relación jurídico-procesal quede constituida mediante la interposición de la demanda tal y como ha entendido la jurisprudencia.”¹²

Ahora bien, presentar la demanda sin cumplimentar los requisitos preprocesales mentados, y aun cuando proceda su admisión provisional, no mediará obstáculo para que el empresario pueda reiterar el despido, pues la relación jurídico-procesal sólo queda debidamente configurada cuando la demanda ha sido interpuesta en forma¹³.

2.2.2.- *La subsanación en el período considerado tradicionalmente como “tiempo muerto”.*

El siguiente aspecto a analizar es qué sucede durante el intervalo de tiempo entre el día que transcurre el plazo de veinte días y la posterior sentencia. Debemos aclarar si durante ese tiempo conocido tradicionalmente como “tiempo muerto” se puede ejercer la facultad subsanadora por parte del empresario.

Con anterioridad a la reforma del año 1994 del art.55.2 ET, la jurisprudencia entendía este período intermedio como un tiempo en el que las deficiencias formales no eran susceptibles de ser corregidas. Si atendemos a la redacción del artículo, parece claro que una vez transcurridos los veinte días concedidos, y hasta que se produzca la sentencia, el empresario no tiene reconocida la facultad de volver a despedir. De este modo se seguiría con esa corriente jurisprudencial, con la idea de que mientras la cuestión esté *sub judice*, no cabe despedir al trabajador mediante un nuevo despido corrector. Es más, la propia existencia del art.55.2 ET carecería de sentido, si además del plazo de veinte días, se hiciera posible la subsanación en ese “tiempo muerto”.

Pese a todo ello, hay quienes consideran esos veinte días como un simple plazo que afecta a la prescripción de las faltas, existiendo aún la posibilidad de subsanación una vez transcurrido el término legal si el poder sancionador permanece vivo¹⁴. Otros

¹² GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, *op.cit.*, pág.90.

¹³ STSJ Madrid 20/12/1989 (AS 3030).

¹⁴ SÁNCHEZ PEGO, F. J.: “Apuntes procesales de la reforma laboral”, *Trib. Soc.*, núm. 55, 1995, pág. 19

van todavía más lejos, llegando a afirmar que “lo contrario sería un absurdo: exigirle al empresario esperar a toda la tramitación procesal y, concluida ésta, poder efectuar el nuevo despido, con una innecesaria dilación en el abono de los salarios de tramitación y prolongamiento de la situación de incertidumbre en perjuicio de ambas partes”¹⁵. Finalmente también hay quien entiende que debe alargarse la facultad empresarial hasta el día de la conciliación anterior a la vista del juicio oral¹⁶.

Ahora bien, los Tribunales siguen considerando que en este “tiempo muerto” no cabe reiterar el despido¹⁷, ya que siguiendo con interpretaciones judiciales anteriores, admitir tal alternativa tras haber sido planteada la demanda, “lejos de eliminar la indefensión, la incrementa, creando una situación de mayor confusión, al modificar unilateral y sustancialmente, al margen del proceso, los términos de un debate correctamente planteado”¹⁸. Además debe tenerse en cuenta el respeto a la tutela judicial efectiva, puesto que transcurrido el plazo, el trabajador adquiere el derecho a la calificación del acto empresarial, impidiendo que se pueda poner fin al proceso con la mera comunicación de la voluntad revocatoria empresarial del primer acto extintivo. Todo ello “pese a que no haya prescrito la facultad disciplinaria de la empresa para imponer la sanción, pues el mandato imperativo de caducidad de la subsanación *ex ante* se sobrepone a la parte del término prescriptivo de la potestad sancionadora aun no vencida, porque en otro caso el art. 55.2 ET no tendría sentido, y el legislador habría redactado una previsión inútil.”¹⁹

2.2.3.- La interrupción del plazo de prescripción de las faltas.

En este apartado debemos analizar si el primitivo acto extintivo ineficaz interrumpe o no el plazo prescriptivo de las faltas en el plazo de veinte días reconocido en el art.55.2 ET. Es decir, se trata de aclarar si la facultad subsanadora depende de que no haya prescrito la facultad disciplinaria de la empresa o si es ajena al plazo de prescripción de las faltas muy graves, que son las únicas que pueden conllevar el

¹⁵ MELLA MÉNDEZ, L.: La formalización del despido disciplinario, *op.cit.*, págs. 503 y 504.

¹⁶ GIL Y GIL. J. L. “La extinción del contrato de trabajo en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, Trib. Soc., núm. 55, 1995, pág. 35.

¹⁷ SSTSJ Galicia 19/04/2001 (AS 864) y Cataluña 9/02/2005 (JUR 80679).

¹⁸ STS 12/04/1983 (RJ 1828).

¹⁹ SSTSJ Asturias 27/10/1995 (AS 3643) y Castilla-La Mancha 17 /05/2006 (AS 1932). Interpretación compartida en SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, F.J “Los plazos en el proceso de despido disciplinario”, *op.cit.*, pág.261.

despido del trabajador. Las faltas muy graves, conforme al art. 60.2 ET, prescriben a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión y, en todo caso, a los seis meses de haberse cometido.

Pese a que el art.55.2 ET no realiza ninguna precisión al respecto, la jurisprudencia ha entendido que el plazo de prescripción del poder sancionador es interrumpido durante los veinte días siguientes al primer acto extintivo.

Comparto la tesis expuesta por J.L Goñi que entiende que “la facultad subsanadora del empresario no resulta afectada por el régimen prescriptivo del art. 60.2 ET. El plazo de reiteración del despido es una mera ampliación legal del poder sancionador. Es un régimen adicional de reproducción del despido independiente del sistema prescriptivo de las faltas. Una vez hecho el despido, se impide definitivamente la prescripción, de manera que cuando se quiere repetir ulteriormente el despido para rectificar los defectos formales, no se tiene en cuenta el tiempo que media entre la comisión de la falta o el conocimiento de la misma y el nuevo despido.”²⁰ De este modo, el empresario tiene la posibilidad de reproducir el despido en cualquier momento anterior al cumplimiento del plazo de veinte días, y el plazo de subsanación no depende de la parte del plazo prescriptivo de las faltas aún no vencida. Tal y como sigue J.L Goñi “tanto si el poder sancionador permanece vivo sólo en una parte del plazo de subsanación, como si no, al haber utilizado por completo el plazo de prescripción en la realización del primer despido, se abre un nuevo plazo íntegro para el acto de ejercicio de la potestad sancionadora”:

2.2.4- Efectos del cumplimiento o incumplimiento del plazo.

En primer lugar cabe analizar qué sucede una vez realizado el segundo despido dentro del plazo de veinte días. El resultado fundamental no es otro que la aparición de un nuevo despido con todas las consecuencias, produciendo efectos desde su fecha, sin retroactividad alguna, ya que no es una mera subsanación.

De este modo, se inicia un nuevo plazo de caducidad de veinte días para impugnarlo, ya que como ha manifestado el Tribunal Constitucional, para salvaguardar la tutela judicial efectiva ante pronunciamientos judiciales que retrotraerían el cómputo al primero de los despidos, su criterio es que si la empresa deja sin efecto su primera

²⁰ GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, op.cit., pág. 98.

carta de despido y entrega una nueva en la que señala que el despido surtirá efectos desde esa nueva fecha, manteniendo a la trabajadora en el percibo de sus retribuciones y en situación de alta en la Seguridad Social, la interpretación más acorde con la efectividad del derecho a la tutela judicial de la trabajadora, a la que obliga la vigencia del principio pro actione en el ámbito del acceso a la jurisdicción, será de considerar que es contra esta segunda decisión extintiva, y no contra una anterior que la propia empresa ha dejado sin efecto-- contra la que la trabajadora debe accionar²¹.

Cabe señalar que si el primer despido no hubiera sido impugnado cuando tuvo lugar el segundo de conformidad con las pautas normativas dadas, el trabajador pierde la facultad de plantear demanda contra el primer despido, ya que sabiendo que éste será declarado ineficaz, podrá iniciar un proceso contra el segundo despido, bajo riesgo de conculcar los principios de equidad y economía procesal a través de una actuación claramente dilatoria y presidida por el afán de alargar los salarios de tramitación²².

En caso de que no se haya cumplido en tiempo y forma el segundo despido, la subsanación “no tendrá ningún valor como nuevo despido y habrá que estar al primero con todas las consecuencias negativas para el empleador”²³, no pudiendo enervar la acción del trabajador y así posponer la revocación hasta después de la sentencia.²⁴

2.3.- Requisitos para la aplicación del artículo 55.2 ET: readmisión, puesta a disposición de los salarios devengados en los días intermedios, mantenimiento del alta en la Seguridad Social y la aceptación por parte del trabajador.

Una vez cubiertas las carencias formales detectadas en la primera comunicación del despido y siempre que se haya cumplido con el plazo establecido de 20 días, los requisitos esenciales recogidos en la normativa son la puesta a disposición de los salarios devengados en los días intermedios y el mantenimiento del alta en la Seguridad Social. Ahora bien, se exige también la aceptación del nuevo despido por parte del trabajador tras la relevante interpretación que tuvo el Tribunal Supremo. Pero antes de examinar estas condiciones, debemos atender a la ausencia del requisito de la readmisión del trabajador.

²¹ SSTC 19/07/2004 (RJ. 126), 12/12/2005 (RJ.327), 16/01/2006 (RJ. 14) y 11/12/2006 (RJ.265).

²² SSTSJ País Vasco 31/10/1989 (AS 1514) y Galicia 25/11/1993 (AS 4746).

²³ STSJ Castilla-La Mancha 2 /11/2007 (AS 294/2008).

²⁴ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, F.J “Los plazos en el despido disciplinario”, *op.cit.* pág. 258.

2.3.1.- Reincorporación del trabajador.

Como hemos señalado con anterioridad, la reiteración del despido del art.55.2 ET se basa en la invalidez de la inicial reiteración extintiva. La norma insiste en la carácter de nuevo despido, por lo que el primer despido ineficaz no puede ser reconstruido y lo que aparece es un nuevo negocio extintivo. Ante esta situación, la reiteración lleva aparejado el restablecimiento de la posición jurídica ilegalmente agredida por la irregular decisión extintiva empresarial, por lo que resulta necesario que la revocación del despido alcance la recomposición completa de la situación anterior.²⁵

Como la reintegración conlleva restablecer entre las partes el *status quo ante*, la revocación del despido tendría que tener por efecto inmediato la readmisión del trabajador, por lo que antes de ser despedido por segunda vez debería ser reincorporado con las mismas condiciones. En este sentido existen pronunciamientos judiciales que afirman que “puede hacerse expresa o tácitamente, pero siempre con la consiguiente readmisión y ahorro de los salarios de tramitación”²⁶.

Pese a todo ello, tal requisito no está en el art. 55.2 ET, por lo que debemos preguntarnos el por qué. Lo cierto es que este supuesto no obedece a una “renuncia empresarial a la potestad disciplinaria, sino a un medio sanatorio de la deficiencia formal”²⁷. La ausencia de este requisito puede justificarse en la necesidad de preservar la simultaneidad de la revocación extintiva del ejercicio de la facultad subsanadora. Cabe que la revocación y posterior nuevo despido tengan lugar de manera inmediata o sin solución de continuidad, por lo que de ser necesaria la reincorporación, tal simultaneidad se perdería.

Otro aspecto relevante es que la restitución puede darse por cumplida o satisfecha con la reparación económica, que constituye la expresión más elemental de reconstrucción *ex tunc* de la relación laboral.²⁸ Además vemos como queda salvado el eventual rechazo de la oferta por parte del trabajador.

En definitiva, la norma no ha previsto como requisito la readmisión del trabajador, optando por la recomposición laboral y la eliminación de los efectos extintivos del primer despido irregular “se hace descansar exclusivamente en la

²⁵ GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, cit., pág. 99.

²⁶ STSJ Andalucía 22/02/ 1994 (AS 635).

²⁷ SSTs 7/12/1990 (RJ 9760) y 4/02/1991 (RJ 795).

²⁸ GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, cit., pág. 101.

restitución patrimonial y en la regularización de la situación asegurativa del trabajador irregularmente despedido”.²⁹ Así pues, el nuevo despido puede realizarse sin la reincorporación en el mismo puesto de trabajo, sin trascendencia alguna para calificar como improcedente el segundo despido.

2.3.2.- Puesta a disposición de los salarios devengados en los días intermedios.

Como se ha mencionado anteriormente la puesta a disposición de los salarios devengados en los días intermedios, además de ser un requisito recogido en la norma, supone un elemento esencial de la reconstrucción de la situación preexistente. Cabe decir que se denominan salarios devengados en los días intermedios porque, al no haber sido iniciado proceso alguno, no son de trámite. Esta puesta disposición de los salarios debe realizarse con anterioridad o simultáneamente a la comunicación del nuevo despido, careciendo de cualquier valor su satisfacción con posterioridad³⁰.

Pese a que para la mayor parte de los autores y pronunciamientos judiciales este requisito es una exigencia formal, un requisito “constitutivo”³¹ o “de regularidad formal”³², sin el cual carece de cualquier valor la segunda extinción, para otros investigadores y alguna esporádica sentencia no constituye un vicio esencial, no altera su plena validez³³, ni conlleva su calificación como improcedente. Estos últimos relativizan este requisito bajo el argumento de poder siempre requerirlo a través de una reclamación de cantidad.

En todo caso, queda claro que la normativa lo establece como una *condictio sine qua non* con un tiempo para su cumplimiento clara y precisamente identificada, cuyo límite máximo viene dado por el abono coetáneo a la formalización de la nueva declaración extintiva.³⁴

Aunque ya se ha señalado que no son salarios de tramitación, algunos aspectos han de ser aplicados analógicamente. En primer lugar, en cuanto a su materialización,

²⁹ GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, cit., pág. 101

³⁰ SSTSJ Andalucía 11/10/1994 (AS 3935) y País Vasco 17/11/2004 (AS 3322).

³¹ SSTSJ Asturias 17/05/1996 (AS 1509), Cataluña 20/04/2003 (AS 2107) y 29/03/2007 (JUR 248160), Comunidad Valenciana 4/05/2006 (JUR 272197) o Castilla-La Mancha 16/02/2007 (JUR 217496).

³² GOERLICH PESET, J. M. *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1994, pág. 46.

³³ ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 4ª ed., Madrid (Civitas), 1995, pág. 283

³⁴ STSJ Castilla y León 25/04/2006 (AS 1072).

la interpretación debe ser similar a la del art. 53.1 b) ET, habiendo de crearse las condiciones necesarias para que el trabajador pueda cobrar su importe cuando estime pertinente³⁵. En consecuencia, procederá situar al alcance de éste la cantidad a entregar, sin que sirva el mero ofrecimiento, y, asimismo, indicar el lugar y tiempo en que pueda hacer efectiva la suma.³⁶

En segundo lugar, si se ha puesto a disposición del trabajador una cuantía menor a la procedente, es necesario acudir a la jurisprudencia existente sobre los arts. 56.2 ET y 122.3 LRJS, la cual aplica dos criterios. El primero la razonabilidad para declarar si ha existido o no fraude, y el segundo la consideración de si la diferencia deriva de un mero desacuerdo entre las partes. Así pues, si se trata de un mero error de cálculo excusable o a la discrepancia sobre la vigencia de alguno de los elementos de cálculo, cabrá considerar cumplido el requisito, pero si el resultado fuera claramente desproporcionado en la cuantía debida y además es un error inexcusable, quedará manifiestamente clara la voluntad de resistencia a una verdadera satisfacción³⁷.

En tercer y último lugar, respecto a la deducción de lo obtenido en otra ocupación, se debe aplicar también la interpretación del art. 56.1 b) ET. La finalidad del abono de las cantidades aquí tratadas es la de reparar el perjuicio derivado de la imposibilidad de trabajar, y si ésta no existe o es menor, lo pertinente será no abonar nada o minorar el importe de lo obtenido en la ocupación desarrollada durante aquel tiempo³⁸.

2.3.3.- “Mantenimiento” del alta en la Seguridad Social.

El último requisito que establece el art.55.2 ET es el mantenimiento del alta en la Seguridad Social. Al utilizar el concepto de ‘mantenimiento’ parece que el empresario está obligado a no dar de baja al trabajador tras su despido. Sin embargo, vemos como el art. 139.1 TRLGSS obliga al empresario a comunicar la baja, afirmando que “Los empresarios estarán obligados a solicitar la afiliación al Sistema de la Seguridad Social de los trabajadores que ingresen a su servicio, así como a comunicar dicho ingreso y, en su caso, el cese en la empresa de tales trabajadores para que sean dados, respectivamente, de alta y de baja en el Régimen General”. Además el actual art. 32.3.2

³⁵ SSTSJ Madrid 23/01/2007 (JUR 157550) y Cataluña 29/03/2007 (JUR 248160).

³⁶ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, F.J “Los plazos en el proceso de despido disciplinario”, *op.cit.* pág.250.

³⁷ STSJ Andalucía 4/12/1995 (AS 4859) y STS 15/11/1996 (RJ 8624).

³⁸ MELLA MÉNDEZ, L.: MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario, op.cit.* pág. 499.

Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, establece un plazo de tan solo tres días naturales siguientes al del cese en el trabajo para la solicitud de dicha baja.

Por todo ello entendemos que, una vez revocado el despido, la baja cursada en el primer despido debe quedar privada de eficacia, procediendo el empresario a instar el alta con efectos desde el día siguiente a aquél en el cual se produjo aquélla³⁹. Este alta debe realizarse con anterioridad al nuevo acto extintivo, ya que de no ser así resultará ineficaz el intento de subsanación⁴⁰. La finalidad de esta actualización de la situación de alta es la de recomponer la relación de seguridad social irregularmente extinguida.

Obviamente el alta debe ir acompañada de la correspondiente regularización de las cotizaciones por los salarios devengados en los días intermedios. Pero este ingreso de las cotizaciones no constituye un requisito de viabilidad para el nuevo despido, por lo que el empresario no está obligado a ingresar las liquidaciones antes de proceder al mismo. Año tras año, en la correspondiente Orden, se establecerá expresamente que el plazo a tal efecto finalizará el último día del mes siguiente a la notificación de la revocación del primer despido.

En resumen, tal y como ha expuesto algún pronunciamiento judicial, el objetivo de la norma analizada es “la rehabilitación del contrato existente, el cual, en consecuencia, debe producir todos sus efectos, tanto para la economía del readmitido como en relación con la Seguridad Social”.⁴¹

2.3.4.- La aceptación por parte del trabajador.

Además de los requisitos ya analizados, la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de octubre de 2009 (rec. 2694/2008), introdujo con su interpretación el nuevo requisito consistente en la aceptación por parte del trabajador. El Alto Tribunal entendió que “el contrato de trabajo tiene naturaleza bilateral y consensual, de manera que la posible restauración del vínculo tras su ruptura por decisión unilateral de una de las partes, requiere inexcusablemente el consentimiento de la otra parte”. Esto supone que tras el primer despido el empresario necesita la aceptación del trabajador, ya que recordemos

³⁹ SSTSJ Madrid 12/02/1997 (AS 455) y Castilla y León 25/04/2006 (AS 1072).

⁴⁰ SSTSJ Andalucía 8/01/2004 (AS 948) y Castilla-La Mancha 16/02/2007 (JUR 217496).

⁴¹ STSJ Castilla y León 23/09/1997 (AS 2976).

que debe restaurar la situación previa al primer despido para poder realizar el nuevo acto extintivo. El tribunal continua afirmando que “nuestra respuesta al punto de partida ha de ser -como elemental lógica requiere- el de la ya indicada eficacia extintiva del acto de despido, conforme a la cual la comunicación de aquél comporta -sin excepciones- que el contrato de trabajo se extinga, no siendo precisa resolución judicial para que dicha finalización contractual se produzca, habida cuenta del «carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido, que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo» [en tal sentido, entre otras anteriores, STS 21/10/04 -rcud 4966/02 -]; de forma que el restablecimiento de la relación sólo tiene lugar si hay readmisión y ésta es regular, tras la correspondiente declaración judicial o por aquiescencia voluntaria del trabajador.” En definitiva, el Tribunal Supremo establece que “la eficacia extintiva y constitutiva del despido determinan que el trabajador no esté obligado a aceptar la posible retractación de la empresa emitida antes de haberse constituido la relación procesal o de haberse presentado papeleta de conciliación ante el correspondiente organismo administrativo, ni que por tal rectificación unilateral el trabajador se vea privado de su derecho a impetrar la protección jurídica de los órganos jurisdiccionales.”

Es por ello que esta sentencia supuso un nuevo requisito indispensable para poder llevar a cabo la reiteración del art.55.2 ET. La facultad del empresario de retractarse tras el defecto formal del primer despido mediante nuevo acto extinguido, queda supeditada a la aceptación del trabajador.

III.- LA REITERACIÓN DEL DESPIDO INFORMAL TRAS LA DECLARACIÓN JUCIDIAL DE IMPROCEDENCIA.

Recordemos que el art. 110.4 LRJS establece que “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”. Este artículo adquirió esta redacción con la reforma legal de 1994. Esta reiteración del despido antes aparecía regulada en el art. 55.4 ET y en el art. 113.2 LPL de 1990. Los cambios materiales más importantes son primeramente que solo afecta a los supuestos de improcedencia, nunca a los de nulidad, obedeciendo así al

cambio sustancial que supuso la decisión de convertir los incumplimientos formales en causa de improcedencia, y no de nulidad, en el despido disciplinario. En segundo lugar simplifica los motivos haciéndolos coincidir plenamente con lo previsto en el art. 55.2 ET. En tercer lugar, recoge la condición de que el empresario opte por la readmisión del trabajador. Y finalmente aclara el *dies a quo* para el cómputo del plazo en el cual puede ser efectuada la subsanación, situándola en la notificación a la parte de la sentencia.⁴²

3.1- Naturaleza y finalidad

Atendiendo al segundo párrafo del art. 110.4 LRJS, “no constituirá una subsanación del primitivo acto extintivo, sino un nuevo despido que surtirá efectos desde su fecha”, por lo queda claro que estamos ante un negocio extintivo completamente nuevo y distinto del primitivo e ineficaz. Así pues, aunque corrija los defectos del primer despido, lo reconstruye *ex post* mediante un nuevo acto. Además, presupone un desistimiento formal del acto extintivo original y una reconstrucción *ex tunc* de la relación laboral, ya que el nuevo despido surte efectos desde su fecha.

La finalidad de esta facultad continua siendo la de darle la posibilidad al empresario de despedir al trabajador tras un primer despido que incurrió en el incumplimiento de alguno de los requisitos formales.

Ahora bien, la llegada del art.110.4 LRJS planteó el problema de determinar el carácter autónomo o dependiente de la reiteración del despido contemplado en dicho artículo con relación a la posibilidad prevista en el art. 55.2 ET. Parece claro que la realidad es que tiene carácter autónomo, pudiendo efectuar un nuevo despido en el plazo de siete días con independencia de que se hubiera hecho antes uso de la facultad del art.55.2 ET. De ninguna de las redacciones de ambos artículos se puede entender que la segunda posibilidad de reiteración del despido dependa de no haber ejercitado la facultad subsanadora *ex ante*. Debemos recordar que en la reiteración del despido anterior a la demanda, es el empresario quién consciente de su error trata de corregir la deficiencia formal. En este caso puede que el empresario no repare en alguna ineficacia o puede que la repare de forma errónea. Además debemos tener en cuenta que los

⁴² SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, F.J “Los plazos en el proceso de despido disciplinario”, *op.cit.*, pág.261.

requisitos formales y procedimentales no tienen por qué estar definidos perfectamente en las normas. Sin ir más lejos, la apreciación de la suficiencia o no del relato de los hechos en la carta de despido es facultad privativa de los tribunales y debe ser interpretada conforme a las circunstancias del caso, siendo muy difícil en algunos casos tener la certeza de su cumplimiento.⁴³

Sin embargo, mantener la tesis contraria, es decir, sostener que si has ejercitado la acción del 55.2 ET ya no puedes optar a la del 110.4 LRJS, perjudicaría la finalidad de la norma, puesto que dificultaría el uso de la facultad de subsanación *ex ante*. Si existiera esta incompatibilidad el empresario sólo utilizaría la renovación del despido *ex ante* en caso de tener certeza absoluta de la corrección formal del nuevo despido, por lo que no se evitaría “la tramitación del proceso hasta la declaración de improcedencia por defectos formales y el pago consiguiente de los salarios de tramitación, que es el objetivo básico perseguido por el legislador.”⁴⁴

3.2.- El plazo para efectuar el despido tras la declaración judicial.

Tal y como se ha adelantado, el art.110.4 LRJS concede al empresario un plazo de siete días desde la notificación de la sentencia para que pueda efectuar un segundo despido, corrigiendo así los defectos formales observados por el juzgador en el primer acto extintivo. En este apartado, trataremos de analizar la naturaleza del plazo, el *dies a quo*, la incidencia de la tramitación del expediente contradictorio y los efectos sobre la prescripción de faltas.

3.2.1.- La naturaleza del plazo

No hay duda de que estamos ante un plazo de caducidad a todos los efectos, ya que se considera un “límite insubsanable que no es posible sobrepasar, ni subsanar, dados los términos en que se halla concebido en una norma que puede considerarse de orden público, dada la finalidad garantista que la preside”.⁴⁵ Ahora bien, al igual que ocurría con el plazo del art.55.2 ET, debemos determinar si sus siete días son hábiles o naturales.

⁴³ GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz, op.cit.*, pág. 124.

⁴⁴ GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz, op.cit.*, pág. 125.

⁴⁵ STSJ Madrid 5/12/2006 (JUR 83556/2007).

Algunas sentencias⁴⁶ afirmaron que se trataban de días hábiles, argumentado fundamentalmente que se trata de un plazo procesal, resultando además de análoga aplicación lo previsto para el ejercicio de la acción de despido. También algunos autores esgrimían que al ser un plazo muy breve dificultaba mucho su cumplimiento en determinados supuestos, en particular cuando sea necesario tramitar en expediente contradictorio.⁴⁷

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina científica y de los tribunales superiores de justicia entendió que son siete días naturales, rigiendo por tanto las reglas de Derecho común establecidas en el art.5.2 CC. De todos modos, parecía que los tribunales⁴⁸ habían disipado cualquier tipo de dudas a los efectos de decidir si su cómputo ha de hacerse de conformidad con lo que dispone el artículo 5.2 del Código Civil, según el cual "en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles" o como señala el art. 133.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al establecer que "en el cómputo de los plazos señalados por días se excluirán los inhábiles". Los tribunales recordaban que el cómputo procesal de los plazos con descuento de los días inhábiles sólo está previsto en el indicado precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con las actuaciones procesales, por tanto, no nos puede caber duda alguna acerca de que el plazo del artículo 110.4 LRJS, es un plazo situado fuera y antes de cualquier proceso judicial ya iniciado o por iniciar y que, por tanto, es un plazo situado fuera de las previsiones de la indicada norma procesal y de su cómputo. De este modo, el cómputo debe regirse conforme a las previsiones del Código Civil. Frente a la argumentación de que el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de despido también es un plazo situado fuera de un proceso judicial y, sin embargo, se computa descontando del mismo los días inhábiles por el art. 59.3 ET, la jurisprudencia entiende que esta aplicación análoga de lo previsto para un determinado plazo a otro distinto, no puede ser aceptada por cuanto no concurre la circunstancia básica de la identidad de razón del art. 4 C.C , "pues aun cuando dicho plazo se mueve también fuera de la esfera de un proceso ya iniciado tiene una conexión directa con un futuro proceso en cuanto que la válida iniciación del mismo depende del cumplimiento de dicho plazo y por ello queda situada dentro de la fase preparatoria de aquel, con relación tan evidente con el

⁴⁶ Entre otras, SSTSJ Baleares 29/09/1997 (AS 3442) o Cataluña 10/11/2006 (AS 1251/2007).

⁴⁷ BODAS MARTÍN, R.: "Despido disciplinario", en AA.VV.: *Extinción del contrato de trabajo*, Francis Lefevre, Madrid, 1998, pág. 452.

⁴⁸ Entre otras, STSJ Madrid 5/12/2006 (JUR 83556/2007) y STSJ Cataluña 10/11/2006 (AS 2547/2007).

mismo que impide cualquier comparación con el plazo del artículo 110.4 de la Ley de Procedimiento Laboral y con el plazo del artículo 55.2 del Estatuto de los Trabajadores (ad exemplum, STS 10/11/04), al hallarse éstos situados dentro de la sola esfera de los derechos subjetivos privados y con desconexión absoluta de cualquier marco procesal. Ello aparte, la previsión del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores tiene un carácter excepcional que no puede ser extendida a otros supuestos distintos respecto de los que el legislador no ha querido introducir tal previsión.”⁴⁹

Ahora bien, la reciente STS 751/2019, de 5 de noviembre, cambia en su interpretación la manera de contabilizar esos siete días. Primeramente aclara que pese a poder parecer que el que plazo es procesal porque se recoge en una normativa de ese carácter, “El criterio que se aplica para determinar la naturaleza procesal de una norma es el ámbito en el que incide la consecuencia jurídica prevista en la misma, si tiene reflejo en el proceso -atiende a la conducta de las partes, de los intervinientes en el proceso, del juez o se refiere a actos procesales, tanto a la forma como a sus presupuestos, requisitos y efectos- la norma será procesal.” El Tribunal Supremo, siguiendo con la doctrina anteriormente explicada, afirma que “El plazo de siete días concedido al empresario para que pueda realizar un nuevo despido, a partir de la notificación de la sentencia que ha declarado el despido improcedente no es un plazo procesal, si bien el cómputo se inicia a partir de un acto procesal -la notificación al empresario de la sentencia declarando la improcedencia del despido- la decisión unilateral del empresario procediendo a extinguir la relación laboral mediante un nuevo despido produce sus efectos al margen del proceso, se desarrolla fuera y al margen del mismo, sin perjuicio de que si el despido es impugnado nazca un nuevo proceso. El efecto se produce en la relación sustantiva ya que extingue la relación laboral habida entre el empresario y el trabajador. Por lo tanto, no nos encontramos ante un plazo procesal.” Ahora bien, lo relevante de esta sentencia es que establece que a ese plazo de siete días, pese a no ser un plazo procesal, deben descontarse los días inhábiles por el siguiente motivo: “El plazo examinado es un plazo *sui generis* ya que el artículo 110.4 de la LRJS, no se limita a fijar el *dies a quo* para su cómputo -el día en el que se notifica la sentencia declarando improcedente el despido- sino que establece un requisito y es que se haya optado por la readmisión, opción que deberá ser anterior o simultánea a la realización del nuevo despido. Si la posibilidad de efectuar un nuevo

⁴⁹ Texto extraído de la STSJ Madrid 5/12/2006 (JUR 83556/2007), en su fundamento de derecho único.

despido está subordinada a que previa o simultáneamente se haya optado por la readmisión, y el plazo fijado para efectuar la opción es de cinco días hábiles -plazo procesal- no resulta posible que los siete días para efectuar el despido sean días naturales. La razón es que podría ocurrir que no hubiera finalizado el plazo de opción -por ejemplo si en los cinco días coincide un día de fiesta, un sábado y un domingo- y ya hubiera terminado el plazo de los siete días. Al estar subordinado el plazo de los siete días para efectuar un nuevo despido a que se haya efectuado la opción en plazo de cinco días y esta plazo es procesal, necesariamente se ha de concluir que en el cómputo del plazo de siete días, han de descontarse, exactamente igual que en el cómputo de los cinco días, los días inhábiles.”

En definitiva, aunque no sea un plazo procesal y sea un plazo sustantivo, por la peculiaridad de su regulación, presenta una singular influencia procesal que acarrea que únicamente hayan de considerarse los días hábiles en el cómputo del plazo del artículo 110.4 de la LRJS.

3.2.2.-*El dies a quo.*

Conforme al art.110.4 LRJS, el plazo de siete días comienza a computarse a partir del día siguiente a la notificación de la sentencia declarativa de improcedencia.

Parece que el plazo fijado por dicho artículo es claro y no tiene por qué generar dudas al respecto, pero puede no quedar clara la relación entre las previsiones contenidas en los arts 110.3 y 110.4 LRJS. El art. 110.3 LRJS establece el plazo de cinco días para optar por la readmisión. Pues bien, el último plazo no tiene incidencia alguna sobre el plazo de siete días, ya que los plazos, que tienen idéntico *dies a quo*, se superponen. Entienden que no estamos ante trámites sucesivos y por tanto no es correcto iniciar el cómputo del contemplado para la subsanación una vez ejercitada la opción⁵⁰.

Otro aspecto que debemos aclarar es que el cómputo del plazo debe efectuarse desde que la sentencia es firme, ya que los tribunales han entendido que “el recurrente entiende que este plazo de siete días comienza a contarse desde la notificación de la Sentencia que declaró nulo el despido. Este criterio, que sin duda es acertado cuando la Sentencia notificada queda firme, no puede prosperar cuando no goza de esta condición

⁵⁰ GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, cit., pág. 129.

y es recurrida, pues en este supuesto la declaración de nulidad del despido está sujeta a controversia y en su consecuencia, puede ser rechazada y entrarse a conocer de la conducta del trabajador que dio lugar al despido, por lo que autoriza un nuevo despido, que sería objeto de un nuevo procedimiento fundado en la misma conducta que puede todavía ser enjuiciada en el primer proceso, implica la posibilidad de Sentencias contradictorias, por eso la declaración de nulidad que inicia el plazo de siete días para proceder a un nuevo despido no sólo ha de estar notificada a la parte, sino que debe gozar del carácter de firmeza”⁵¹. Esto conlleva la necesidad de esperar a que recaiga la resolución que ponga fin al recurso interpuesto para iniciar el cómputo del plazo, de lo contrario no dejaría de ser “una *contraditio* confirmar el inicial acto extintivo nulo (hoy improcedente) y, de otra parte, recurrir la sentencia que así lo declara.”⁵²

Aunque no se prevea en el art.110.4 LRJS, varios planteamientos judiciales han manifestado que el plazo recogido también se inicia con el reconocimiento de la improcedencia en el acto de conciliación, puesto que consideran que “da lugar a una situación que es esencialmente coincidente con la originada por una sentencia con igual declaración”⁵³, “dada la ejecutividad de tal decisión con la misma fuerza, que la sentencia firme tanto en uno como en otro caso el empresario condenado puede optar entre la indicada readmisión, y el eventual despido nuevo, o la extinción de la relación laboral mediante el abono de la indemnización”⁵⁴. Ahora bien, en este caso no basta el reconocimiento de improcedencia en conciliación, sino que la revocación empresarial debe estar acompañada de la aceptación del trabajador, puesto que “no puede aceptarse que la sola voluntad empresarial de dejar sin efecto una decisión extintiva ya comunicada y hecha efectiva, vincule al trabajador y le obligue a reanudar una relación contractual que ya no existe, pues ello supondría contravenir el principio general de que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC)”⁵⁵.

La última cuestión importante a tratar es la fecha en la que debe considerarse que se ha cumplido con la acción que da por finalizado el plazo. En este caso nos

⁵¹ STS 1/10/1990 (RJ 7508). Razonamiento seguido en STS 10 /11/1995 (RJ 8400) o STSJ Madrid 16/05/2006 (AS 1737).

⁵² STS 30/01/1990 (RJ 240).

⁵³ SSTS 3/10/1989 (RJ 7120), 16/03/1995 (RJ 2019) o 26/10/2001 (RJ 3372) y STSJ Extremadura 24/04/2007 (AS 2000).

⁵⁴ STSJ Cataluña 23/02/1998 (AS 5717).

⁵⁵ STS 15/11/2002 (RJ 507/2003) y SSTSJ Cataluña 27/11/2001 (AS 730/2002) y 26/03/2003 (AS 1706), Navarra 31/03/2004 (AS 1138) o País Vasco 16/11/2004 (AS 3322).

planteamos si ha de tenerse en cuenta la fecha de la manifestación de voluntad resolutoria o la de la recepción oficial de la notificación de esta voluntad. Pues bien, la fecha determinante es la de la exteriorización de la declaración de voluntad de extinguir por segunda vez por la misma causa, puesto que de lo contrario la realización del nuevo despido quedaría al arbitrio del trabajador despedido, el cual podría mantener una actitud pasiva respecto de la recepción oficial de la notificación.⁵⁶ En este sentido lo entendió el Tribunal Supremo, pero marcando también que el empresario está obligado a poner los medios suficientes a su alcance para que la nueva comunicación llegue inmediatamente al trabajador dejando clara constancia de su voluntad, evitando así que el empresario utilice la primera interpretación para utilizar extemporáneamente la reiteración del despido.⁵⁷

3.2.3- Incidencia de la tramitación del expediente contradictorio.

Tal y como hemos visto, el plazo de siete días de subsanación es un plazo perentorio de caducidad e improrrogable, en el que el empresario tiene la obligación de cumplir los requisitos omitidos en el primer despido sin posibilidad de ampliación.

Sin embargo, este aspecto varía cuando no se da algunas de las deficiencias formales de la carta de despido del art.55.1 ET, y lo que concurre es alguno de los vicios procedimentales del párrafo tercero y cuarto del mismo artículo. El párrafo tercero del art.55.1 ET establece que “Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese” y el párrafo cuarto marca que “Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato y al empresario le constase, deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato”. Así pues, la naturaleza del plazo de siete días puede verse modificada ante la falta de incoación del expediente contradictorio a representante legal de los trabajadores o delegando sindical, y ante la falta de audiencia previa a los delegados sindicales respecto del despido de los trabajadores afiliados a su sindicato.

Ante alguno de estos supuestos, en los que resulta difícil subsanar el error realizando el trámite concreto en el plazo de siete días, los tribunales han considerado

⁵⁶ GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, cit., pág. 130.

⁵⁷ STS 13/04/1987 (RJ 2412).

suficiente que el trámite omitido se inicie dentro del plazo de los siete días y tenga una duración razonable⁵⁸.

Finalmente, cabe aclarar que cuando la deficiencia deriva simplemente de la carta de despido no es necesario volver a tramitar el expediente contradictorio o dar audiencia previa.⁵⁹ Esta falta de incoación puede parecer incoherente si tenemos en cuenta que el segundo acto extintivo constituye un nuevo despido, pero es entendible desde el punto de vista de la economía procesal de actos repetitivos. Obviamente la tramitación sólo será evitable cuando el segundo despido se basa en los mismos hechos. En caso de que la declaración judicial de improcedencia sea causada por el insuficiente relato de hechos, el nuevo despido deberá dar lugar a un nuevo tiempo de audiencia de las partes afectadas e interesadas⁶⁰.

3.2.4.- Efectos sobre la prescripción de faltas.

Tradicionalmente nuestros tribunales sostuvieron que el plazo de siete días interrumpe el prescriptivo de las faltas o que existe una ampliación de este último⁶¹. Sin embargo, como ya se ha comentado en relación a la subsanación *ex ante*, “si por algo se caracteriza la prescripción es porque la interrupción conlleva la apertura del plazo no en la parte del término prescriptivo aún no vencido, sino de un nuevo plazo igual al término prescriptivo. Y ello en la reiteración del despido *post sententiam* no se cumple porque tras la declaración del pronunciamiento judicial de improcedencia se abre un plazo que no es de sesenta días sino uno de siete días⁶²”. Tampoco cabría entender que se da una ampliación o prórroga, sino que lo que se da es “un régimen adicional de reproducción del despido, independientemente del sistema prescriptivo de las faltas que se expresa en el efecto paralizador del primer despido informal”⁶³.

De este modo, se instaura un nuevo plazo “perentorio que excluye la prescripción por este exclusivo y corto período de tiempo, en previsión que completa e integra la contenida en el art. 60.2 ET, fijando un plazo autónomo para la realización del nuevo cese, por lo que no puede oponerse prescripción de las faltas motivadoras del

⁵⁸ STSS 24/09/1983 (RJ 4277), 3/05/1988 (RJ 3540), 4/04/1991 (RJ 3249) o 10/11/1995 (RJ 8400) y SSTSJ Balears 29/09/1997 (AS 3442), Galicia 17/06/2005 (JUR 194865) y 10/10/2005 (JUR 81356/2006), Andalucía 24/06/2003 (AS 2575) o Cataluña 26/04/2006 (AS 2547).

⁵⁹ STS 21/03/1990 (RJ 2206).

⁶⁰ GOÑI SEIN, J. L.: La reiteración del despido disciplinario, cit., pág. 133.

⁶¹ Entre otras, SSTS 12/02/1982 (RJ 826), 21/08/1984 (RJ 4451) y 14/06/1990 (RJ 5078).

⁶² GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, cit., pág. 136.

⁶³ GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, cit. pág. 136.

mismo si éstas son las mismas que permanecían activas y susceptibles de ser sancionadas en la fecha del primero”⁶⁴.

3.3.- La reiteración del despido después del plazo de siete días.

El plazo de siete días a partir de la notificación de la sentencia declarativa es “fatal”⁶⁵. Una vez transcurrido, perece definitivamente la causa del despido y la declaración de improcedencia adquiere la condición de cosa juzgada⁶⁶. Cabe recordar que la posibilidad de dejar sin efecto el primitivo despido decae incluso aunque la prescripción de las faltas imputadas no haya transcurrido, imponiéndose así el transcurso del plazo perentorio de siete días sobre el término prescriptivo del poder sancionador. Todo ello se adecua a la apreciación realizada en el anterior apartado, que el plazo de siete días de subsanación no tiene nada que ver con el régimen de prescripción de las faltas y que constituye simplemente una ampliación legal del poder sancionador⁶⁷.

Finalmente, cabe señalar que tras el plazo de siete días y una vez optado por la readmisión, la calificación jurídica de improcedencia es inalterable. En caso de realizar un nuevo despido con la misma causa fuera de plazo, el trabajador tiene abierta la vía de solicitar la ejecución del fallo, mediante la denominada “ejecución por equivalente”, en la que el juez dictará auto declarando extinguida la relación laboral y acordando las indemnizaciones correspondientes y los salarios de tramitación hasta el momento en el cual se pone fin al procedimiento.

Es por ello que si el empresario desea persistir en su voluntad de extinguir el contrato, deberá alegar causa distinta a la del primer despido y siempre que no haya prescrito la facultad disciplinaria.

3.4.- La reiteración del despido objetivo transcurrido el plazo de siete días.

En este apartado analizaremos qué ocurre con la reiteración de un despido objetivo una vez finalizado el plazo del art. 11.4 LJS. Tras la declaración de

⁶⁴ STS 22/07/1996 (RJ 6375). Siguiendo esta línea SSTSJ Andalucía 24/06/2003 (AS 2575), Galicia 17/06/2005 (JUR 194865); Aragón 8/02/2006 (JUR 185710) Cataluña 26/04/2006 (AS 2547) o Andalucía 9/04/2007 (JUR 26784/2008)

⁶⁵ STS 13/10/1982 (RJ 6157).

⁶⁶ STSJ Cataluña 10/06/1994 (RJ 2552).

⁶⁷ GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, cit. pág. 144.

improcedencia por incumplimiento de los requisitos de forma de un despido objetivo, la empresa puede volver a despedir al trabajador aunque hayan transcurrido más de siete días desde la declaración judicial.

Así lo entendió la STS 10 de octubre 2017 (Rec. 1507/2015) tras aclarar el sentido del art. 110.4 LRJS. Dicha sentencia resuelve el conflicto surgido a raíz de un despido por causas organizativas y económicas, el cual fue declarado improcedente porque se consideró que la empresa no probó la falta de liquidez que alegó para no poner a disposición la indemnización en tiempo y forma.

Una vez declarada la improcedencia, la empresa readmitió al trabajador y volvió a comunicar la extinción contractual tras haber transcurrido el plazo de siete días desde la notificación de la sentencia y alegando de nuevo causas económicas. Tanto en instancia como en suplicación⁶⁸, se declaró la procedencia de este segundo despido porque concurrían nuevas causas económicas, en este caso una declaración de concurso, y no porque pudiera subsanarse el primer despido una vez transcurridos más de siete días.

Pues bien, la STS 10 de octubre 2017 aquí analizada, también declaró la procedencia, pero esta vez por otros motivos. Primeramente el tribunal entiende que el art. 110.4 LJS no es aplicable al despido objetivo porque este precepto se encuentra ubicado dentro del Capítulo II “De los despidos y sanciones”, en la Sección 1ª, intitulada “Despido disciplinario”, y precisamente bajo el epígrafe “Efectos del despido improcedente”. Es por ello que el tribunal recuerda que el despido objetivo “tiene su expresa regulación en el Capítulo IV –‘De la extinción del contrato por causas objetivas...’- y más específicamente en la Sección 1ª, bajo el título ‘Extinción por causas objetivas’, sin que en el concreto precepto que trata los efectos de la calificación de la medida extintiva como procedente, improcedente o nula [art. 123] se haga referencia alguna a la posible subsanación de sus defectos de forma”.

Posteriormente el tribunal entiende que la remisión del art. 120 LJS a los “procesos por despidos y sanciones” no puede entenderse habilitadora de la posibilidad de subsanar defectos que contempla el cuestionado art. 110.4 LJS, ya que el art. 120 “se refiere a la ‘tramitación’ del proceso y no a los ‘efectos’ de la calificación judicial de la extinción”.

⁶⁸ STSJ Asturias 20/02/2015 (Rec. 161/2015).

Además, rechaza la idea de que “no quepa la subsanación del despido transcurridos siete días desde la notificación de la sentencia que lo declara improcedente (tesis referencial) o de que esa posibilidad se halle limitada a la concurrencia e invocación de nuevos hechos justificativos de la decisión extintiva”.

Esta interpretación tiene su base en que como es el defecto de forma el causante del pronunciamiento judicial de improcedencia, se produce “una ausencia del efecto de cosa juzgada sobre la existencia de la causa legitimadora de la extinción contractual acordada”. Lo que implica que el plazo de 7 días del art. 110.4 LRJS “no puede significar la prohibición de despedir por las mismas causas una vez transcurridos los siete días que el precepto refiere [tal como parecen entender ambas sentencias contrastadas], porque no cabe alegar la excepción de cosa juzgada, sino que el alcance del precepto por fuerza ha de tener -por la citada y presumible racionalidad- algún otro sentido que resulte coherente con el resto del sistema normativo y que en todo caso sea respetuoso con el referido instituto de la cosa juzgada.”

Es por ello que el alcance del art. 110.4 LRJS se refiere “a facilitar o no obstaculizar el ejercicio del poder disciplinario cuando previamente se han producido deficiencias formales en su ejercicio, porque no cabe olvidar que el tiempo transcurrido entre el primer despido y el segundo muy seguramente ha de superar -incluso- el plazo de la prescripción «larga» por lo que significado de la previsión legal –‘podrá efectuarse un nuevo despido’- parece hallarse en la interrupción de la prescripción, al como parece haber entendido la ya lejana STS 22/06/96 (rcud 2539/95)”.

Finalmente, una vez excluida la producción de cosa juzgada, el art. 110.4 LRSJ no debe aplicarse en las extinciones por causas objetivas, ya que en estas no opera el mecanismo de la prescripción, dado que mientras persista la causa legal justificativa de la extinción, sigue siendo viable la adopción de la misma. Además, puede que durante el periodo de tiempo existente entre el primer despido y el segundo se hayan producido variaciones en la situación de la empresa que puedan incidir aún más en la existencia de la causa económica alegada.

De esto modo lo fundamenta la sentencia aquí analizada: “en primer término, porque en tales extinciones no opera el mecanismo de la prescripción [trasfondo causal de la norma], siendo así que mientras persista la causa legal justificativa es viable la adopción de la medida extintiva y no opera decadencia del derecho alguna; y en

segundo lugar -con ello damos respuesta a una de las cuestiones de discrepancia entre las sentencias contrastadas- el periodo de tiempo que media entre el primer despido y el segundo, inevitablemente ha de ser significativo -es de lamentar, pero los procesos por despido tienen duración superior a la deseable-, con lo que muy probablemente se hayan producido variaciones en la situación de la empresa que puedan incidir en la existencia de la causa económica alegada y que por expresa prescripción legal - art. 53.1.a) ET - han de tener cumplida indicación en la nueva carta de despido.”

Toda esta argumentación de la STS 10 de octubre 2017 ha supuesto una novedad en la interpretación del art.110.4 LRJS. Lo cierto es que estamos ante una visión razonable, aunque podría discutirse que el término “tramitación” utilizado en la redacción del art. 120 LRJS excluya la remisión a los “efectos “de la calificación judicial, ya que puede entenderse que ambos conceptos están intrínsecamente unidos.

De todos modos, el aspecto más relevante de la sentencia es que el tribunal entiende que la circunstancia de la causa resolutoria del despido objetivo no está sometida a prescripción., pero en cualquier caso debe exigirse que la causa resolutoria existe en el momento de la resolución, debiéndose incluir las variaciones que eventualmente hayan podido darse.⁶⁹

3.5.- Condiciones para el ejercicio de la reiteración *post sententiam* del despido.

El legislador estableció expresamente en el art. 110.4 LRJS lo que se venía exigiendo en los tribunales antes de la reforma, que no es otra cosa que la renovación de la relación laboral irregularmente extinguida para poder llevar a cabo el nuevo despido. Esta renovación conlleva la readmisión, expresa o tácita, y en todo caso regular⁷⁰, en el plazo de cinco días tras la notificación de la sentencia. En el caso de optar por la indemnización, se mantendría la eficacia del primer despido declarado improcedente.

Respecto a este último supuesto, si el despido improcedente afecta a un representante de los trabajadores, como la opción legal por la readmisión o la

⁶⁹ Valoración compartida por BELTRAN DE HEREDEDIA, I. en su artículo “Despido objetivo, improcedencia por defectos formales y nuevo despido subsanador” en ignasibeltran.com. 2017.

⁷⁰ SSTSJ Madrid 3/04/2006 (AS 1626) o País Vasco 9/05/2006 (AS 776/2007).

indemnización le corresponde a él, si este optara por la indemnización quedaría enervada cualquier operatividad del art. 110.4 LJS⁷¹.

Siguiendo con el requisito de la readmisión, cabe señalar que la doctrina jurisdiccional entiende que no es necesaria la incorporación física del trabajador a su puesto de trabajador, no siendo preciso darle ocupación alguna antes de reiterar el despido⁷², ya que ambos actos puedan ser simultáneos⁷³. Este criterio es cierto en el caso de ser posible concentrar en un único acto de comunicación tanto la revocación extintiva como la reproducción del despido, pero cuando se trata de actos sucesivos, como ocurre cuando la formalidad ignorada es la tramitación de expediente contradictorio, la reintegración debería consumarse en las mismas condiciones de antes del despido⁷⁴.

Otro de los aspectos que debemos aclarar es que no es necesario el abono de los salarios dejados de percibir por el trabajador. Antes de la reforma anteriormente comentada, los tribunales entendían que la operatividad de la subsanación no quedaba supeditada a pago alguno⁷⁵, afirmando que no se puede invocar la readmisión irregular por falta de abono y considerando que los trabajadores despedidos deben acudir a la vía ejecutiva para el cobro de los salarios adeudados. Tras dicha reforma se ha mantenido la idea, ya que por falta de abono de tal partida no se considera irregular la readmisión, considerando bastante la reintegración del empleado acompañada del aseguramiento, mediante su consignación, de tal montante⁷⁶.

Ahora bien, puede justificarse una aplicación analógica del art. 55.2 ET, exigiendo el ofrecimiento de los salarios intermedios⁷⁷. Es lógico que se exija el ofrecimiento de los salarios dejados de percibir, al menos de forma simultánea a la entrega de la segunda carta de despido, puesto que de lo contrario el empresario condenado podría no procurar una ocupación efectiva al trabajador y tampoco proporcionar los salarios debidos, incumpliendo el contenido de la sentencia y no habiendo reconstruido la relación laboral.

⁷¹ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, F.J “Los plazos en el proceso de despido disciplinario”*op-cit.*, pág.263.

⁷² SSTS 1/06/1983 (RJ 2958), 12/06/1985 (RJ 3390), 30/06/1990 (RJ 5549), 20/03/1991 (RJ 1880)

⁷³ Siguiendo con la doctrina del TS, SSTSJ Castilla y León 30/07/2003 (AS 474/2004) y Cataluña 14/11/2007 (AS 3594).

⁷⁴ GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, *op.cit.*, pág. 139.

⁷⁵ STSJ Murcia 18/10/1993 (AS 4335).

⁷⁶ SSTSJ Cataluña 23/10/2003 (AS 3998) y 20/04/2006 (AS 2870) o Madrid 31/10/2006 (AS 258/2007).

⁷⁷ STSJ Andalucía 11/10/1994 (AS 3936) y Galicia 17/06/2005 (JUR 194565) y, en la doctrina, GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, *op.cit.*, pág. 141.

IV.- LA REITERACIÓN DEL DESPIDO INEFICAZ POR DEFECTOS CAUSALES

Tras haber analizado en todas las páginas anteriores la reiteración del despido ineficaz por defectos formales, en este apartado se trata de aclarar qué ocurre cuando el primer despido es ineficaz por un defecto causal. Como es sabido, el empresario sólo puede extinguir el contrato laboral alegando y acreditando una causa legal. Así pues, en este caso la ineficacia del primer despido es ocasionado por la ausencia o falta de acreditación de la justa causa.

Dentro del término causa encaja todo motivo que responda en última instancia a la voluntad del empresario⁷⁸. Es por ello que el Tribunal Supremo aclara que la noción del despido no se identifica únicamente con el despido disciplinario, sino que comprende toda extinción del contrato por voluntad unilateral del empleador⁷⁹.

Ahora bien, la calificación y consecuencias que conllevan las decisiones extintivas con un defecto causal no son las mismas. Existe divergencia entre el despido inconstitucional, que recordemos que es aquel despido discriminatorio y contrario a los derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador, y el resto de los despidos que no acreditan la causa alegada. Por un lado para el despido inconstitucional se prevé la nulidad en los arts. 53.4 y 55.4 ET. Por otro lado, el resto de despidos se consideran improcedentes, salvo para los supuestos que se consideran nulos recogidos para el despido colectivo en el art.51 ET y 124 LRJS, además del despido objetivo en fraude de ley conforme al art.51.1 ET, que es aquel que se utiliza para eludir el expediente de regulación de empleo.

Excluyendo estos últimos supuestos, lo más habitual es que la falta de causa se sancione con la improcedencia. Así pues, el art. 55.4 ET, respecto del despido disciplinario marca que “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”, por lo que cuando la causa no resulte acreditada el despido será calificado improcedente, al igual que ocurre con el despido objetivo cuando no queda probada la causa objetiva. Para el resto de decisiones extintivas debemos tener en

⁷⁸ GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, op.cit., pág. 151

⁷⁹ STS 26/02/1990 (RJ 1912).

cuenta la doctrina del Tribunal Supremo, que estableció que “los acuerdos empresariales de extinción de una relación de trabajo en los que la causa de terminación alegada no se ajusta a las previsiones y requisitos legales (...) la calificación que corresponde es, en principio, la de improcedente”.⁸⁰

Tal y como se ha comentado, las consecuencias de cada una de las declaraciones de ineficacia del despido por defecto causal son distintas. Recordemos que en el caso de la nulidad es obligatoria la readmisión y en el caso de la improcedencia se permite elegir entre la readmisión o el abono de la indemnización.

En el caso del despido improcedente, si el empresario quiere realizar un nuevo despido tiene que optar por la readmisión, ya que al igual que ocurre con la reproducción del despido ineficaz por defectos causales, el nuevo despido debe producirse tras la readmisión, al menos en un sentido jurídico formal. Es por ello que si se opta por la indemnización por el despido improcedente la relación laboral queda extinguida y no ya no cabe otro despido.

4.1.-El despido por los mismos hechos alegados en el primer acto extintivo.

En este apartado se analiza si es posible irrogar un nuevo acto extintivo de la relación laboral alegando los mismos hechos que en el primer despido. Por ello se incidirá en valorar si se contrapone al principio *non bis in idem* y el carácter vinculante del reconocimiento de improcedencia en cuanto al fondo.

4.1.1.- El principio non bis in idem.

Como hemos ido viendo en las páginas previas a este apartado, cuando el despido primitivo es inválido por defecto de forma, existe la posibilidad de reiterar el despido. En este caso la ineficacia únicamente se centra en la falta de alguno de los requisitos causales o procedimentales del despido, sin prejuzgar sobre el fondo, por lo que permite que otro nuevo despido puede realizarse motivado por las mismas circunstancias o razones de fondo⁸¹.

Ahora bien, en el caso de que el despido sea ineficaz por una carencia de justificación del mismo, normalmente queda excluida la posibilidad de reiterar el

⁸⁰ STS 25/05/1995 (RJ 4005).

⁸¹ STS 24/02/1992 (RJ 1992) y explicación de GOÑI SEIN, J. L.: La reiteración del despido disciplinario, cit., pág. 153.

despido sobre los mismos hechos. Un nuevo despido basado en los mismos hechos que se alegaron en la primera decisión extintiva sería contrario al principio *non bis in idem*, ya que supondría una doble sanción por los mismos hechos. Este principio no es único del derecho penal, ya que el Tribunal Supremo en su sentencia del 4 de abril de 1983 (RJ 3971) manifestó que “las sanciones que se apoyan en los mismos hechos quebrantan el principio *non bis in idem* que debe reputarse como general y común a todo el ordenamiento sancionador”.

Es más, si la reiteración se produjera en base a unos hechos que suponen el mismo objeto decidido mediante una sentencia firme, se vulneraría la eficacia de la cosa juzgada material. Este supuesto no puede darse en ningún caso, ya que lo declarado por sentencia firme constituye la verdad jurídica que conlleva la imposibilidad de producirse un nuevo pronunciamiento sobre el mismo asunto⁸².

En resumen, no se pueden producir dos procesos sobre el mismo objeto procesal porque contraviene el derecho de la persona a no ser juzgado más que una sola vez por actuación y los valores de seguridad e intangibilidad de la sentencia firme⁸³.

Además podría considerarse infringido el principio de seguridad jurídica del art.9.3 CE, tal y como se afirmó en la STS de 2 de febrero de 1990 (RJ 17058) en su fundamento de derecho cuarto: “Si la causa del despido es el hecho genérico de venir el actor trabajando para ‘Internacional Lencera, S. A.’, es indiscutible que tal causa no puede ser tenida en cuenta ni surtir efectos en este despido de 7 de septiembre de 1988, ya que esa fue, precisamente, la causa fundamental del despido del 17 de mayo inmediato anterior, y la sentencia que recayó en el proceso derivado de ese despido, analizando tal cuestión, declaró la improcedencia del mismo, no siendo admisible, de ningún modo, que prácticamente en el mismo momento en que se da cumplimiento a esa sentencia y se procede a la readmisión del demandante, se le despida de nuevo por la misma causa por la que había sido despedido el 17 de mayo de 1988, y que la mencionada sentencia firme de 14 de julio de igual año había declarado injustificada e inadecuada, pues tal conducta de la patronal demandada viola, sin lugar a dudas, el artículo 9,3 de la Constitución Española , y el artículo 1252 del Código Civil ; de admitir la peregrina tesis de la empresa demandada, sería bien fácil para las empresas

⁸² STS 77/1983, de 3 octubre (RTC 77).

⁸³ GOÑI SEIN, J.L.: *La reiteración del despido ineficaz*, op.cit., pág. 154.

evitar el cumplimiento de las sentencias que declarasen la improcedencia de un despido, pues bastaría para ello, como aquí se ha hecho, volver a despedir al trabajador por las mismas causas anteriores, y ello de forma constante y sucesiva”. Cabe señalar que pese a que el art. 1252 está derogado como luego veremos, el Tribunal Supremo sigue defendiendo la misma doctrina.

4.1.2.- El carácter vinculante del reconocimiento de improcedencia en cuanto al fondo.

En el caso de que el empresario haya reconocido la improcedencia del acto extintivo por motivos de fondo, ya no tiene la facultad de reiterar el despido basado en la misma causa.

Este reconocimiento del defecto causal del empresario supone que la improcedencia del despido sea un derecho exigible. Posteriormente no puede desconocer dicho reconocimiento procediendo a un nuevo despido por la misma causa, ya que atentaría contra sus propios actos o supondría desconocer el valor de cosa juzgada que atribuye el art.1816 CC a la voluntad concurrente de las partes. Es por todo ello que el reconocimiento de la ilegitimidad causal supone la imposibilidad de realizar un nuevo despido por la misma causa, aunque se hubieran subsanado requisitos de forma omitidos anteriormente.

4.2.-Reiteración del despido por situaciones preexistentes y sobrevenidas.

En este apartado debemos analizar qué ocurre cuando se pretende reiterar un despido en base a unas causas previas al primer despido declarado ilegítimo. En este supuesto en el que los hechos acaecieron antes del primer acto extintivo, puede suceder que el empresario conociese dichos hechos o que por el contrario los desconociera. Se trata por tanto de determinar en primer lugar si el previo ejercicio de la facultad disciplinaria declarada improcedente en el fondo impide un nuevo despido basado en hechos conocidos y silenciados en el primera comunicación, en segundo lugar si es posible realizar este nuevo despido cuando la situación preexistente expuesta en la nueva comunicación fuera desconocida por el empresario, y en tercer lugar si una vez producido el primer despido caben nuevos actos extintivos por hechos sobrevenidos⁸⁴.

⁸⁴ GOÑI SEIN, J.L.: *La reiteración del despido ineficaz*, op.cit., pág. 159.

En cuanto al primer aspecto, debemos aclarar que cuando concurren una pluralidad de faltas o incumplimientos contractuales del trabajador, el empresario puede sancionar sólo por alguna de ellas, la que considere suficiente para fundar el despido por su especial gravedad. Es importante dejar claro este aspecto, ya que supone que el empresario no está obligado a corregir todas las faltas cometidas por el trabajador de las que tenga conocimiento en el momento del despido. Ahora bien, esto no tiene por qué conllevar que el empresario tenga legitimidad para reiterar el despido por los hechos no aducidos en el despido primitivo. Por un lado puede entenderse que el empresario renunció al ejercicio del derecho a través de su inacción al no invocar las causas en la carta de despido. Por otro lado puede interpretarse que el hecho de haber procedido al despido manifiesta la clara voluntad del empresario de extinguir el contrato, por lo que no alegar esas causas conocidas en la carta de despido obedecería a razones distintas a su voluntad de perdón. Además, en el proceso para la declaración de improcedencia del primer despido se juzgaron las causas imputadas en éste, por lo que el segundo despido es un negocio jurídico totalmente independiente también en el ámbito procesal. Como este segundo despido tiene su base en una causa distinta, no se produce una contradicción del principio *non bis in idem*, puesto que se están sancionando hechos dichos.

En cuanto al nuevo despido fundado en causas preexistentes pero desconocidas en el momento de comunicar el primer despido, podemos afirmar que sí puede realizarse sin ningún tipo de impedimento legal. La ausencia de conocimiento de los hechos por parte del empresario impide calificar de renuncia tácita a la facultad del despido. Al igual que en el caso anterior, el segundo despido es un acto extintivo completamente distinto al primero, por lo que no se incumple el principio *non bis in idem* ni se perjudica la eficacia material de cosa juzgada. Ahora bien, deberá tenerse en cuenta que no haya transcurrido el plazo prescriptivo de las nuevas faltas conocidas.

En último lugar, en cuanto a la renovación del despido por causas producidas o sobrevenidas con posteridad al primer despido, cabe decir que el hecho de que un primer despido sea ineficaz no impide realizar uno nuevo si el trabajador comete nuevos incumplimientos. Esto es así porque “aunque las obligaciones básicas del

contrato se interrumpen con el despido, se mantienen ciertos deberes y derechos inherentes al contrato, hasta que se declare procedente el despido”⁸⁵.

4.3.- Supuesto de reiteración de despido en relación con la función

Teniendo en cuenta la función que desempeña el segundo despido, podemos señalar tres supuestos de reiteración que a continuación se analizarán: El despido *ad cautelam*, el despido para subsanar omisiones de la falta imputada y el despido fundado sobre los mismos hechos y otros anteriores o posteriores al primer despido.

4.3.1.-El despido ad cautelam

Este tipo de despido es el adoptado ante posibilidad, temida por el empresario, de que el primer despido sea declarado improcedente o ineficaz por la falta de acreditación de las faltas alegadas. De acuerdo con los tribunales, el despido *ad cautelam* es “aquél cuya existencia se condiciona al restablecimiento del vínculo contractual previamente extinguido, de tal modo que sólo existirá, como decisión propiamente extintiva, cuando la condición se cumpla, de lo que deriva que sólo entonces quedará consumado como tal despido y, por tanto, nacerá la acción para impugnarlo, ya que hasta entonces no deja de ser una realidad incierta, mera hipótesis que no se sabe si acontecerá”⁸⁶. De este modo, se realiza “con carácter subsidiario y complementario y para el supuesto de no ganar firmeza el anterior despido”⁸⁷. Vemos por tanto como el segundo despido tiene una función preventiva que pretende asegurar la extinción de la relación laboral, por si el primer acto extintivo no produce sus efectos.

Todo ello no conlleva una retractación del despido anterior o un reconocimiento de su carácter injustificado. Tampoco supone una corrección de las imputaciones contenidas en la primera carta, sino que constituye un negocio autónomo dotado de eficacia extintiva propia, ajena a la intención correctora propia del art. 55.2 ET⁸⁸.

Este tipo de acto extintivo responde a un triple objetivo. En primer lugar asegurar la extinción del contrato, en segundo lugar limitar la percepción de los salarios de tramitación a la fecha en la cual fue acordado el segundo despido y finalmente evitar

⁸⁵ GOÑI SEIN, J.L.: *La reiteración del despido ineficaz, op.cit.*, pág. 161. Siguiendo la interpretación de STSJ Andalucía 23/10/1991 (AS 6967).

⁸⁶ SSTSJ País Vasco 14/02/2006 (AS 1656) y Castilla y León 19/12/2007 (AS 2008).

⁸⁷ STS 4/02/1991 (RJ 795).

⁸⁸ STS 14/04/2000 (RJ 3957).

que la facultad disciplinaria decaiga fatalmente por el transcurso del término legal de prescripción de las faltas derivado de tener que esperar a la resolución del primer despido. Es propia eficacia extintiva del despido *ad cautelam* es “doblemente claudicante, porque aparece subordinado, de un lado, al no éxito o anulación del negocio extintivo anterior, y de otro, a la capacidad propia de justificar la ruptura definitiva de la relación”⁸⁹. Así pues, cuando el primer despido gana firmeza, el segundo pierde su eficacia cautelar, ya que no puede declararse extinguido de nuevo lo que ya está de manera firme. Pero si el primer despido queda anulado, el despido *ad cautelam* recupera su eficacia siempre que justifique la causa de extinción del contrato.

Este tipo de despido conviene “no confundirlo (...) con el despido efectivo, inmediato, no condicionado, realizado a una relación laboral de existencia provisional, como es la que concurre cuando existe una sentencia que ha condenado a la readmisión y está recurrida, habiéndose efectuado la readmisión con el carácter propio de la ejecución provisional de esas resoluciones, produciéndose en tal situación el segundo despido”⁹⁰.

En este último caso, si se convalida en el litigio la primera decisión extintiva del empresario, el segundo despido obviamente decae. En un curioso caso en el que el Tribunal Supremo se encontraba con la situación límite de tener que resolver el primer despido de un empleado después de haberse juzgado definitivamente el segundo, decidió dar preferencia al primero, declarando extinguido el contrato de trabajo en una fecha anterior a lo declarado en el litigio relativo al segundo⁹¹.

4.3.2.- Nuevo despido para subsanar omisiones de prueba de la falta imputada.

Debemos plantearnos si puede darse una reiteración del despido por los mismos hechos imputados en el primer acto extintivo anulado, una vez que la ineficacia se produce por la falta de prueba de la causa alegada, subsanando mediante la reiteración esa deficiencia. Es por ello que como la declaración de improcedencia del despido puede deberse a esa falta de acreditación del incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación propio del art.55.4 ET, nos planteamos si puede realizarse una renovación del despido con objeto de integrar la prueba concluyente omitida sobre la certeza de la falta imputada en el primer despido.

⁸⁹ GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, op.cit., págs. 162 y 163.

⁹⁰ SSTSJ País Vasco 14/02/2006 (AS 1656) y Castilla y León 19/12/2007 (AS 2008).

⁹¹ STS 12/06/1991 (RJ 5144).

Pues bien, este tipo de reiteración no puede llevarse a cabo. En un primer momento podría parecer que la ausencia de la prueba que acredite los hechos no excluye la reproducción de un segundo despido, puesto que la causa determinante de la improcedencia recaería sobre la prueba y no sobre la justificación del despido. Sin embargo, no es posible reiterar el despido con la finalidad de probar lo que en el primer despido no se acreditó, ya que a ello se opone la fuerza excluyente de la cosa juzgada que impide reproducir un proceso sobre un tema decidido previamente en sentencia firme. Esa decisión judicial sienta una presunción de verdad jurídica que vincula al juez posterior⁹². Con ello también se impide la aportación de nuevas pruebas no aportadas en el primer proceso. En definitiva, tal y como manifestó el Tribunal Supremo “no se puede reproducir la petición ya resuelta subsanando omisiones padecidas en el primer proceso”⁹³.

4.3.3.- Nuevo despido fundado sobre los mismos hechos y otros anteriores o posteriores al primer despido.

Con una intención similar al supuesto que acabamos de tratar, algunas reiteraciones de despido persiguen subsanar la falta de fundamento de la existencia de justa causa que determina la ilegitimidad del despido, alegando nuevas imputaciones junto a las anteriores. Teniendo en cuenta esta intención pueden producirse dos supuestos. El primero de ellos es la reiteración del despido improcedente basado en hechos invocados en el despido anterior y en otros previamente conocidos por el empresario pero no alegados en primera carta de despido. Y el segundo supuesto es la reiteración de despido en el que a los hechos anteriores se le agregan otros acaecidos con posterioridad al primer despido. De nuevo debemos analizar si es posible realizar una reiteración de despido basada en parte en causas que han sido enjuiciadas en un proceso previo.

Para el primero de los supuestos, el empresario no está legitimado para realizar un segundo acto extintivo basado en los mismos hechos y en otros nuevos anteriores al primer despido ya conocidos. En estos casos primero habría que tener en cuenta si en cuanto a los hechos imputados por primera vez en la segunda carta de despido todavía son susceptibles de ser sancionados, ya que es probable que las faltas que justifican el

⁹² GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, op.cit., pág.163.

⁹³ STS 15/04/1992 (RJ 2656).

nuevo despido hayan prescrito. Debemos recordar que el plazo de siete días de subsanación contemplado en el art.110.4 LRJS, es sólo aplicable a las subsanaciones formales, no a las de índole sustantivo, por tanto la repetición del despido improcedente en cuanto al fondo no puede beneficiarse del efecto interruptivo del cómputo de los plazos de prescripción de las faltas que se utiliza en los defectos informales.

De todos modos, el principal obstáculo para la realización de un nuevo despido vuelve a ser los límites de la cosa juzgada con el fin de evitar la reiteración de pleitos sobre una misma cuestión en busca de la certeza y de la seguridad jurídica. La jurisprudencia dejó asentada la idea de que no se puede desconocer totalmente la cosa juzgada material como algo inexistente, sino que deben resolverse los problemas llevados al segundo litigio del mismo modo que los fueron al principio y respetando sus afirmaciones. Con anterioridad era el art. 1252 CC el que exigía la triple identidad de cosas, causa y personas de los litigantes para apreciar la cosa juzgada, pero se consideraba que era bastante con que se produjera una declaración precedente, que actuara como elemento condicionante y prejudicial de la resolución que ha de dictarse en el juicio.⁹⁴

En el caso que estamos analizando, lo cierto es que el nuevo acto extintivo no llega a alterar realmente la causa de pedir. Debemos tener en cuenta que aunque se agreguen otras conductas, se invocan unos mismos hechos que previamente han sido enjuiciados y son inalterables, por lo que se parte de unos mismos hechos ya valorados. Aunque ante esta situación no concurra la identidad absoluta, sí hay elementos de identidad que producen la eficacia material de la cosa juzgada, por lo que en principio no se puede extinguir la relación laboral mediante un nuevo despido basado en la conjunción de elementos anteriores ya sancionados agregando otros nuevos. Ahora bien, esto varía si los nuevos hechos revisten entidad suficiente para sancionar al trabajador con el despido. Poco sentido tendría privar al empresario de la potestad disciplinaria si unos hechos por sí solos son susceptibles de oportuna persecución disciplinaria. Sin embargo, cierta doctrina del Tribunal Supremo entiende que no es coherente que, por falta de alegación, se puedan hacer en el segundo pleito pronunciamientos distintos a los ya determinados en una sentencia anterior⁹⁵.

⁹⁴ STS 29/09/1994 (RJ 7732).

⁹⁵ STS 29/05/1995 (RJ 4455).

Para el segundo de los supuestos, respecto a los hechos acaecidos con posteridad al primer despido, tampoco parece correcto que en el segundo despido se puedan alegar de nuevo los hechos examinados anteriormente junto a otros hechos sobrevenidos. Algunos autores entienden que ello podría vulnerar “el principio *non bis in idem* y la eficacia material de la cosa juzgada. No obstante, una cosa es la imposibilidad de justificar el nuevo despido con el plus sancionador de nuevos hechos, y otra muy distinta inviabilizar la potencial virtualidad sancionadora de los nuevos hechos, si por sí mismos son suficientes para determinar la legitimidad en un acto extintivo autónomo.”⁹⁶

En la jurisprudencia este asunto fue bastante controvertido. El Tribunal Supremo aplicaba con rigurosidad la presunción legal de cosa juzgada, pero algún Tribunal Superior veía buenos ojos aceptar para este supuesto esta excepción procesal. Cabe destacar un caso en el que el Tribunal Supremo estimó la concurrencia de cosa juzgada en el caso de un empresario que, tras intentar rescindir los contratos por jubilación, fue condenado por despido improcedente al apreciar que él y sus familiares continuaban en el negocio. Tras haber readmitido a sus trabajadores y volver a jubilarse dos meses después, trató de demostrar en un nuevo pleito que entre él y sus hijos mantenían empresas distintas y diferenciadas. Pese a que no se daba la identidad de la causa de pedir, ni la identidad subjetiva, porque la parte demandada presentaba una nueva configuración, se aceptó por el tribunal la excepción de cosa juzgada. Esta sentencia marcó la doctrina antes mencionada de la innecesaridad de la más perfecta identidad de los componentes de dos procesos para la aplicabilidad de la cosa juzgada. Con esta interpretación se deja poco margen para la realización de un nuevo despido basado, en parte, en unos mismos elementos del despido primitivo.⁹⁷

Sin embargo, tal y como se ha comentado anteriormente, algún tribunal superior de justicia se desvió de esta interpretación. Vemos como la sentencia del TSJ Madrid de 30 diciembre de 1994 (RJ 1682) excluyó la situación de cosa juzgada en un caso en que la empresa, tras un primer despido del trabajador por el ejercicio privado de actividad incompatible que luego dejó el juez sin efecto al entender que el empresario conocía tal hecho y había consentido la compatibilidad, volvió a despedirle tras readmitirle tras haberle requerido varias veces para que dejara de realizar la actividad

⁹⁶ GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, cit., pág.165.

⁹⁷ Explicación de la sentencia e interpretación en GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, op.cit., pág.166.

que consideraba incompatible. En este caso, el tribunal entendió que “se trata de un nuevo despido con causa distinta o por lo menos sin que exista perfecta identidad, tal como requiere el art. 1252 CC”.

Ahora bien, este art.1252 CC fue derogado, reconociéndose ahora en el art. 222 LEC la cosa juzgada material. Con la llegada de este artículo parece que esa anterior controversia se ha aminorado, y los tribunales superiores de justicia comparten el criterio del Alto Tribunal “el art.222 de la LEC sirve de base a la extensa doctrina sobre la cosa juzgada y sus efectos. Dicha doctrina es pacífica en exigir la triple identidad de cosas, causa de pedir y las personas de los litigantes”⁹⁸

En este sentido, vemos como actualmente el Tribunal Supremo entiende que la doctrina correcta es la de interpretar el art. 222 LEC con criterio flexible en la apreciación de las identidades a que el precepto se refiere, tal y como lo venía haciendo anteriormente en relación con el derogado art. 1252 CC. De esta concepción amplia de la cosa juzgada se hace eco ahora la LEC al enumerar las identidades que han de concurrir entre el primero y el segundo litigio. El texto del art.1252 CC, que consideraba necesario que “entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron”, ha sido reemplazado por el artículo 222 LEC que, “en tono más condescendiente, ha mitigado así el rigor en la apreciación de las identidades, con especial incidencia en la subjetiva pues, según este precepto, en relación con el artículo 10 del propio texto legal, la cosa juzgada afecta a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes, tanto de las que comparezcan y actúen en juicio como a los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”.⁹⁹

El Tribunal Supremo ha venido declarando en sus sentencias más recientes (remitiéndose a su jurisprudencia respecto del art.1252 CC ya derogado) que la aplicación del efecto de la cosa juzgada “no precisa que el nuevo pleito sea una exacta reproducción de otros anteriores, sino que, pese a la ausencia de alguna de las identidades basta con que se produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionando y prejudicial de la resolución que ha de dictarse en el nuevo

⁹⁸ TSJ Cataluña 16/01/2008 (RJ. 366).

⁹⁹ Entre otras, SSTS 26/02/2019 (RJ.141) y 10/03/2015 (RJ. 597).

juicio”, ya que para el tribunal “no cabe duda que los hechos sentados en el primitivo proceso son vinculantes en el segundo, toda vez que si pudieran discutirse los ya firmes, equivaldría a poder revisar subrepticamente la ejecutoria”¹⁰⁰. El Tribunal Supremo considera que “a diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo, el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad, que de darse excluiría el segundo proceso, sino que para el efecto positivo es suficiente que lo decidido en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluya el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado.”¹⁰¹

Así pues, vemos como se sigue la doctrina existente con el anterior art. 1252 CC, pero parece que la interpretación del art. 222 LEC ha conseguido acabar con esa controversia que existía con los tribunales superiores de justicia, quedando claro que “lo importante es la conexión de las decisiones; no la identidad de objetos, que por definición no podría producirse”¹⁰².

V.- CONCLUSIONES.

Pese a la breve y clara redacción del art.55.2 E.T, tras la reforma del año 1994, son muchas las cuestiones que se plantean y que la jurisprudencia ha ido resolviendo a lo largo de los años. La “subsanción” del despido irregular recogido en dicho artículo conlleva la facultad por parte del empresario de realizar un segundo despido debido a una cierta conciencia de irregularidad en su primera decisión, por lo que decide revocarla para corregir el defecto evitando que sea declarado improcedente. El período para ejercer dicha facultad es de veinte días tras el primer despido viciado por defecto de forma, sin excluir los inhábiles, como así entiende el Tribunal Supremo, conforme a las previsiones generales del cómputo civil de los plazos señalados por días. Ahora bien, este plazo de veinte días puede verse reducido a la fecha de presentación de la demanda que impugne el despido. Este plazo de veinte días empresario no resulta afectado por el régimen prescriptivo de la faltas del art. 60.2 ET. Otro aspecto importante del plazo, es

¹⁰⁰ STS 9/12/2010, (Rec. 46/2009).

¹⁰¹ Entre otras, SSTs 23/10/1995 (rcud. 627/1995), 26/02/2019 (RJ.141), 10/03/2015 (RJ. 597.) y 25/05/2011 (rcud. 1582/2010).

¹⁰² SSTs 25/05/2011 (rcud. 1582) y 4/10/2012, (Rec. 273/ 2011)

que durante el “tiempo muerto”, que es el intervalo de tiempo entre el día que transcurre el plazo de veinte días y la posterior sentencia, no cabe reiterar el despido.

Además de cumplir con el plazo, el art.55.2 E.T requiere la puesta a disposición de los salarios devengados en los días intermedios y el mantenimiento del alta en la Seguridad Social, obviando así como requisito la readmisión del trabajador y optando por la recomposición laboral y la eliminación de los efectos extintivos del primer despido irregular. Todo ello, siempre que sea aceptado por el trabajador.

Algo parecido sucede con el art.110.4 LRJS, ya que pese a su brevedad y claridad. los tribunales han tenido que ir aclarando su significado y alcance. La finalidad de este artículo es también la de otorgar la posibilidad al empresario de despedir al trabajador tras un primer despido que incurrió en el incumplimiento de alguno de los requisitos formales, en este caso, tras la declaración de improcedencia del primer acto extintivo por una sentencia judicial. Cabe aclarar que esta reiteración tiene un carácter autónomo, por lo que puede realizarse un nuevo despido, en el plazo de siete días *post sententiam*, con independencia de que se hubiera hecho antes uso de la facultad del art.55.2 ET. Este plazo de siete días, que se contabiliza desde el día siguiente a la notificación de la sentencia, pese a ser un plazo situado fuera y antes de cualquier proceso judicial, sí que excluye los días inhábiles por la peculiaridad de su regulación que presenta una singular influencia procesal, En este caso, al igual que ocurre con la reiteración del art. 55.2 E.T, estamos ante un plazo autónomo para la realización del nuevo cese, por lo que no puede oponerse prescripción de las faltas motivadoras del mismo si éstas son las mismas que permanecían activas y susceptibles de ser sancionadas en la fecha del primero. Una vez transcurrido, parece definitivamente la causa del despido y la declaración de improcedencia adquiere la condición de cosa juzgada. Sin embargo, cuando debe tramitarse un expediente contradictorio los tribunales han considerado suficiente que el trámite omitido se inicie dentro del plazo de los siete días y tenga una duración razonable.

Cabe destacar que conforme a la actual interpretación del Tribunal Supremo la circunstancia de la causa resolutoria del despido objetivo no está sometida a este plazo de siete días tras la declaración de improcedencia, pero en cualquier caso tiene que probarse que la causa resolutoria existe, debiéndose incluir las variaciones que eventualmente hayan podido darse.

Finalmente, en cuanto a la reiteración del despido del despido ineficaz por defectos causales, se dan distintos casos en los que reiteración es válida y otros en los que no lo es.

En primer lugar, cuando se pretende un segundo despido por los mismos hechos alegados en el primer acto extintivo el empresario no puede realizar aquél porque contradice el principio *non bis in idem*, además en el caso de que el empresario haya reconocido la improcedencia del acto extintivo por motivos de fondo, ya no tiene la facultad de reiterar el despido basado en la misma causa.

En segundo lugar, en cuanto a la reiteración del despido por situaciones preexistentes y sobrevenidas existen varias situaciones. Cuando el empresario tenía conocimiento de las faltas en el momento del despido, éste ya no puede alegarlas en el segundo acto extintivo. En cambio, si el nuevo despido está fundado en causas preexistentes pero desconocidas en el momento de comunicar el primer despido, podemos afirmar que sí puede realizarse sin ningún tipo de impedimento legal. Y cuando la renovación del acto extintivo se basa en causas producidas o sobrevenidas con posterioridad al primer despido, cabe decir que el hecho de que un primer despido sea ineficaz no impide realizar uno nuevo si el trabajador comete nuevos incumplimientos

En tercer lugar, teniendo en cuenta la función que desempeña el segundo despido, podemos señalar tres supuestos de reiteración que a continuación se analizarán: El despido *ad cautelam*, el despido para subsanar omisiones de la falta imputada y el despido fundado sobre los mismos hechos y otros anteriores o posteriores al primer despido.

El despido *ad cautelam*, adoptado ante posibilidad de que el primer despido sea declarado improcedente o ineficaz por la falta de acreditación de las faltas alegadas, constituye un negocio autónomo dotado de eficacia extintiva propia cuando decae el primer despido. De este modo aparece subordinado, de un lado, al no éxito o anulación del negocio extintivo anterior, y de otro, a la capacidad propia de justificar la ruptura definitiva de la relación.

El nuevo despido para subsanar omisiones de prueba de la falta imputada no puede llevarse a cabo porque no es posible reiterar el despido con la finalidad de probar lo que en el primer despido no se acreditó, ya que a ello se opone la fuerza excluyente

de la cosa juzgada que impide reproducir un proceso sobre un tema decidido previamente en sentencia firme.

Y finalmente el nuevo despido fundado sobre los mismos hechos y otros anteriores o posteriores al primer despido tampoco puede realizarse, fundamentalmente por la interpretación por parte del Tribunal Supremo del art. 222 LEC. El Alto Tribunal entiende que la doctrina correcta es la de interpretar el art. 222 LEC con criterio flexible en la apreciación de las identidades a que el precepto se refiere, tal y como lo venía haciendo anteriormente en relación con el derogado art. 1252 CC, teniendo de este modo una concepción amplia de la cosa juzgada.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. (GORELLI HERNÁNDEZ, J., Coord.): *El despido (Análisis y aplicación práctica)*, Tecnos, Madrid, 2004.

ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 4ª ed., Madrid (Civitas), 1995

BELTRAN DE HEREDEDIA, I. “Despido objetivo, improcedencia por defectos formales y nuevo despido subsanador” en ignasibeltran.com. 2017.

BODAS MARTÍN, R.: “Despido disciplinario”, en AA.VV.: *Extinción del contrato de trabajo*, Francis Lefevre, Madrid, 1998.

GIL Y GIL. J. L. “La extinción del contrato de trabajo en la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, Trib. Soc., núm. 55, 1995, pág. 35.

GOERLICH PESET, J. M. *La extinción del contrato de trabajo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1994.

GOÑI SEIN, J. L.: *La reiteración del despido ineficaz*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1997.

MELLA MÉNDEZ, L.: *La formalización del despido disciplinario. Un estudio sobre los requisitos previstos en el Estatuto de los Trabajadores*, Granada (Comares), 1998

ORTEGA PRIETO, E.: *Las modificaciones estructurales del Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales*, Barcelona (Bosch), 1990.

SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, F.J “Los plazos en el proceso de despido disciplinario” La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2009.

SÁNCHEZ PEGO, F. J.: “Apuntes procesales de la reforma laboral”, Trib. Soc., núm. 55, 1995, pág. 19.

VII.- JURISPRUDENCIA

-Sentencias del Tribunal Constitucional:

STC 19/07/2004 (RJ. 126).

STC 12/12/2005 (RJ.327).

STC 16/01/2006 (RJ. 14).

STC 11/12/2006 (RJ.265).

-Sentencias del Tribunal Supremo:

STS 12/02/1982 (RJ 826).

STS 13/10/1982 (RJ 6157).

STS 12/04/1983 (RJ 1828).

STS 1/06/1983 (RJ 2958)

STS 24/09/1983 (RJ 4277).

STS 21/08/1984 (RJ 4451).

STS 12/06/1985 (RJ 3390).

STS 13/04/1987 (RJ 2412).

STS 3/05/1988 (RJ 3540).

STS 3/10/1989 (RJ 7120),

STS 30/01/1990 (RJ 240).

STS 2/02/1990 (RJ 17058).

STS 26/02/1990 (RJ 1912).

STS 21/03/1990 (RJ 2206).

STS 14/06/1990 (RJ 5078).

STS 30/06/1990 (RJ 5549).

STS 1/10/1990 (RJ 7508).
STS 7/12/1990 (RJ 9760).
STS 4/02/1991 (RJ 795).
STS 4/02/1991 (RJ 795).
STS 20/03/1991 (RJ 1880).
STS 4/04/1991 (RJ 3249).
STS 12/06/1991 (RJ 5144).
STS 15/04/1992 (RJ 2656).
STS 29/09/1994 (RJ 7732).
STS 16/03/1995 (RJ 2019).
STS 25/05/1995 (RJ 4005).
STS 29/05/1995 (RJ 4455).
STS 23/10/1995 (rcud. 627/1995)
STS 10/11/1995 (RJ 8400).
STS 22/07/1996 (RJ 6375).
STS 15/11/1996 (RJ 8624).
STS 14/04/2000 (RJ 3957).
STS 26/10/2001 (RJ 3372).
STS 15/11/2002 (RJ 507/2003).
STS 7/10/2009 (rec. 2694/2008).
STS 9/12/2010, (Rec. 46/2009).
STS 25/05/2011 (rcud. 1582/2010).
STS 4/10/2012 (Rec. 273/ 2011).
STS 10/03/2015 (RJ 597).

STS 10/10/2017 (Rec. 1507/2015).

STS 26/02/2019 (RJ.141)

STS 5/10/2019 (RJ 751).

STS 5/11/2019 (rec.1860/2017).

-Sentencias de los tribunales superiores de justicia:

STSJ Andalucía 23/10/1991 (AS 6967).

STSJ Andalucía 22/02/1994 (AS 635).

STSJ Andalucía 11/10/1994 (AS 3935).

STSJ Andalucía 4/12/1995 (AS 4859).

STSJ Andalucía 4/07/2001 (JUR 5790)

STSJ Andalucía 24/06/2003 (AS 2575).

STSJ Andalucía 8/01/2004 (AS 948).

STSJ Andalucía 9/04/2007 (JUR 26784/2008).

STSJ Aragón 6/06/1995 (AS 2571).

STSJ Aragón 8/02/2006 (JUR 185710).

STSJ Asturias 27/10/1995 (AS 3644).

STSJ Asturias 17/05/1996 (AS 1509).

STSJ Asturias 20/02/2015 (Rec. 161/2015).

STSJ Baleares 29/09/1997 (AS 3442).

STSJ Castilla y León 31/10/1995 (AS 3763).

STSJ Castilla y León 23/09/1997 (AS 2976).

STSJ Castilla y León 30/07/2003 (AS 474/2004)

STSJ Castilla y León 25/04/2006 (AS 1072).

STSJ Castilla-La Mancha 17/05/2006 (AS 1932).

STJS Castilla-La Mancha 16/02/2007 (JUR 217496).

STSJ Castilla-La Mancha 2/11/2007 (AS 294/2008).

STSJ Castilla y León 19/12/2007 (AS 2008).

STSJ Cataluña 10/06/1994 (RJ 2552).

STSJ Cataluña 23/02/1998 (AS 5717).

STSJ Cataluña 27/11/2001 (AS 730/2002).

STSJ Cataluña 26/03/2003 (AS 1706).

STSJ Cataluña 20/04/2003 (AS 2107).

STSJ Cataluña 23/10/2003 (AS 3998).

STSJ Cataluña 9/02/2005 (JUR 80679).

STSJ Cataluña 20/04/2006 (AS 2870).

STSJ Cataluña 26/04/2006 (AS 2547).

STSJ Cataluña 10/11/2006 (AS 1251/2007).

STSJ Cataluña 29/03/2007 (JUR 248160).

STJS Cataluña 14/11/2007 (AS 3594).

STSJ Cataluña 16/01/2008 (RJ. 366).

STSJ Comunidad Valenciana 4/05/2006 (JUR 272197).

STSJ Extremadura 24/04/2007 (AS 2000).

STJS Galicia 31/08/1991 (AS 4817).

STSJ Galicia 25/11/1993 (AS 4746).

STSJ Galicia 19/04/2001 (AS 864)

STSJ Galicia 17/06/2005 (JUR 194865).

STSJ Galicia 10/10/2005 (JUR 81356/2006).

STSJ Madrid 20/12/1989 (AS 3030).

STSJ Madrid 30/12/1994 (RJ 1682).

STSJ Madrid 12/02/1997 (AS 455).

STSJ Madrid 3/04/2006 (AS 1626)

STSJ Madrid 16/05/2006 (AS 1737).

STSJ Madrid 31/10/2006 (AS 258/2007).

STSJ Madrid 5/12/2006 (JUR 83556/2007).

STSJ Madrid 23/01/2007 (JUR 157550).

STSJ Murcia 18/10/1993 (AS 4335).

STSJ Navarra 31/03/2004 (AS 1138).

STSJ País Vasco 31/10/1989 (AS 1514).

STSJ País Vasco 16/11/2004 (AS 3322).

STJS País Vasco 17/11/2004 (AS 3322).

STSJ País Vasco 14/02/2006 (AS 1656)

STSJ País Vasco 9/05/2006 (AS 776/2007).